Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y ALIMENTOS

Benjamín **AGUILAR LLANOS** / Enrique **VARSI ROSPIGLIOSI** / Juan Belfor **ZÁRATE DEL PINO** / Ana Miluska **MELLA BALDOVINO** / Claudia **CANALES TORRES** / Javier Ignacio **ARRIETA GARCÍA** / Anita Susana **CHÁVEZ BUSTAMANTE** / Judyth Karyna **GUTIÉRREZ DE LA CRUZ** / Alfredo **CUIPA PINEDO** / César Daniel **CORTEZ PÉREZ** / Alvin Paul **QUIROZ FRÍAS** / Amalia Magdalena **GÓMEZ GUEVARA** / Juan Jesús **WONG ABAD** / Jairo **CIEZA MORA** / María Isabel **SOKOLICH ALVA** / Sheila **VILELA CHINCHAY** / Manuel **BERMÚDEZ TAPIA** / Ocner **CÓRDOVA LÓPEZ** / Rubén **CAYRO CARI** / Elder **MIRANDA ABURTO**

Coordinador: Manuel Alberto **TORRES CARRASCO**

GACETA CIVIL & procesal civil

PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y ALIMENTOS

Benjamín **AGUILAR LLANOS** / Enrique **VARSI ROSPIGLIOSI /** Juan Belfor **ZÁRATE DEL PINO** / Ana Miluska **MELLA BALDOVINO** / Claudia **CANALES TORRES** / Javier Ignacio **ARRIETA GARCÍA** / Anita Susana **CHÁVEZ BUSTAMANTE** / Judyth Karyna **GUTIÉRREZ DE LA CRUZ** / Alfredo **CUIPA PINEDO** / César Daniel **CORTEZ PÉREZ** / Alvin Paul **QUIROZ FRÍAS** / Amalia Magdalena **GÓMEZ GUEVARA** / Juan Jesús **WONG ABAD** / Jairo **CIEZA MORA** / María Isabel **SOKOLICH ALVA** / Sheila **VILELA CHINCHAY** / Manuel **BERMÚDEZ TAPIA** / Ocner **CÓRDOVA LÓPEZ** / Rubén **CAYRO CARI** / Elder **MIRANDA ABURTO**

Coordinador: Manuel Alberto **TORRES CARRASCO**

GACETA JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

(01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA CIVIL & procesal civil
INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y ALIMENTOS

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2014
4,440 Ejemplares

© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2014-06677

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN:
978-612-311-150-2

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221400393

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.
ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201–Surquillo
Lima 34–Perú

AUTORES
BENJAMÍN AGUILAR LLANOS
JAVIER IGNACIO ARRIETA GARCÍA
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
CLAUDIA CANALES TORRES
RUBÉN CAYRO CARI
JAIRO CIEZA MORA
OCNER CÓRDOVA LÓPEZ
CÉSAR DANIEL CORTEZ PÉREZ
ALFREDO CUIPA PINEDO
ANITA SUSANA CHÁVEZ BUSTAMANTE
AMALIA MAGDALENA GÓMEZ GUEVARA
JUDYTH KARYNA GUTIÉRREZ DE LA CRUZ
ANA MILUSKA MELLA BALDOVINO
ELDER MIRANDA ABURTO
ALVIN PAUL QUIROZ FRÍAS
MARÍA ISABEL SOKOLICH ALVA
ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI
SHEILA VILELA CHINCHAY
JUAN JESÚS WONG ABAD
JUAN BELFOR ZÁRATE DEL PINO

COORDINADOR
MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

PRESENTACIÓN

Una de las materias que ha tenido un mayor desarrollo jurisprudencial en los últimos años ha sido el Derecho de Familia. Muchas de sus instituciones han recibido un especial tratamiento por nuestros tribunales, para en muchos casos reformularlas e incluso superarlas. Esto se ha dado particularmente por dos hechos relevantes: el reconocimiento de la supremacía del interés superior del menor y la importancia de la prueba de ADN.

La fiabilidad de dicha prueba ha llevado incluso a que se cuestionen algunas presunciones tradicionales del Derecho Civil. Así, por ejemplo, en un reciente pronunciamiento (Cas. N° 2726-2012-Del Santa), la Corte Suprema ha decidido relativizar la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio sobre la base de la realidad biológica dictaminada por la prueba de ADN. Por ello, decidió inaplicar no solo el artículo 396 del Código Civil, el cual establece que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado, sino también el artículo 404 del referido Código, el cual prevé que si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción de paternidad en caso que el marido la hubiera negado.

La Sala declaró inaplicable ambos artículos, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, "en razón del principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor".

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha destacado la importancia del derecho a la identidad del menor, el cual permite en muchos casos flexibilizar las reglas sustantivas y procesales del Derecho de Familia. Así el colegiado ha resaltado que "entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres (…), herencia genética, etc.)" (STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC).

Por ello, ha señalado que detrás de toda pretensión de declaración de paternidad subyace el ejercicio del derecho fundamental a la identidad del menor, el cual comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, así como la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, derecho este que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación –de parte o de oficio– de la prueba de ADN. Es más, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la actuación de esta prueba "corresponderá ser ordenada en todo tipo de proceso judicial cuando esté de por medio el derecho a la identidad de las personas (declaración judicial de paternidad)" (STC Exp. N° 00227-2011-PA/TC).

Por su parte, el interés superior del niño también ha servido para flexibilizar las, a veces, rígidas reglas procesales. Así, el Colegiado ha afirmado que los niños y adolescentes cuentan con un especial resguardo por parte de la Constitución y, en consecuencia, debe darse preferencia a sus intereses. Por ello, "los órganos jurisdiccionales deben adecuar y flexibilizar las reglas procesales a fin de lograr la aplicación más favorable a los menores" (STC Exp. N° 04058-2012-PA/TC).

Toda esta evolución en el Derecho de Familia ha sido especialmente sensible en los temas relacionados a la patria potestad, la tenencia y los alimentos. En esta obra colectiva se presentan diversos estudios preparados por reconocidos especialistas en la materia que nos ocupa, quienes comentan en extenso estas figuras y ofrecen sus autorizadas opiniones, muchas veces crítica, sobre el particular. Así, los profesores Juan Zárate, Benjamín Aguilar, Enrique Varsi y Ana Mella analizan las diversas problemáticas relacionadas a la patria potestad. Igualmente se presentan los ensayos de Claudia Canales, Javier Arrieta, Anita Chávez, Judyth Gutiérrez y Alfredo Cuipa, todos ellos referidos a comentar las vicisitudes de los procesos de tenencia.

Son de destacar también los diversos comentarios relacionados al derecho a los alimentos que se incluyen en esta obra, como los de Jairo Cieza, Manuel Bermúdez, César Cortez, Alvin Quiroz, Amalia Gómez, Juan Wond, María Sokolich, Sheila Vilela, Ocner Córdova, Rubén Cayro y Elder Miranda. Allí se estudian temas tan diversos como el derecho de alimentos para el mayor de edad, el nuevo plazo de prescripción en materia alimentaria, la asignación anticipada de alimentos, entre otros.

Finalmente se adjunta un valioso repertorio jurisprudencial de la Corte Suprema, que permite tener una visión completa sobre cuáles son los criterios actuales del Poder Judicial sobre la materia.

Manuel Alberto Torres Carrasco
Sub Director de *Gaceta Civil & Procesal Civil*

Primera parte
ESTUDIOS

Patria potestad

Benjamín AGUILAR LLANOS(*)

INTRODUCCIÓN

La Constitución peruana en su artículo cuarto, señala la obligación de la sociedad y del Estado de proteger a la familia, y hace hincapié en la obligación de proteger especialmente al niño; ahora bien, para cumplir con este deber, se han dado normas legales conducentes a desarrollar políticas de Estado, tales como el Acuerdo Nacional del año 2002, en su décima sexta política de Estado, proponiéndose lograr el fortalecimiento de la familia, y de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, asimismo se ha trabajado planes de atención integral del niño y adolescente, planes llevados a cabo por los sectores sociales del Estado y participación de la sociedad civil.

El contexto descrito líneas arriba, se enmarca dentro de los deberes de todo Estado, que debe velar por su población infantil, pues ella será la que en el futuro asumirá los destinos de los Estados. Pues bien, dentro de esta preocupación del Estado por la protección de los niños y adolescentes, se encuentra una institución familiar como es la Patria Potestad, institución que no puede estar ajena a la atención del Estado, pues allí encontramos a este sector vulnerable de la población infantil,

(*) Abogado. Profesor de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Potificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

no pudiéndose dejar al libre arbitrio de los padres de encargarse de sus hijos, sin parámetros, que tienen un solo fin, el procurar el desarrollo integral de estos menores; al respecto es ilustrativo la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 02132-2008 que refiere lo siguiente: "(…) el hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo, físico, psíquico, social se vean supeditados a la voluntad de estas personas adultas (…)". Incumbe e interesa al Estado que la patria potestad sea ejercida en condiciones favorables para los menores, y si ello no viene sucediendo, entonces el Estado a través de sus leyes, hace las correcciones del caso, ejemplo de ello es cuando el Código de los Niños y Adolescentes prevé la causales de suspensión de la patria potestad e incluso la pérdida de la misma.

En consecuencia la institución de la patria potestad tiene un fin social, y este corresponde no solo a los padres, sino igualmente al Estado, de allí que en el caso de la Constitución del Perú, se señale en el artículo sexto lo siguiente: "es deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (…)". La institución de la patria potestad encuentra su fundamento y razón de ser no solo en el ámbito familiar, sino igualmente dentro de las responsabilidades sociales que tiene todo Estado.

Con la Convención de los derechos de los niños, el cual se ve reflejado en el Código de los Niños y Adolescentes, la patria potestad tiene un enfoque a favor de los menores y cargas de sus padres, es decir un sesgo en cuanto a los atributos que la institución confiere, en la idea de que esta institución existe solo en función de atender a los hijos, y sus respectivos derechos, y por ello se señala que los padres, serían los responsables de cumplir con estos derechos de sus hijos, y veladamente se descarta que la institución pueda contener igualmente derechos de los padres, y consecuentemente deberes de los hijos, pues bien, es la hora de fijar conceptos sobre ello, y mirar la patria potestad, como lo que hoy es, es decir, existencia de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, y fines compartidos para hijos y padres; sobre el particular, mencionábamos el artículo 6 de la Constitución, en su segundo párrafo, pues bien, luego de describir las obligaciones de los padres para con

sus hijos, se señala lo siguiente: "(…) Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres".

La institución de la patria potestad se ubica dentro del Derecho de Familia, y su importancia y trascendencia está a la vista; sin embargo, en el presente, cuando la familia tropieza con serios inconvenientes de armonía y consolidación, que en un gran porcentaje lleva a la desintegración de esta célula básica de la sociedad, hace difícil y compleja el cumplimiento de los fines propios. La familia, integrada básicamente por padres e hijos, debe descansar en principios de obediencia, respeto y consideración recíprocos entre padres e hijos, principios que llevan implícitos derechos y deberes; estas relaciones entre padres e hijos toma el nombre de patria potestad.

El ser humano durante un cierto periodo de su vida, desde el hecho del nacimiento y hasta por un cierto tiempo, es incapaz de atender sus propias necesidades, no puede ejercer sus derechos, y necesita la asistencia de otras personas para sobrevivir; este permanente estado de necesidad debe ser cubierto, satisfecho, de lo contrario perecería; ahora bien, la obligación natural de asistencia a favor de este ser indefenso, recae en los padres que han dado la vida a sus hijos, pues bien, en ello se centra la institución de la patria potestad, institución dirigida a cubrir ese estado de necesidad natural.

La institución de la patria potestad como ya lo hemos señalado, no debe entenderse como derechos propios de los padres respecto de sus hijos o derechos de estos y solo deberes de los padres, sino como una mezcla o conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, por ello acertadamente la Constitución la refiere como deber derecho de los padres, porque no es una autoridad omnímoda en beneficio de los padres; en este sentido el término de patria potestad, es equívoco porque entraña potestades, atributos, facultades de padres sobre los hijos sin el correspondiente correlato de deberes, sin embargo este concepto romanista ha sido superado, y hoy se concibe como coexistencia de deberes y derechos de los padres hacia los hijos y viceversa; sobre el particular la convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, ha enfocado a la familia como el entorno fundamental para el armonioso desarrollo del niño, construido sobre la coexistencia de los deberes y derechos de los padres y de los hijos.

La patria potestad presupone una paternidad y maternidad responsable. Ser padre es comunicar la vida en plenitud, no solo engendrar sino proporcionar todo lo que durante años los hijos tienen derecho a esperar de sus padres, además de la formación espiritual que es primordial. En lo material alimentos suficientes, vivienda adecuada, vestidos y vigilancia a su salud. En el plano humano, atención y cuidado, tiempo y desvelos, amor y comprensión, educación digna, formación integral.

Si la responsabilidad de los padres es trascendental, también la es la de los hijos, quienes para lograr la edificación de una familia auténticamente humana y cristiana deben amor, respeto y obediencia a sus padres.

Dentro de estas relaciones trascendentales que deben darse entre padres e hijos, uno de los deberes más importantes para los padres es el educativo, fundado y originado en el amor paterno y materno, como lo recuerda el Concilio Vaticano II: "Puesto que los padres han dado la vida a los hijos, tienen la gravísima obligación de educar a la prole, y por lo tanto hay que reconocerles como los primeros y principales educadores de sus hijos. Este deber de la educación familiar es de tanta trascendencia que, cuando falta difícilmente puede suplirse. Es pues deber de los padres crear un ambiente de familia animado por el amor, la piedad hacia Dios y a los hombres que favorezca la educación íntegra, personal y social de los hijos; la familia es por tanto la primera escuela de las virtudes sociales que todas las sociedades necesitan".

Compete pues a los padres formar hombres libres, con una base moral, con sentido de responsabilidad, a fin de lograr una sociedad solidaria y justa.

En nuestra sociedad, atravesada por la crisis generalizada, corre peligro esta labor educativa de los padres, sobre todo por los graves problemas económicos que afecta a la población, sumada a la pérdida de valores y a la descomposición familiar.

En este contexto, el Estado, tiene la obligación de dar a las familias las ayudas posibles a fin de que puedan ejercer adecuadamente su función educativa, dentro de la que debemos de comprender la escolarizada. Por ello la encíclica Familiaris Consortio, refiere que todos aquellos que en la sociedad dirijan las escuelas, no deben olvidar nunca que

los padres han sido constituidos por Dios, como los primeros y principales educadores de los hijos y que su derecho es del todo inalienable.

Esta función educativa y formadora es fundamental y trascendente si queremos una sociedad justa y en paz. En el hogar los hijos reciben las primeras lecciones, se forman con el ejemplo de los padres, si estos rectamente dirigen sus vidas y educan en el amor, impregnando la formación de caridad y responsabilidad, vamos a tener hombres comprometidos con el bienestar de los demás, que asuman sus responsabilidades, cumplan sus deberes y así ellos formarán sus propias familias con esos mismos principios, dando por fruto una sociedad solidaria y fraterna. Entendemos los deberes y derechos recíprocos de padres e hijos, no solo en la necesidad de atender un estado de incapacidad natural de los hijos, sino también a decir de Guillermo Borda, en la concepción que tenemos de la familia en nuestra civilización occidental y cristiana, como una unidad solidaria, en donde todos los padres e hijos deben aportar en la medida de las posibilidades de cada uno al sostén y bienestar común.

Los legisladores peruanos al regular la patria potestad, han acentuado el aspecto patrimonial de la institución en desmedro de las relaciones personales que constituyen la parte medular, en tal mérito y de acuerdo con las nuevas corrientes en el Derecho de Familia, y el referente importante que lo constituye la Convención de los derechos del niño, debemos tender a regular esta institución familiar en función a los intereses de los niños y adolescentes, como ya lo viene haciendo el Código de los Niños y Adolescentes, sin descuidar que igualmente los padres en ejercicio de la institución también tienen derechos que no son incompatibles con los intereses de los hijos, sino que terminan complementándose.

I. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Antes de entrar a analizar el concepto de patria potestad, resulta pertinente detenernos sobre el término patria potestad, en tanto que este nos conduce equívocamente a pensar que esta institución solo confiere derechos a los padres, convirtiéndose en una suerte de autoridad omnímoda a favor de ellos, y creando una relación de dependencia total de los hijos respecto de sus padres, y además pareciera que la institución está concebida solo en función del padre relegándose a la madre.

Esta confusión parte del hecho de que el término patria potestad que nace en el Derecho Romano, significa etimológicamente poder del padre; en efecto el término patria alude a la figura paterna, y potestad implica poder, prerrogativa, facultad, derecho; ahora bien en esa época era concebida en función del pater familia, concediéndosele derechos, potestades, poderes, facultades, sin su correlato de deberes, y era ejercida solo por el padre, sin embargo ello ha cambiado, mas no el término que se mantiene por la fuerza de la tradición, pero ya no responde a lo que efectivamente se entiende como patria potestad, esto es, cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos; quizás debemos ir hacia una nueva denominación que recoja estos deberes-derechos, y en función de los padres y no solo de uno de ellos; sobre el particular, algunos han intentado llamarlo autoridad paterna compartida, otros, autoridad benéfica sobre los hijos; sobre esta última denominación empleada por don Manuel Lorenzo Vidaurre en su proyecto de Código Civil, se señala que encerraría en efecto, atributos a favor de los padres y de allí el concepto de autoridad, sin embargo dicha autoridad se ejercita a favor de los hijos, atendiendo a su estado de indefensión e incapacidad, por lo tanto la autoridad tiene sentido en tanto se ejercite en favor de los hijos, que no es otra cosa que en defensa de los derechos de los hijos. En fin creo que resulta importante encontrar un nombre propio de esta importante institución familiar, sobre el particular el Código de Familia de el Salvador la denomina Autoridad Parental.

Pues bien, a continuación presentamos algunos conceptos que se dan de la patria potestad.

Para Josserand, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre, sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos. Aquí también es de notar a la ley como la fuente de la patria potestad, pues es esta la que en última instancia la que concedería los derechos e impondría los deberes.

A su vez los hermanos Mazeaud nos dicen que: “la patria potestad se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad sobre la persona de los hijos pero con el nombre de goce legal, confiere prerrogativa pecuniaria al progenitor que la ejerce”. No se consigna a la ley como la generadora

de deberes y derechos, sin embargo se reconoce que constituyen relaciones jurídicas, y por otro lado, se destaca las prerrogativas económicas a favor del progenitor, pensando quizás en el derecho de usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos.

Por su parte Messineo refiere que la patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponde otros tantos deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar. Este concepto se encuadraría dentro de lo que podría denominarse el estatuto de la patria potestad, entendiéndose por tal al conjunto de principios que guían las relaciones paterno filial.

Mucho más reciente, el autor argentino Hugo D'Antonio señala que la patria potestad es el complejo funcional de derechos y deberes, reflejo de la filiación, que corresponde a los padres respecto de cada uno de sus hijos, en tanto estos permanezcan en estado de minoridad o no se hayan emancipado, y que reconoce como finalidad lograr el pleno desarrollo personal de los hijos. El concepto de patria potestad está aquí en función al objeto de la institución.

El Código Civil de 1984 en su artículo 418, establece que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores; sobre el particular debemos notar que el legislador propone el objeto de la institución familiar, guardando conformidad a lo ya establecido en la Constitución de 1993, en el artículo 6, que en su segundo párrafo, establece que es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, mientras que por otro lado los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres; por lo tanto está claro que en esta institución familiar coexisten derechos y deberes, con la nota generalmente de reciprocidad, más aún en determinados casos, los atributos que encierra la patria potestad se convierten en derechos deberes, por cuanto se concibe como derecho del padre y que a la vez es un deber, verbigracia el atributo referido al derecho de los padres a dirigir el proceso educativo, y como todos sabemos, igualmente constituye el deber de los progenitores de educar a sus hijos, asimismo el derecho de tenencia, que es un atributo de los

padres de tener a los hijos consigo, pero que encierra en su ejercicio un deber de los padres, como es el de custodia, que implica guardar, proteger y cuidar a los hijos.

Para nosotros, la patria potestad es una institución del derecho de familia, que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos. Este concepto pretende abarcar no solo los derecho-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas.

II. SIGNOS DISTINTIVOS DE LA PATRIA POTESTAD

Por tratarse de una institución que descansa en un estado de necesidad natural de los sujetos bajo patria potestad, y por cuanto se da entre padres e hijos, aparecen particularidades propias reconocidas por juristas, magistrados y todos los que tengan que ver con el quehacer jurídico, veamos:

- Es una institución del derecho de familia, al darse entre personas vinculadas por el parentesco.
- Se reconoce a los padres no solo deberes sino igualmente derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.
- Se reconoce a los hijos no solo derechos, sino igualmente deberes para con sus padres.
- Institución no creada por el derecho, sino que precede a esta, pues se trata de una institución de orden natural.
- La patria potestad tiene sentido en tanto que busca cautelar los intereses de los hijos que por su incapacidad no pueden ser cautelados por ellos mismos.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Notas que le dan vida propia a la institución, y que por cierto ayudan a distinguirlas de otras instituciones, incluso de aquellas otras que también se ubican en el derecho de familia, como es el caso de la tutela y curatela. Veamos cuáles son estas;

1. Institución exclusiva de los padres.- No solo por tradición, sino por naturaleza, la patria potestad es concebida en función de los padres, solo a ellos alcanza, no extendiéndose a los ascendientes, ni a parientes colaterales, los cuales si fuera el caso de cuidar a un pariente menor de edad, lo harían con el título de tutores, mas no de patria potestad. Se ha señalado ya, que la responsabilidad moral, natural de proteger a los hijos corresponde a aquellos que los han traído al mundo, a los que les han dado vida, esto más que como imperativo legal, como un imperativo moral, y así lo sienten los padres, por ello la institución en sus primeras regulaciones legales, como en el Derecho Romano, corresponde al pater familia, y de allí su nombre Patria que significa padre, y potestad, que significa atribuciones. Es cierto que en el orden familiar, todos deben de contribuir a lograr el bien común de los miembros del núcleo doméstico, pero es a los padres, como el tronco de donde se origina la familia, la que recae este derecho-deber en forma exclusiva, sin perjuicio del deber de ayuda que se deben los otros miembros de la familia, esto se hace aún más evidente tratándose de la familia nuclear, que descansa en la relación de padres e hijos. Debemos reconocer que existen algunas legislaciones, pocas es cierto, que extienden la patria potestad a los ascendientes, como es el caso de la legislación ecuatoriana y la mejicana, sin embargo no nos parece prudente ello, sobre todo cuando existen otras instituciones familiares que se ocupan de los menores cuyos padres no se encuentran al frente de ellos. En esta característica se comprende la situación del ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte de uno solo de los padres, cuando el otro ha muerto, o está suspendido o se ha extinguido la patria potestad.

2. Derecho personalísimo.- La institución está contemplada en función de los padres, y solo de ellos, y no es posible que se pueda ceder o delegar. La ley reconoce a los padres este derecho, como progenitores de sus hijos, y su ejercicio compete exclusivamente a ellos,

y si fuera el caso que los padres no sean idóneos para asumir tales funciones, o lo vengan haciendo mal en perjuicio de sus hijos, entonces estaremos ante la posibilidad de desplazarlos de la patria potestad, pero no para concedérselos a otros, sino que vendrán otras personas a cuidar al menor, ante un llamado que hace la ley, y bajo el título de tutores, con similares funciones, pero no idénticas a la patria potestad. Como hecho anecdótico señala la legislación mejicana, que en un caso y en forma excepcional se posibilita que el padre ceda la patria potestad, cuando por su edad, no pueda estar al frente de su hijo, figura esta que no se da en nuestro país.

3. Derecho inalterable, intrasmisible e irrenunciable.- Deriva de su característica de ser un derecho personalísimo, en tal mérito, los padres no pueden alterar el contenido de la patria potestad ni para aumentar o reducir atribuciones pues constituye un todo unitario, no siendo igualmente posible su transmisión en todo o parte, pues antes que derechos comprenden deberes, y su cesión sería una suerte de abandono o incumplimiento de estos deberes, asimismo no es factible renunciar a la patria potestad, pues nadie puede renunciar a un deber, recordemos que la patria potestad existe en función de una necesidad natural en los incapaces que es necesario cubrir, esta es la razón de su irrenunciabilidad, y si ello fuera factible, estaríamos ante el caso de un incumplimiento del deber de protección y asistencia del menor.

4. Sus normas son de orden público.- Significa que no cabe pactarse contra ellas, son normas de imperativo e ineludible cumplimiento, no hay la más mínima posibilidad de que las partes pretendan pactar contra la institución, pues cualquier pacto sería írrito, nulo, no produciría efectos. El orden público entraña interés de la sociedad en la institución, no puede ni debe quedarse en el ámbito de los particulares, pues su ejercicio lleva a formar familias consolidadas, estables, eso interesa y conviene a la sociedad.

5. Carácter temporal.- La patria potestad tiene sentido en tanto que exista un incapaz al que hay que cuidar, entonces cuando esta sale a la capacidad, ya no tiene sentido la patria potestad, pues el sujeto en pleno ejercicio de sus derechos podrá cautelar sus propios intereses, y la ley le proporciona los medios para hacerlo por sí mismo,

por ello en nuestro país la patria potestad se extiende hasta cumplir los 18 años de edad, y por excepción se sale de ella a los 16 años por matrimonio, o título adquirido que lo habilita para ejercer una profesión, industria u oficio.

6. Rango constitucional.- La patria potestad por su importancia y trascendencia es igualmente tratada en la ley de leyes como es la Constitución; su categoría de norma constitucional hace que la institución alcance reconocimiento del Estado y la sociedad entera, lo que significa que las relaciones jurídicas que se dan dentro de la patria potestad no se quedan en el plano estrictamente privado, como si fueran solo intereses particulares, sino que su interés trasciende hacia la sociedad, y de allí el rango de precepto constitucional.

IV. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En Doctrina se hace el distingo entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, correspondiendo la primera a quien goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido, esta titularidad requiere la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural dada por la procreación y el otro con esencia jurídica; en cuanto al ejercicio vendría a ser la posibilidad de obrar un derecho.

El Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes no se detienen en esta distinción, y usan el término ejercicio para significar tanto la titularidad como el ejercicio, sin embargo somos de opinión que las diferencias existen, y estas aparecen a propósito del cese temporal de la patria potestad, en que se mantiene la titularidad pero no el ejercicio, lo que no ocurre en el caso de la extinción o pérdida de la patria potestad, pues en este caso desaparece definitivamente la titularidad, y con él, el ejercicio.

Siguiendo al Código Civil trataremos el tema refiriéndonos a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

1. Ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos matrimoniales

En forma clara el artículo 419 del Código Civil señala que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal, y si hay

disentimiento resuelve el juez de familia; sobre el particular habría que anotar la igualdad legal de hombre y mujer ante la ley y por ello, la equiparidad de derechos y obligaciones de los padres frente a sus hijos, criterio este que no se empleó en el Código Civil de 1936, por cuanto en dicho cuerpo legal si bien es cierto que la patria potestad era compartida por ambos padres, se precisaba a continuación que si había disentimiento prevalecía la opinión del padre, explicable en un sistema en el que la mujer era una suerte de dependiente del hombre, pues este gozaba de la potestad marital, y por ello se le concedía prácticamente todos los derechos, tales como la fijación del domicilio conyugal, la representación legal, la administración y disposición de los bienes sociales y demás, sin embargo, a raíz de la Constitución de 1979 con la igualdad legal del hombre y la mujer, y luego recogida por la constitución de 1993, esta potestad tuvo que dar paso a una justa y equitativa igualdad de derechos y responsabilidades del hombre y la mujer dentro del matrimonio. El Código Civil al hacer mención al disentimiento, alude a la falta de conformidad al sentir u opinar entre los cónyuges, respecto a los asuntos propios de la patria potestad, entiéndase a los atributos y responsabilidades que entraña esta institución, por lo tanto, el disentimiento no está referido a la titularidad ni ejercicio de la patria potestad, que en el caso de cuestionarse, el mismo código establece criterios para que el juez se pronuncie sobre ello, y así tenemos los casos de separación legal, divorcio e invalidación del matrimonio, supuestos estos en que el juez deberá decidir el ejercicio de la patria potestad a favor de uno de los padres, o los casos de suspensión, y extinción de la patria potestad respecto de uno o ambos padres, fijándose causales específicas para cada uno de ellos.

Patria potestad en los casos de disolución de matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.- En este caso es evidente que la patria potestad se habrá extinguido con respecto al cónyuge muerto, y el ejercicio de la patria potestad corresponderá en exclusividad al cónyuge sobreviviente.

Patria potestad en el caso de separación legal, divorcio e invalidación de matrimonio.- Veamos por separado cada uno de estos casos.

a) Separación legal.- Se llega a la separación de cuerpos, o legal, por la vía de la separación convencional conocida antes como mutuo disenso, y por la separación legal por causal; en la separación

convencional que implica un acuerdo libre y voluntario de separación sin explicitar el motivo de ella, los cónyuges deben pronunciarse sobre los regímenes de alimentos, liquidación de gananciales y patria potestad, pues bien, en el caso de la patria potestad, lo que los cónyuges acuerdan a tenor de lo establecido en el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, es el ejercicio de la tenencia del hijo por parte de alguno de los cónyuges, sin embargo ambos siguen siendo titulares y en ejercicio de la patria potestad, aun cuando al padre o madre a quien no se confía el hijo tendrá un ejercicio disminuido, pues no gozará de esta tenencia. En el caso de la separación legal por causal, los criterios fijados para que el juez conceda el ejercicio de la patria potestad a favor de uno de los padres, están señalados en el artículo 340 del Código Civil, siendo el primero de ellos, el de la inocencia, esto es, ejercerá la patria potestad aquel padre o madre que no dio lugar a la separación, mientras tanto el otro, aquel que incurrió en la causal que provocó la separación quedará suspendido en el ejercicio; ahora bien, si los dos han dado lugar a la separación, entonces el criterio de la inocencia no juega, y por lo tanto entran otros elementos, como el sexo y edad de los hijos, y así tenemos que las mujercitas de cualquier edad se quedarán con la madre, y entre los varones se hace la diferencia, si son mayores de 7 años se quedarán con los padres, y si son menores de 7 años quedarán con la madre. Es de notar que estas reglas no son de obligatoria observancia sino referenciales, y el juzgador los tomará como elementos de juicio, por cuanto en última instancia su decisión estará basada en lo que más convenga a los intereses del hijo.

b) Divorcio.- El comentario realizado en el caso de la separación legal por causal, vale para el divorcio, por lo tanto no agregamos nada a lo ya dicho.

c) Invalidez del matrimonio.- Sea por nulidad o anulabilidad del matrimonio, el juez al pronunciarse en la sentencia, deberá igualmente según el artículo 282 del Código Civil, decidir el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos menores de edad, y para ello deberá sujetarse a las reglas establecidas para el divorcio, reglas contenidas en el artículo 340 ya estudiadas; sobre el particular habría

que precisar que en este caso, estaríamos ante un matrimonio putativo regulado en el artículo 284, matrimonio invalidado que produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio, y en atención a ello, diremos que si uno de los cónyuges actuó de mala fe, este, no ejercerá patria potestad, sino que la potestad será ejercida por aquel cónyuge que ignoraba el impedimento matrimonial, esto es, actuó de buena fe.

Comentario sobre estos criterios de ejercicio de patria potestad. Salvo el establecido en los casos de separación convencional, en el que el acuerdo gira sobre un atributo de la patria potestad, la tenencia, dejando los otros atributos intactos para ambos padres y que ello responda al acuerdo de los cónyuges, mostramos disconformidad con lo establecido por el Código Civil en los casos de separación legal por causal o divorcio e incluso la invalidez del matrimonio, pues en todos ellos se establece una suerte de causa a efecto respecto de la conducta del cónyuge que da lugar a la separación, y que tiene su consecuencia en el cese temporal de la patria potestad, sobre el particular cabe preguntarse por qué esta separación legal, basada en la conducta de uno de los cónyuges respecto del otro, necesariamente debe conducirlo a la privación de la convivencia con el hijo; es que las relaciones conyugales deben reflejarse necesariamente en las relaciones paterno filiales; se presentan casos de que cónyuges desavenidos, pero que mantienen una cordial y fructífera relación con los hijos, entonces, cuando en un caso de separación legal en el que supuestamente el padre ha tenido responsabilidad en la separación, sin embargo ese padre en su relación con el hijo es un buen padre, por qué tendría que suspendérsele en el ejercicio de la patria potestad (recuérdese que suspensión implica no ejercer ningún atributo de la institución), además estaríamos ante un caso no solo de sanción al padre sino también al hijo, a quien se le priva de la presencia de su progenitor; sobre el particular creemos que la decisión a tomar debería ubicarse en todo caso en el plano de la tenencia, y la concesión de la misma debería guiarse no por los motivos que dieron lugar a la separación legal, sino por lo que resulte más conveniente al menor. Este criterio que damos como opinión está siendo aplicado ya en el Código de Familia de El Salvador.

2. Ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos extramatrimoniales

El extramatrimonial asume su condición de hijo respecto de un determinado padre vía el reconocimiento, o la declaración judicial. El reconocimiento implica un acto voluntario por el que una persona admite su condición de padre respecto de otra, mientras que la declaración judicial de paternidad, parte de la negativa del padre a asumir su condición de tal respecto de un hijo que le reclama tal situación, y por ello este pedido se deriva al poder judicial, en donde se actúan pruebas y luego el juez si ha tomado el convencimiento de que la solicitud está debidamente acreditada, declarará la filiación y ordenará que esta relación paterno filial se inscriba en el registro civil respectivo. Pues bien, al regularse el ejercicio de la patria potestad sobre estos hijos extramatrimoniales, el Código Civil en su artículo 421 establece determinados criterios que pasamos a analizar:

Reconocimiento por parte de uno solo de los padres.- Refiere el mencionado dispositivo que la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los han reconocido, en tal mérito si no ha habido reconocimiento, que como ya lo hemos señalado presupone un acto voluntario, entonces no habrá ejercicio de patria potestad ni por cierto titularidad, y ello debido a que no se ha establecido la relación paterno filial y por lo tanto no podemos hablar en términos estrictamente legales de hijo o de padre; ahora bien, si el reconocimiento no se ha dado pero si se ha declarado judicialmente la filiación, diremos que tampoco habrá ejercicio de patria potestad, y esta afirmación la hacemos al interpretar por contrario sensu la norma, pero sobre todo por análisis lógico de los hechos, esto es, si el padre o madre que no asumió voluntariamente su calidad de tal, sino que contra su parecer se le obliga por decisión judicial a asumir una paternidad o maternidad no querida, no deseada, entonces no habrá interés en él o en ella respecto del bienestar del hijo, por lo tanto si no existe el mínimo interés, entonces cómo se le va a conceder el ejercicio de la patria potestad.

Reconocimiento por parte de los dos padres.- Sobre el particular el Código refiere que si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de familia determina a quien corresponde la patria potestad atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados

los padres, y en todo caso a los intereses del menor. Sobre este tema, el legislador peruano se ha apartado de los criterios seguidos por otras legislaciones, como por ejemplo la chilena y ecuatoriana, que apelan a la oportunidad del reconocimiento, y así manifiestan que si ambos padres han reconocido al hijo, entonces ejercerá la patria potestad aquel padre o madre que reconoció primero, esto es, hacen descansar el ejercicio de la potestad en un hecho circunstancial como es el factor tiempo; este criterio no nos parece el más correcto, aun cuando pueda esconder un mayor o menor interés por parte del padre o madre que reconoció primero, o más tarde. El legislador peruano introduce otros elementos que nos parecen razonables, criterios como la edad del hijo, pues si la discusión versa sobre un hijo de meses o pocos años de nacido, es recomendable que sea la madre quien se haga cargo de él, en razón de que este menor requerirá preferente pero no exclusivamente atención materna, asimismo el criterio de género también es un referente importante, por cuanto los hechos nos demuestran que las hijas mujeres requerirán preferente y repetimos pero no exclusivamente cuidado materno, sin embargo reiteramos un concepto ya trabajado, cual es que estas normas no son de obligatoria y fatal observación sino que son elementos de juicio para el juzgador. También se señala el hecho de que los padres vivan juntos o separados; sobre el particular habría que señalar que, por la particular situación en que se encuentran estos padres, no necesariamente hacen vida en común, pues si ello fuera, ambos, en los hechos estarían ejerciendo la patria potestad, sin embargo, si es como ocurre frecuentemente que no hagan vida en común, entonces si se presentaría el problema del ejercicio de la potestad por alguno de ellos, y en estos casos deberá aplicarse los criterios ya mencionados, a los que pensamos debe sumarse otros elementos que recoge el Código de los Niños y Adolescentes a propósito de la tenencia en padres desavenidos; en efecto este Código refiere, que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, es decir la convivencia precedente a la discusión del ejercicio, deberá ser tomado en cuenta por el juez, a fin de no producir un cambio brusco en el menor, que le pueda ser perjudicial para su desarrollo; se señala igualmente que el hijo menor de tres años deberá permanecer con la madre, quizás en la idea de que a esta edad, los menores requieren especialmente atención materna. El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes que hemos

comentado, y que consigna criterios orientadores para el juez, son de perfecta aplicación para la discusión del ejercicio de la patria potestad, aun cuando debemos reconocer que a nivel de juzgados de familia, son pocos los casos de discusión del ejercicio de patria potestad, y más bien son frecuentes las discusiones sobre tenencia, sin embargo no debemos perder de vista que la tenencia es solo uno de los atributos de la patria potestad. Los criterios señalados ilustran al juez de familia en su resolución, sin embargo no lo obligan necesariamente, pues en última instancia lo que más importa es lo que conviene al niño o adolescente, esto es, hay que mirar el interés superior, principio rector que debe ser el norte de cualquier autoridad que tenga que pronunciarse en casos en el que estén comprometidos niños o adolescentes.

Según nuestro parecer, el artículo bajo comentario, debería modificarse en función de que el pronunciamiento debería ser de tenencia y no de ejercicio de patria potestad, y ello debido a que en el caso de los padres extramatrimoniales que no viven juntos y discuten entre sí sobre la persona que debe quedarse con el hijo, lo que está ocurriendo es el interés de los dos en convivir con el hijo, y por lo tanto el atributo de la tenencia, y en esa medida al concedérsele el hijo a uno de ellos, no debería establecerse la suspensión para el otro, pues la suspensión implica una conducta no favorable para el menor, situación que no se da en el caso de estos padres, a quienes no se les juzga por su conducta, sino que el hecho relevante para confiar al hijo a uno u otro, es de que ambos padres no vivan juntos, y por consiguiente deberá existir decisión respecto de quien se queda con el hijo, pero no suspenderle los otros atributos al padre o madre a quien no se le confió el hijo, como deja entrever el artículo 421.

V. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

La institución familiar de la patria potestad encierra un conjunto de deberes y derechos, dirigidos a proteger la persona y bienes de los hijos menores de edad, en tal medida la institución trata de las relaciones personales y económicas que se dan entre los padres e hijos. La legislación peruana no ha separado estas relaciones personales y económicas para tratarlas en forma autónoma, como por ejemplo si lo hacen las legislaciones ecuatoriana y chilena, quienes al regular las relaciones

personales entre padres e hijos lo hacen bajo el título de autoridad paterna, y cuando la refieren a las relaciones patrimoniales, entonces la denominan patria potestad.

1. Atributos de la patria potestad en el orden personal

El Código Civil en su artículo 423, consignó los atributos de la patria potestad mencionando sin separarlos tanto los derechos y deberes en el orden personal como en lo económico; ahora bien, este artículo ha sido modificado por el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes. Veamos a la luz de este Código, en primer lugar los deberes de los padres, luego los derechos, y enseguida abordaremos lo concerniente a los hijos.

2. Deberes de los padres para con sus hijos

a. **Velar por el desarrollo integral de sus hijos.-** Sobre el particular debemos mencionar que es el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 74 el que regula este deber, el que no fue consignado en el Código Civil en el artículo 423, numeral que contiene los atributos de la patria potestad. En efecto el artículo 423 del Código Civil ha sido modificado por el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, por lo tanto cuando nos referimos a los atributos de la patria potestad aludimos a este cuerpo legal, por ser el vigente.

   Los padres tienen la responsabilidad primaria de asegurar las normas de vida que garanticen el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de sus hijos; ahora bien, dentro de esta responsabilidad, se ubica el concepto de desarrollo integral, concepto este que es tratado en la Convención sobre los derechos del niño al referirse a las normas de supervivencia que incluye niveles de vida adecuados y acceso a servicios médicos; normas referidas al desarrollo que incluye la educación, acceso a la información, al juego y tiempo libre, a las actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; normas referidas a la protección que abarca todos los derechos ya mencionados, pero también cubre todas las formas de explotación y crueldad, y por último normas referidas

a los derechos de participación, que incluye la libertad de expresar opiniones y poder manifestarse en cuestiones que afectan la propia vida.

Por lo tanto, cuando se menciona desarrollo integral, prácticamente estamos cubriendo todo lo necesario para el menor, tanto en el aspecto material como moral, pues allí queda cubierto, el sustento diario, la protección, la salud, educación y la formación con ejemplos de vida, sin embargo, pese a ello los legisladores han creído conveniente, en normas aparte, pormenorizar los deberes de los padres.

b. **Proveer su sostenimiento y educación.-** Deber que se ubica dentro del concepto del instituto jurídico de los alimentos, sin embargo se prefiere mencionarlos por separado, y es así que cuando se alude al sostenimiento, nos estamos refiriendo al sustento diario, a la habitación, a la salud del menor y por cierto a la recreación; ahora bien, en lo que atañe a la educación, es indudable que son los padres los que asumen esta responsabilidad educativa que implica transmisión de valores, formación espiritual y moral, y en cuanto a la trasmisión de cultura y conocimientos, como los padres no necesariamente son pedagogos o educadores, esta función es encomendada a los centros educativos, pero ello no implica cesión de parte de los atributos de la patria potestad, pues como ya se tiene escrito, esta es intransferible.

c. **Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.-** La tarea educativa debe verse desde dos planos, una la de formación moral y espiritual, en donde resulta importante el cultivo de la personalidad, la internalización de valores morales, reglas de conducta y de socialización, todo ello recae en los padres, y el otro plano se ubica más bien en la educación escolarizada, en la transmisión de cultura y conocimientos, esta última, es tarea propia de profesores, pedagogos, educadores y se lleva a cabo en el colegio, universidad, instituto o ente del saber. Esta última tarea no recae en el padre, sin embargo es él, quien tiene derecho a escoger la educación y el centro de enseñanza que crea

pertinente para su hijo, al respecto es ilustrativo el artículo 13 de la Constitución peruana que a la letra dice: "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. **Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo**".

Parte importante de este deber también lo constituye la capacitación para el trabajo atendiendo a la vocación y aptitudes del menor. El menor debe comprender la importancia y valor del trabajo, como medio de dignificar a la persona, e instrumento de atención a la satisfacción de necesidades, en esa medida, resulta trascendental reconocer este deber de los padres, pues su cumplimiento posibilitará que el hijo salido a la capacidad se encontrará en situación de atender a sus propios requerimientos.

d. **Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente.-** Cuando se enseña con el ejemplo que se traduce en una vida recta, sobre la base del respeto, consideración, siendo solidarios en nuestros actos de la vida diaria, si ello es observado por nuestros hijos, valdrá más que mil palabras sobre moral o rectitud, en ese sentido se acierta cuando como deber se impone a los padres educar a sus hijos con el ejemplo. En cuanto a la corrección moderada debemos entenderla como un derecho de los padres en circunstancias en que los hijos no obedecen o respetan su autoridad, sin embargo desde ya adelantamos que esta corrección no puede comprender el castigo físico, y en atención a ello es que se usa el término moderado como limitante al derecho de corrección. Esta corrección será comentada a propósito de los derechos de los padres en la patria potestad.

e. **Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil.-** Refiere el Código Civil en su artículo 45, que los representantes legales de los incapaces, ejercen los derechos civiles

de estos según las normas referentes a la patria potestad. Pues bien, son los padres los representantes legales de sus hijos y en atención a ello los terceros que contraten o reclamen contra estos, tendrán que hacerlo con los padres. Esta representación viene siendo limitada a propósito de la aparición del Código de los Niños y Adolescentes, que ha otorgado capacidad civil a los adolescentes que desarrollan actividades económicas, a quienes les reconoce derechos para actuar en nombre propio.

El titular de la patria potestad y en ejercicio de la misma goza de esta representación legal, por lo tanto quien se vea suspendido en su ejercicio o se ha producido la extinción de la potestad, no será el representante legal.

3. Derechos de los padres

El artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes al consignar los atributos que confiere la patria potestad a los padres, también nos menciona los derechos que son reconocidos a estos, veamos cuáles son:

a. Tenencia.- Refiere el inciso e del citado artículo como atributos de la patria potestad "tenerlos en su compañía recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos", pues bien, este es quizás uno de los derechos más importantes que confiere esta institución, y que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, esta relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos, y el cumplimiento de los deberes y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo, estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que opere la patria potestad. El Código de los Niños y Adolescentes equipara la tenencia a la custodia, sin embargo creemos que ello es un error, pues la tenencia es el atributo, facultad, derecho de los padres a vivir con el hijo, ahora bien, ya en el ejercicio del derecho surge el deber de los padres de custodiar a sus hijos, que no es otra cosa que vigilarlos, cuidarlos, protegerlos. La tenencia es un derecho exclusivo de la patria potestad y no puede extenderse hacia terceros; ahora bien si fuere el caso de darse la situación en que los menores no vivan con sus padres y se encuentren

en poder de un tercero, pues bien este tercero cuidará del menor provisionalmente en tanto se dilucide su situación, y así estará actuando como guardador o tutor provisional con deberes y derechos específicos a estas instituciones. El precepto también se pone en el caso de que los menores no se encuentren en poder de los padres sin la autorización debida, en tal circunstancia resulta lógico gobernar ello, y parece prudente la forma como lo ha hecho el legislador, al señalar que los padres pueden recurrir a la autoridad para recuperarlos, autoridad que podría ser la Policía Nacional, o los juzgados de familia, pero en este último caso ello implicaría ya una acción judicial. Sin embargo muchos consideran la tenencia solo como derecho de los padres, pero no ven a la tenencia como un derecho de los niños, a vivir con sus padres y a no ser separados de ellos a no ser que las circunstancias lo justifiquen; sobre el particular el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, sobre el particular y por resultar interesante, en tanto que actuando sobre la base del interés superior del niño y adolescente, nuestra Corte Suprema, en una Resolución Casatoria Nº 4881-2009 otorga la tenencia no al padre, en pleno ejercicio de patria potestad, sino a los abuelos, precedente importante a tener en consideración, en atención a que hay casos en que no basta que el padre o madre sea el titular de la patria potestad para obligatoriamente conceder tenencia.

Aquel padre o madre que no goce de la tenencia se le establecerá un régimen de visitas a su favor, pues bien, cabe preguntarnos en qué consiste este régimen, cómo se fija y en qué casos se establece. Tratemos de responder a todos estos interrogantes:

Régimen de visitas

Refiere el artículo 422 del Código Civil, que en todo caso, los padres tienen el derecho a conservar con los hijos, que no estén bajo su patria potestad, las relaciones personales indicadas por las circunstancias; este precepto legal es la base del derecho de visitas que igualmente es regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, que en su artículo 88 señala que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos; sobre el particular cabe señalar que tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes, adolecen de un error al pronunciarse sobre este derecho, pues lo fijan para aquellos padres que no ejercen patria potestad, y ello es cierto en parte, pues, en efecto los que no gozan del ejercicio de la patria potestad tienen derecho al régimen de visitas, pero lo que no dicen es que igualmente tienen este derecho, incluso los padres que ejerciendo patria potestad no gozan de la tenencia de sus hijos, verbigracia, el caso de la separación convencional, en que ambos padres siguen ejerciendo la patria potestad, pero solo uno de ellos goza de la tenencia, entonces al otro progenitor se le establece un régimen de visitas; quizás lo más aconsejable hubiera sido establecer este régimen a favor del padre o madre que no ejerce la tenencia de su hijo.

En efecto el padre o madre que no ejerce la tenencia de su hijo, debe tener acceso a este, con la finalidad de que el menor sufra lo menos posible con la separación legal, divorcio, invalidez de matrimonio o separación de hecho de sus padres, derecho de visitas que implica la relación y comunicación con el hijo, de manera que ni siquiera la culpa en el divorcio podrá ser una razón suficiente para negar al cónyuge culpable este derecho.

Tradicionalmente a este derecho se le ha llamado derecho de visita, denominación que no es del todo apropiada, pues la necesidad de comunicación entre el padre y el hijo implica mucho más que la simple visita periódica que puede hacer el padre al menor. Estarían pues incluidos en este derecho, otras prerrogativas como el derecho a mantener correspondencia

con el menor, la convivencia por lapsos de tiempo, o periodos vacacionales. El derecho de visita no solo debe contemplarse como un derecho del padre, sino también como un deber, y consecuentemente como un derecho del menor.

En la práctica este derecho se ve plasmado a través del régimen de visitas, establecido judicialmente o conciliatoriamente, en el que se fijan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el cual el padre o madre que no tiene la tenencia de su hijo pueda comunicarse con él, y así le permita al menor un desarrollo normal, evitando que crezcan sin la figura paterna o materna, según sea el caso.

b. **Corrección moderada.-** Señala el artículo 74 en su inciso d, que los padres tienen el deber de darles a sus hijos buenos ejemplos de vida, y a continuación establece como derecho de los padres, la corrección moderada, y que cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente. Este derecho de corrección nos lleva a plantearnos la pregunta si dentro de la corrección se encuentra el castigo, tal como lo contemplan legislaciones como la chilena, colombiana y ecuatoriana, entre otros; sobre el particular tenemos un concepto claro de la respuesta que debemos dar ante la falta del hijo, y es que los padres por ningún motivo deben aplicar castigo físico a sus hijos , pues si así lo hacemos estamos engendrando en ellos la violencia; entonces ni golpes, ni gritos ni ofensas, sino y dependiendo de la edad y circunstancias que rodean al hecho, privarlos de algo que a él le guste, sin embargo no estamos hablando de encerrarlo en su habitación o dejarlo sin comer o negarle algo ya concedido de antemano, nos referimos a algo que no deje lugar a dudas de que nuestro cariño sigue siendo el mismo, es decir te castigo sin ver televisión, o sin salir a jugar por que estuvo mal que hicieras tal cosa, pero no por eso dejo de amarte. El inciso en mención, señala igualmente que cuando la corrección moderada no fuera suficiente, entonces los padres pueden recurrir a la autoridad competente; entendemos que en estos casos, se estaría contemplando la posibilidad de que los padres soliciten al juzgado de familia

especializado, su intervención para que ellos dicten las medidas de protección a favor del niño o adolescente, medidas que podrían comprender, incluso la participación del menor en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social o la atención integral en un establecimiento de protección especial.

c. **Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.-** Este derecho fue consignado en el Código Civil, como facultad de los padres de aprovechar de los servicios de sus hijos; sobre el particular creemos que es acertado el cambio, por cuanto el término aprovechamiento podría entenderse como una suerte de utilización, y extremando la nota hasta explotación, hoy con mayor propiedad, se señala que los hijos pueden ayudar a sus padres, siempre y cuando ello no implique atentar contra la salud, o perjudicar el proceso educativo de los menores. Este derecho está en consonancia con el artículo 24 inciso d del Código de los Niños y Adolescentes, referidos a los deberes de estos, aludiendo al deber de prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad.

d. **Usufructo.-** Este derecho que implica que los padres hagan suyo los frutos que generan los bienes de sus hijos no siempre fue bien visto, sino todo lo contrario, en atención a que aparentemente significaría un aprovechamiento del padre respecto de sus hijos, sin embargo ello no es así y la figura se justifica en función del concepto que tenemos de la familia occidental, cristiana, en la que todos los miembros de una familia deben colaborar para lograr el bien común de ese núcleo doméstico, y en este sentido, si los menores tienen bienes, los frutos que generan estos, son utilizados en primer lugar para atender las necesidades del menor, titular del bien, y si todavía existe un sobrante, corresponderá a los padres en el entendido que ellos destinarán esos bienes en beneficio del grupo familiar. Este derecho conocido como usufructo legal, es regulado en nuestra institución no como una contraprestación por la labor de administración legal que desempeñan los padres sobre los bienes de sus hijos, como lo hace la legislación chilena, sino

como una ayuda entre familiares para el logro de la satisfacción de las necesidades del grupo familiar.

4. Deberes de los menores dentro de la patria potestad

Con cierta frecuencia se suele señalar que la patria potestad es una institución que solo consagra derechos de los hijos y deberes de los padres, sin embargo esto es una verdad a medias, en razón de que los menores que tienen cierto desarrollo también asumen deberes para con sus padres, y es así que nuestro Código Civil en su artículo 454 refiere que los menores están obligados a respetar, obedecer y honrar a sus padres, norma esta que tiene un fondo ético, pues entre padres e hijos se deben consideración, respeto, sin embargo el precepto bajo comentario también tiene implicancias legales, pues si los menores no respetan ni obedecen a sus padres, entonces nace en ellos un derecho de corrección que puede ir incluso a internar a los hijos, cuando esta corrección no bastare. Los padres para el cumplimiento de sus deberes de protección y educación requieren contar con autoridad, y esta autoridad entraña que los hijos deban obediencia, pues si ello no fuera, las órdenes, directivas, que impartan los padres en beneficio de sus propios hijos, quedarían simplemente sin cumplirse, por ello la obediencia, y el respeto son necesarios dentro de la patria potestad.

5. Atributos de la patria potestad en el orden económico

Los menores con patrimonio propio no pueden estar al frente de los mismos en razón de su incapacidad, en tal mérito requieren de otras personas que cuiden este patrimonio, y es por ello que la patria potestad impone a los padres el deber de cuidar la persona y **bienes de sus hijos**, pues bien, los atributos que confiere la patria potestad en el orden patrimonial, se refieren a la administración, el usufructo y la disposición, en tal sentido analicemos por separado cada uno de estos atributos.

6. Administración

Administrar significa el gobierno de intereses ajenos, cuidar un patrimonio; el término administración en el derecho familiar no es igual al que se emplea en economía; en el derecho de familia a la luz de la normativa vigente, administrar significa proteger, cuidar, velar por el patrimonio del menor, hacerlo producir, sin desprenderse del mismo, por lo

tanto no está dentro del concepto de administración el gravamen ni disposición de los bienes. En este orden de ideas el padre administrador de los bienes de sus hijos debe cuidar de esos bienes, cumplir con las obligaciones propias que entrañen el mantenimiento del bien, y en concordancia con ello, por ejemplo, deberá hacer las declaraciones juradas necesarias del bien con respecto a las autoridades municipales, pagar los tributos, cobrar los arriendos, iniciar los juicios de desalojo, si fuere el caso, los juicios de cobro de arriendo etc.; ahora bien, por su propia naturaleza la administración entraña obligaciones, como la de inventariar los bienes y deudas que constituyen el patrimonio del menor, asimismo constituir garantías por las resultas de su gestión, y rendir periódicamente cuentas de su administración, sin embargo por tratarse de una relación tan próxima y directa como es la de los padres e hijos, el legislador no ha impuesto al padre la obligación de hacer inventario, salvo el caso del padre o madre que ejerce en exclusividad la patria potestad y desea contraer matrimonio, figura esta contemplada en el artículo 441 del Código Civil, norma previsora a fin de evitar que casándose el padre o madre, su nueva familia tenga o adquiera bienes, que puedan fácilmente confundirse con los bienes de su hijo que está bajo su patria potestad; excepto este caso, el padre no está obligado a inventariar los bienes de sus hijos que caen bajo su administración, y en cuanto a la constitución de garantía, no existe obligación de los padres de otorgarla salvo que el consejo de familia, esto es, la asamblea de parientes que protegen los intereses de los incapaces, lo soliciten. Si la garantía es exigida por el Consejo de Familia, y lo hará porque le embargan dudas sobre la administración, entonces y de acuerdo al artículo 426 del Código Civil, la garantía debe asegurar el importe de los bienes muebles, las rentas que durante un año rindieron los bienes, y las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor, sin embargo, si el padre no solo es administrador sino también usufructuario de los bienes del menor, entonces las rentas y las utilidades le corresponderán en su calidad de tal, y por lo tanto solo estarán obligados a otorgar garantía por el importe de los bienes muebles, pero si el padre no es usufructuario, sino solo administrador, entonces, la garantía sí deberá cubrir tanto el valor de los muebles como las rentas y utilidades que produzcan los bienes. Y en cuanto a la rendición de cuentas, solo estarán obligados a rendir la cuenta final, mas no tienen obligación de rendir cuentas

periódicas; ahora bien, el hecho de que los padres no estén obligados a inventariar los bienes, tampoco a ofrecer garantías, ni de rendir cuentas periódicas, puede llevar a desproteger los intereses del menor, y diluir la responsabilidad del administrador, sin embargo pese a ello creemos que ha hecho bien el legislador, y que solo por excepción esté obligado a estas medidas, y ello porque debemos tener en consideración que no se trata de una administración común y corriente, sino de un administrador que tiene tanto o más interés que el titular del bien, en proteger este patrimonio, y no solo por que a ello está obligado por las normas de patria potestad, sino por que hay un interés natural en este administrador, de cuidar el patrimonio del hijo como propio, por lo tanto el legislador ha creído innecesario agregar a la garantía natural que ofrecen los padres en el cuidado del patrimonio de sus hijos, otra garantía de orden civil, además de que si tales medidas fueran obligatorias para los padres, quizás se estaría introduciendo un elemento de recelo entre padres e hijos, que podría llegar a ser disociador.

7. Usufructo

La patria potestad concede a los padres el derecho de usufructo legal respecto de los frutos que generan los bienes de los menores sujetos a la autoridad paterna. Este derecho por el cual los padres hacen suyos los frutos, rentas, que producen los bienes propios de sus hijos es conocida en la legislación francesa como goce legal. Existen sustanciales diferencias entre el usufructo ordinario, y el usufructo legal, al extremo que esta última debería tener un nombre propio, sin embargo en nuestro país aún continúa denominándose usufructo.

Se ha querido ver al usufructo legal, como una suerte de compensación por la labor de administración de los padres, respecto de los bienes de sus hijos (al menos así lo contempla la legislación chilena), en tanto que el deber de custodia y protección de los bienes, le demanda al padre tiempo y dedicación, y por esta labor no hay remuneración alguna, sin embargo, no está en el espíritu del derecho de familia remunerar al padre por un deber natural de protección de los intereses de sus hijos. Otros, han visto en este derecho una suerte de aprovechamiento de los padres respecto de los bienes, pero no creemos que ello sea así, en todo caso seguimos la opinión de Borda, quien al referirse a la familia cristiana, occidental, refiere que todos sus integrantes deben colaborar para

el bienestar común, y en esa medida se explica que el padre, aun cuando su hijo no posea bien alguno, cumple sus deberes de sustento y protección, asimismo se explica que el hijo, dentro de sus posibilidades, y sin afectar su salud y el proceso educativo, debe apoyar, ayudar a sus padres, y en esa misma línea de pensamiento, se inscribe el usufructo, esto es, si los hijos tienen bienes, y esos bienes generan frutos, estos deben dedicarse a la atención de las necesidades comunes del hogar, dentro de las cuales está la de él mismo, y ello es lo que implica, pues el padre al hacer suyo esos frutos, los recibe con cargas, como son las del sustento y educación del titular del bien, y luego de cubierto esas cargas, recién el saldo pertenece al padre, quien se presume los destinará a la satisfacción de las necesidades del hogar.

La ley peruana, a través del Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 74 inciso h, refiere como atributo de la patria potestad, administrar y usufructuar sus bienes, cuando lo tuvieran, y tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil; este artículo refiere que cuando el usufructo legal recae sobre productos (provechos no renovables que se extraen de un bien, ejemplo, los minerales, el petróleo), entonces los padres deberán restituir la mitad de los ingresos netos obtenidos, lo que significa que el usufructo legal recae sobre el cincuenta por ciento del producto.

Nuestra posición respecto al usufructo legal, es de aceptación y sin objeción alguna, sobre todo cuando la legislación positiva ha impuesto cargas al usufructuario, siempre en beneficio del titular del bien, que no es otro que el menor, y en particular por cuanto en la mayoría de los casos, esos frutos percibidos por el padre, revierten en la casa conyugal.

8. Disposición de los bienes del menor

La regla general es la prohibición de disponer bienes del menor; sobre el particular recordemos que el padre, como administrador legal debe gobernar los intereses económicos del hijo, pero esta facultad no entraña la disposición de bienes; ahora bien, solo por excepción y con la debida autorización judicial, podrá gravarse o venderse los bienes, y así nos los hace saber el artículo 447 del Código Civil, al señalar que por razones de necesidad o utilidad podrá desprenderse de los bienes del menor: En cuanto a las razones de necesidad, es evidente que el Código alude

a razones de emergencia para el hijo, por ejemplo, el tener que atender una operación urgente para recuperar su salud, sin embargo no resulta muy claro lo referido a razones de utilidad, que como sabemos el término utilidad está asociado al provecho que se saca de una cosa, por lo tanto útil podría ser por ejemplo, la conveniencia de vender un bien a un precio mucho mayor al que se compró, lo que equivaldría a incrementar el patrimonio del menor; en la práctica, es más usual se autorice la venta de un bien del menor por razones de necesidad que por las de utilidad.

Sobre este punto el Código de los Niños y Adolescentes, refiere en los artículos 109 y 110 que quienes administran bienes de niños o adolescentes, como es el caso de los padres, necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad, y en cualquiera de los casos debe probarse tal estado, indicando los bienes que pretende enajenar o gravar. El proceso a seguir es el no contencioso según el artículo 162 del mismo cuerpo de leyes.

VI. DESMEMBRACIÓN Y CESE DE LA PATRIA POTESTAD

Tal como ya ha sido explicado, la patria potestad tiene sentido en tanto existe un menor de edad que se encuentra incapacitado de atender a sus propias necesidades y de velar por sus derechos, recayendo en sus padres el deber de asistirlos y guiarlos para que puedan alcanzar un desarrollo óptimo; en este orden de ideas, la institución concede a los padres una serie de atributos, dentro de los cuales encontramos deberes y derechos, cuyo ejercicio debe realizarse en forma continua en función a atender los intereses de sus hijos, sin embargo, pueden ocurrir hechos que aconsejen que los padres no ejerciten determinadas atribuciones, o quizás resulte pertinente en función a la conveniencia del menor, que los padres sean apartados temporalmente de todas las facultades que encierra la patria potestad, y en fin pueden ocurrir circunstancias que justifiquen que la patria potestad ya no siga rigiendo, por haber perdido sentido o por que no resulta conveniente a los intereses de los hijos. En todos estos casos nos encontraremos ante las figuras de decadencia, cese temporal y definitivo de la patria potestad, debidamente regulados por la legislación.

En efecto, la patria potestad puede verse limitado en algunas facultades, o quizás pueda producirse el desplazamiento temporal del titular,

lo que implica no gozar de ninguna de las facultades, o el cese definitivo del ejercicio de la patria potestad lo que implica perder la titularidad de la patria potestad. Este decaimiento, o cese temporal y definitivo puede deberse a hechos imputables al titular, o a hechos de los cuales él o ella no resultan responsables, o también a situaciones en las que la patria potestad pierde todo sentido, por ejemplo cuando el menor deje de serlo.

La desmembración o decaimiento de la patria potestad, implica que el titular de la patria potestad no va a ejercer una o algunas facultades, pero no se le desplaza por completo del ejercicio, ya que aún continúa gozando de las otras facultades, verbigracia, el padre que siendo titular y en pleno ejercicio de la patria potestad, no goza de la tenencia del menor, sin embargo, si ejerce las otras facultades como por ejemplo la representación legal.

El cese temporal implica que el padre o madre sea desplazado de todas las facultades que otorga la patria potestad, y ello ocurre por un cierto tiempo, de allí su calidad de transitoria; el desplazamiento o separación de la patria potestad está referido a las atribuciones, esto es, derechos o facultades que entraña esta institución, tales por ejemplo, tenencia, corrección, usufructo, representación legal etc, pero obviamente subsisten los deberes propios de la patria potestad, como por ejemplo el deber alimentario. El cese temporal se da cuando se incurra en alguna de las causales que conducen a la suspensión de la patria potestad.

El cese definitivo puede ocurrir cuando ya no existen las razones que justifican la presencia de la patria potestad, por ejemplo, la desaparición del estado de necesidad natural del menor al llegar este a la mayoridad, o el cese de su incapacidad por aplicación del artículo 46 del Código Civil o muerte del menor, entre otros casos; ahora bien, el Código de los Niños y Adolescentes, ha adicionado otras causales que dan lugar al acabamiento definitivo de la patria potestad, y ellas están referidas mayormente a las graves inconductas del padre o madre o de ambos. Este cese definitivo implica no solo perder el ejercicio de la patria potestad sino también la titularidad, por lo tanto el padre o madre, no podrá recuperar nunca la patria potestad de su hijo, sin embargo y a tenor del artículo 94 del Código de los Niños y Adolescentes y en atención al interés del hijo, el deber alimentario subsiste.

VII. CESE TEMPORAL DE LA PATRIA POTESTAD

Implica el desplazamiento del ejercicio de la patria potestad de uno de los padres, o si fuera el caso, de los dos, y generalmente ello es debido a inconductas que directa o indirectamente agravian y perjudican al menor. En el cese temporal, el padre o madre es desplazado del ejercicio de todas las facultades que confiere la potestad; a diferencia de la desmembración en que se sigue ejerciendo la potestad pero no se cuenta con uno o algunos atributos, en el cese temporal el padre o madre no podrá ejercer ningún atributo por determinado tiempo, sin embargo ello no es óbice, para que el desplazado siga obligado a cumplir sus deberes propios de esta institución, como por ejemplo el deber alimentario.

VIII. CESE TEMPORAL DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. LA SUSPENSIÓN

Las causales que dan lugar al cese temporal se han refundido en un solo artículo, el que está denominado como suspensión, habiéndose eliminado la pérdida como cese temporal, y privación, por lo tanto cuando nos referimos al desplazamiento del ejercicio de la patria potestad por un determinado tiempo, aludimos a la suspensión; ahora bien, no todas las causales que daban lugar al cese temporal de la patria potestad y que fueron regulados en el Código Civil de 1984, han sido recogidas en el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, por ejemplo, el impedimento de hecho para ejercer la patria potestad que daba lugar a la suspensión no se ha incorporado, lo que nos parece un error, asimismo en lo que se refiere a la pérdida de la patria potestad no se ha recogido la causal de la condena a pena que la produzca, y ello por la variación del sistema de penas, pero principalmente porque en el Código de los Niños y Adolescentes la pérdida está referida a la extinción de la patria potestad, denominación esta con la que comulgamos.

Refiere el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes que la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

a) **Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil.-** Sobre el particular debemos decir en primer lugar, que en este caso la suspensión procede en forma inmediata

al expedirse la resolución judicial de interdicción, sin que sea necesario un nuevo proceso judicial de suspensión de patria potestad; asimismo se explica la causal en cuanto que la interdicción, entraña la incapacidad de ejercicio de la persona, por lo tanto sería ilógico que un incapaz (padre o madre) cuide a otro incapaz (hijo), por ello la suspensión en tanto dure la interdicción.

b) **Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.-** En este caso igualmente no es necesario proceso judicial específico de suspensión, sino que basta la resolución que declara judicialmente la ausencia. Como sabemos la ausencia es una situación de derecho que descansa en una situación de hecho, y lo constituye la desaparición de la persona, que tiene un domicilio conocido, pero no es habido, por lo tanto tal desaparición crea incertidumbre jurídica, la que no puede ser indefinida, y es así que el legislador en el artículo 49 del Código Civil establece un plazo, que en este caso es de dos años de desaparición, para que cualquiera que tenga legítimo interés pida la declaración de ausencia. Al declararse la ausencia debe proceder en forma inmediata la suspensión de la patria potestad, por cuanto el padre o madre que debe estar al lado del hijo para cuidarlo, protegerlo, asistirlo y en general velar por él, no lo está, en otras palabras en los hechos no se está ejerciendo patria potestad, y lo que hace el legislador es regularizar esta situación vía la declaración de ausencia.

c) **Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan.-** La patria potestad impone a los padres velar por el desarrollo integral del menor, y de aquí se deriva que los progenitores deban predicar con el ejemplo, ejemplos de vida que vayan formando al menor, haciéndolos responsables para que mañana más tarde puedan ser útiles no solo a sí mismos sino igualmente a la sociedad, como ciudadanos respetados y respetables, conscientes de sus deberes, con una rectitud en su accionar, y todo ello como producto de las enseñanzas de los padres; ahora bien, si los padres en vez de asumir estos deberes de formación, hacen todo lo contrario, dándoles malos ejemplos que lleven a los menores en un acto de imitación, a seguir una vida irregular y al margen de las normas de conducta y sana convivencia, o que los padres den órdenes o consejos

dirigidos a la realización de inconductas por parte de los menores, entonces la patria potestad no está cumpliendo su cometido, sino todo lo contrario, su ejercicio está siendo perjudicial para los intereses de los menores, pues el cuidado de la persona de que habla el Código no se está cumpliendo, y en esa situación debe haber una acción inmediata de que el menor no siga bajo la potestad del padre pues se está perjudicando, y esta acción toma el nombre de suspensión de patria potestad, por la que se desplaza al progenitor de todas las facultades inherentes a la institución. La causal que da lugar a esta suspensión si debe ser materia de probanza, y ello dentro de un proceso que toma el nombre de proceso único, tal como lo señala el artículo 160 de este cuerpo de leyes, siendo competente para conocer el juicio el juez especializado de familia.

d) **Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad.-** Un deber de cuidado de la persona del menor es la que principalmente caracteriza a la patria potestad, y por ello uno de los atributos importantes de la potestad es la tenencia, que significa convivencia con el menor, tenencia esta que resulta indispensable para realizar los atributos de la institución familiar; ahora bien, si el padre o madre, desconociendo ello, no solo no está pendiente de su hijo, sino que por el contrario voluntariamente o desidiosamente permite la vagancia del menor, desconociendo en la mayoría de los casos el lugar o lugares donde pueda estar, y con quienes reunirse, sin importarle el riesgo de las malas juntas, o el que esté incriminado en algún hecho ilícito, entonces ese padre o madre no está cumpliendo las responsabilidades que impone la patria potestad y se hace urgente sacarlo, desplazarlo del ejercicio de la institución; con el mismo criterio y quizás considerando la mayor gravedad de la falta, también se suspende la patria potestad cuando el padre o madre dedica al menor a la mendicidad, y consideramos de mayor gravedad esta falta, por cuanto en muchos casos se utiliza al hijo para obtener recursos que luego es destinado al vicio; en otras palabras la dedicación a la mendicidad implica dos faltas, la primera, el incumplimiento del deber de cuidado del menor, y en segundo lugar, el lucrar con el menor, a quien se usa para conseguir dinero fácil. En conclusión, lo que calificará la falta como tal, es el designio del

padre o madre de aprovecharse del hijo para obtener dinero, esto es, lucrar con el hijo.

e) **Por maltratarlos física o mentalmente.-** Se observa en esta causal un desprecio por la vida del hijo, lo que obviamente resulta totalmente reprobable y sancionable, en personas que están llamadas a proteger a su prole, asistirlas, cuidarlas, socorrerlas, sin embargo le infieren lesiones, agravios, maltratos no solo físicos sino también psicológicos que van dejando una huella que es difícil de superar, y quizás la inestabilidad emocional del menor, producto de esos maltratos, vaya convirtiéndose en enfermedades psíquicas que se tornan irreversibles. Son estas las razones por las que se ha considerado como una causal de suspensión de patria potestad, respecto del padre o madre que maltrata al hijo.

f) **Por negarse a prestarles alimentos.-** Los alimentos deben entenderse como lo necesario para cubrir el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación y recreación del menor. La negativa a proporcionar alimentos debe igualmente entenderse como injustificada, por cuanto hay casos en los que el obligado no da alimentos no porque no quiere sino porque no puede, pues igualmente él está en estado de necesidad por carecer de recursos propios, tan cierto es esto, que el mismo Código de los Niños y Adolescentes, a propósito del régimen de visitas ha aclarado en el artículo 88, que los padres que no tienen al hijo consigo tienen derecho a visitarlos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento **o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.** Pues bien, tratándose de padres que teniendo recursos se niegan a alimentar al hijo, es lógico que reciban una sanción, y en este caso es la suspensión de la potestad, sin perjuicio a que sigan obligados y a ser pasibles de ser demandados o denunciados penalmente por este incumplimiento; sin embargo debemos ser prudentes con esta causal, en atención a que en muchos casos, tratando de configurar la causal se promueven procesos de alimentos, que a no dudar, nuestros jueces amparan, y así tener la prueba para solicitar la suspensión; sobre el particular y tratándose de uno de los atributos de la patria potestad como es la tenencia, es significativo lo que dice el artículo 97 “el demandado por alimentos no

puede iniciar un proceso posterior de tenencia salvo causa justificada"; ojalá que los jueces no apliquen al pie de la letra esta norma, y sobre todo con criterio amplio, poniendo por delante el interés superior del niño y adolescente, resuelvan con justicia los casos de tenencia, en todo caso en el proceso de suspensión, las partes harán valer sus razones.

g) **Por separación o divorcio de los padres, o por invalidación del matrimonio de conformidad con lo dispuesto por los artículos 282 y 340 del Código Civil.-** Cuando los padres ya no van a vivir juntos, se hace necesario un pronunciamiento sobre la situación de los hijos respecto de sus padres desavenidos. Si se ha producido la separación legal, o lo que es peor el divorcio y ambos por causal, el artículo 340 del Código Civil establece criterios para que el juez decida respecto del ejercicio de la patria potestad a favor de uno o del otro, criterios tales como la inocencia, o si ambos son culpables, la edad del menor, el sexo, la convivencia precedente. Al decidir el juez que el hijo se confíe al padre o madre, significa que está concediendo la patria potestad a él o a ella, y a quien no se le confía queda en suspenso en dicho ejercicio. También se regula el caso de la invalidez del matrimonio, y los efectos del matrimonio putativo, esto es proteger a aquel que actuó de buena fe; en este caso la patria potestad la ejercerá a aquel que actuó de buena fe y el otro quedará en suspenso, todo ello en aplicación estricta de los artículos 282 y 284 del Código Civil. Esta causal que conduce a la suspensión guarda igualmente concordancia con el artículo 420 del Código Civil que a la letra dice: "en caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación de matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio".

Sin embargo caso diferente es cuando estamos ante una separación convencional, en la que los padres libremente han establecido el régimen de patria potestad, pues bien en este caso no opera la suspensión, tal como claramente lo menciona el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, ya que ambos siguen ejerciendo la patria potestad y el acuerdo gira solo sobre la tenencia y el régimen de visitas a favor de quien no va a gozar de la tenencia. Se entiende la norma, pues en este

caso no sancionamos a nadie, no hay cónyuge culpable, y ambos libre y voluntariamente, y conociendo sus posibilidades y limitaciones, deciden quien va convivir con el hijo, por ello el acuerdo es aceptado por el juez, salvo que tal acuerdo lesione los intereses del menor.

Con referencia a la aplicación de los artículos 340 y 420 sobre suspensión de patria potestad, hemos dejado establecido nuestra disconformidad con las citadas normas, al analizar los casos de ejercicio de patria potestad.

1. Subsistencia de los deberes de los padres para con sus hijos

El artículo 470 del Código Civil señalaba que la pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteraban los deberes de los padres con los hijos, y con ello nos estaba recordando que el cese temporal, como eran los casos de privación, pérdida, y suspensión, a los que se sumaba la limitación judicial que implicaba el recorte de ciertas facultades, estaban referidas al recorte de todos los atributos, o de alguno de ellos (limitación), pero que de ninguna manera implicaba la exoneración de los deberes propios que imponen la patria potestad, deberes que se mantenían incólumes, y esto resulta lógico, pues la patria potestad existe en función de cubrir intereses de los hijos incapaces, y para ello debemos tender al cumplimiento de estos deberes, y no a dar licencia para el incumplimiento de estos; ahora bien, como ya sabemos el Código de los Niños y Adolescentes, ha refundido en una sola figura las diferentes formas de cese temporal que traía el Código Civil de 1984 en su versión original, por lo tanto ya no existen como cese temporal, la pérdida, ni la privación, sino tan solo la suspensión, por otro lado, la figura de la limitación judicial regulada en el artículo 464 y que textualmente decía "cuando la conducta de los padres no bastare para declarar la privación o producir la pérdida de la patria potestad, el juez puede limitar esta hasta donde lo exija el interés de los hijos" fue derogada según la primera disposición final del decreto Ley Nº 26102 conocida como Código de los Niños y Adolescentes, y la derogación tuvo sentido y lógica pues la misma norma de limitación en su redacción era confusa, y por que en la práctica no tuvo mayor aceptación.

En consecuencia el cese temporal del ejercicio de la patria potestad, a lo que debemos sumar el no gozar de la tenencia del hijo, no exonera

al padre o madre de seguir cumpliendo con los deberes propios de la patria potestad y que ya hemos analizado, y en particular con el deber alimentario, tal como expresamente lo consigna el Código de los Niños y Adolescentes, Ley Nº 27337 en su artículo 94 ubicado en el capítulo sobre alimentos, y que textualmente dice que: "la obligación alimentaria de los padres continúa en caso de suspensión o pérdida de la patria potestad", por lo tanto estas obligaciones continúan no solo en el caso del cese temporal, sino también en el cese definitivo de la patria potestad, y todo ello en razón de no perjudicar los intereses de los hijos, y por que la calidad de padre y sus deberes que entraña, no pueden desaparecer por el hecho de que ellos no ejerzan la patria potestad.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 78 refiere que los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad, podrán pedir su restitución cuando cese la causal que la motiva, esto es, ya no se señala plazo alguno; sin embargo queda a criterio del juzgado evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del principio del interés superior del niño y adolescente.

IX. CESE DEFINITIVO DE LA PATRIA POTESTAD

Equivale a perder la titularidad de la patria potestad, en consecuencia el padre o madre o los dos ya no volverán a ejercer esta. La terminación o acabamiento definitivo de la patria potestad con el Código Civil de 1984 en su versión original, se producía por causas no imputables a los padres, sino a la desaparición de las razones que justificaban la existencia de la institución, tales como la muerte del hijo, o la cesación de su incapacidad o muerte de los dos padres; esta cesación siempre estaba referida a los dos padres, pues en el caso de que uno de los padres por ejemplo, falleciera, no se estimaba acabada la patria potestad, pues esta era ejercida en exclusividad por el padre o madre sobreviviente, sin embargo el Código de los Niños y Adolescentes se pone en los supuestos contemplados por el Código Civil, pero también consigna otros referidos a serias y graves inconductas reiterativa del padre o madre, asimismo el cese definitivo puede estar referido a uno solo de los padres o los dos.

1. Extinción o pérdida de la patria potestad según el Código de los Niños y Adolescentes

Una primera observación que hacemos es que este cuerpo de leyes identifica la extinción con la pérdida de la patria potestad, y ello nos parece bien, en razón de que el término pérdida trasunta un no retorno, un cese definitivo, y es esta la razón que nos llevó a criticar al Código Civil de 1984, que utilizaba el término pérdida para describir una de las formas de cese temporal del ejercicio de la patria potestad. Otra observación está referida a que no solo se regula dentro de esta extinción causales que hacen inútil e innecesaria a la institución, sino también causales referidas a inconductas del padre o madre, y que hace aconsejable que este no vuelva a ejercer nunca más la patria potestad. Analicemos por separado el artículo 77.

a) **Por muerte de los padres o del hijo.-** Se repite la causal del Código Civil, a lo que solo habría que agregar que ante estos hechos naturales la institución familiar pierde su razón de ser, pues en el caso de la muerte del hijo, desaparece el fin último de la institución, como es el de velar por el desarrollo integral del menor, y en lo que respecta a la muerte de los padres, si bien es cierto que aún existe un menor por velar, también lo es que, quienes deben cuidarlo han perecido, y por ello se da pase a otra institución familiar parecida a la patria potestad pero no igual a ella, como es la tutela.

b) **Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad.-** Otra causal del Código que se repite, y que significa que el hijo al cumplir 18 años de edad sale a la capacidad, y por lo tanto en aptitud natural y legal de cuidarse solo, tanto en lo personal como en lo económico, y en esa circunstancia ya no tiene sentido la existencia de la patria potestad, que precisamente está dirigida a cuidar a un ser incapaz de valerse por sí mismo, a un menor que se encuentra en estado de insuficiencia natural, circunstancias estas que ya no se dan, al menos a la luz de la legislación, en la persona que ha cumplido 18 años.

c) **Por declaración judicial de abandono.-** Causal nueva y que está referida a la situación particular del menor que por diversas

motivos no goza de la protección ni amparo de sus padres, y por lo tanto al no cumplirse los fines de la patria potestad, deberá esta extinguirse, con lo cual se posibilita que el menor ingrese a una familia sustituta; sobre el particular recordemos lo que nos señala precisamente este Código en el artículo 8; en efecto, este precepto refiere que el niño y el adolescente que carecen de familia natural, tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado, y que el niño o adolescente no podrá ser separado de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo.

El artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes enumera los casos en los que el juez especializado podrá declarar el estado de abandono, y estos son:

1. Expósito, esto es, el menor no conoce a sus padres, ni por cierto a ningún familiar, pues su condición de abandonado en la vía pública, o en un orfanato, o en la puerta de un convento, o casa particular, sin ninguna seña o referencia con sus padres biológicos, los convierte en menores en circunstancias especialmente difíciles, respecto de los cuales se tienen que tomar medidas de protección, y la declaración de abandono es una de ellas, pues permitirá que este menor se encuentre en aptitud, por ejemplo de ser adoptado.

2. Carezca en forma definitiva de las personas que conforme a ley tienen el cuidado personal de crianza, educación, o si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación. Es evidente que las normas referidas al menor, deben orientarse por lo que más convenga a sus intereses, siendo el norte de ellas el interés superior del niño o adolescente, pues bien, si ello es así entonces tenemos que convenir que esta causal está plenamente justificada, pues en el primer caso, los padres llamados a cuidar al hijo no lo están, e incluso tampoco están otros parientes que en defecto de los padres deberían asumir este encargo, y en el

segundo supuesto de este inciso, no bastaría la presencia física de estos familiares, pues en los hechos no estarían cumpliendo los deberes inherentes a la patria potestad, o sus propias inconductas o problemas de salud mental no garantizan el cuidado del menor, sino todo lo contrario.

3. Son objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran; sobre el particular, una medida como la declaración de abandono se encuentra justificado, por cuanto hay que proteger al menor, que por su incapacidad no puede velar sus propios intereses, y en este contexto la patria potestad impone el deber de protección a los padres; ahora bien, si ellos no cumplen con este deber, sino que son los actores principales del maltrato, agresiones para con sus hijos, o consientan que otros lo hagan, entonces resulta indispensable separar al hijo de esos padres.

4. Son entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado, y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo. Se observa en esta causal un propósito de abandono del menor por parte de sus padres, y si ello es así, entonces no conviene a los intereses del menor que sus padres sigan en el ejercicio de la patria potestad, por ello se dicta la declaración de abandono posibilitando con ello una medida de protección a favor del menor.

5. Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas para ser promovido en adopción; debemos entender esta causal como una imposibilidad de hecho por parte de los padres de no velar por sus hijos, y no como un fácil expediente para eludir los deberes propios de la patria potestad; pues bien al ser entregados a la autoridad competente para posibilitar la adopción del menor, se está siguiendo con los postulados del Código de atender prioritariamente el interés del menor,

quien no pudiendo vivir con su familia natural, se le proporcionará una familia sustituta vía la adopción.

6. Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia. El artículo 4 de este Código trae dentro de los derechos civiles del niño y adolescente, el de su integridad personal, y así señala que tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, por lo tanto no podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Creemos que dentro de esta causal bajo comentario se ubican todas las formas de explotación tales como el trabajo forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes, y si ello es así queda plenamente justificada la declaración judicial de abandono.

7. Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad. Otra forma de explotación que entraña un desprecio total de los padres respecto de los intereses de sus propios hijos, por ello se hace recomendable que estos hijos o adolescentes no vivan más con esos padres, que no han asumido su rol paterno y materno, sino por el contrario, ven en los hijos un instrumento de lucro.

8. Se encuentre en total desamparo; en este caso el menor puede tener a sus padres físicamente, sin embargo ellos no se ocupan del hijo, hay pues un abandono físico y moral, o puede ser que el hijo o adolescente no tenga a sus padres físicamente, entonces aquí nos encontramos ante la figura similar al expósito; en cualquiera de los casos se hace necesario dictar medidas de protección, y la primera de ellas precisamente es la declaración de abandono.

Esta declaración judicial de abandono la dicta el juez especializado, previa investigación sumaria que hace sobre el particular.

Consentida que sea la resolución se comunica al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para los efectos de viabilizar la adopción en la vía administrativa. Ahora bien, declarado el abandono del niño o adolescente, operará la extinción definitiva de la patria potestad, sin necesidad de trámite adicional.

d) **Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos.-** Si la patria potestad impone deberes de cuidado y protección respecto de los hijos, entonces quienes incumplan este deber no merecen continuar en el ejercicio de la potestad, y por ello el legislador los suspende en el ejercicio; ahora bien, si el padre o madre, no solo no cuida y protege al hijo sino que delinque contra él causándole daño físico o psicológico, o sin aparente daño ha cometido delito, y esta conducta dolosa y delictiva perjudica al hijo, entonces resulta justificado que dicho padre o madre pierda definitivamente la patria potestad, institución esta que en el caso del padre o madre delincuente no ha cumplido su fin sino todo lo contrario.

e) **Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo precedente.-** Como ya lo tenemos explicado son causales de suspensión de patria potestad respecto del padre o madre que da órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a los hijos, o quien permite la vagancia o dedica a la mendicidad a los hijos, o los maltrata física o mentalmente y quienes niegan alimentos a sus hijos; pues bien, si esas faltas luego de haber sido sancionadas con la suspensión, se repiten entonces la sanción es mayor y se castiga con la extinción de la patria potestad, y ello resulta lógico, pues ante tamaña inconducta que trasluce desinterés y desprecio por los hijos, no resulta conveniente ni útil se siga manteniendo la patria potestad a favor de esos padres que no han sabido cumplir con su rol de progenitores.

f) **Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil.-** Tal como ya lo tenemos expresado, la institución de la patria potestad tiene sentido en tanto haya que

cubrir un estado de necesidad e insuficiencia en la persona del hijo derivado de su minoridad, en tal circunstancia, cuando desaparece la incapacidad debe desaparecer la institución que protege al incapaz. La incapacidad desaparece cuando el menor deja de serlo, esto es, al llegar a los 18 años de edad, pero no es la única causa que permite salir a la capacidad, en efecto el artículo 46 también es otra vía para alcanzar la capacidad, artículo que fue modificado por la Ley Nº 27201, y de cuyo texto podemos extraer lo siguiente: "La incapacidad de las personas mayores de 16 años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este (...)". Como es de observar en estos casos, el menor que continúa siéndolo, ha adquirido capacidad y por lo tanto la patria potestad habrá perdido su razón de ser, cual es la de cuidar al incapaz.

La decadencia y terminación de la patria potestad

Enrique VARSI ROSPIGLIOSI(*)

I. GENERALIDADES

1. Introducción

La procreación es el acto biológico generador de descendencia que produce efectos legales (hecho jurídico) que se van a establecer de manera plena con la determinación de la filiación. Es por ello que procreación y filiación implican elementos fundamentales dentro del Derecho de Familia: el primero es generador de vida y el segundo es causante de relaciones paternofiliales.

Mediante la filiación los padres se vinculan jurídicamente con sus hijos cumpliendo con satisfacer sus necesidades y requerimientos, asistiéndolos, protegiéndolos y representándolos. La relación paternofilial es, por ello, un complejo de relaciones familiares entre padres e hijos dándose la denominada "autoridad paternal" que obedece a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos.

(*) Abogado del Estudio Lazo, De Romaña & Gagliuffi. Profesor de la Universidad de San Martín de Porres, Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Al constituir un medio de realización natural, la familia tiene como uno de sus fines el cuidar la persona y los bienes de los hijos, lo que se cumple mediante el ejercicio de la autoridad de los padres dentro de la institución de la patria potestad. Así, los padres cuidan y defienden a su descendencia; esta es una obligación propia, innata y connatural en el ser humano.

2. Antecedentes y evolución

En Roma, la patria potestad era el poder ejercido por el *pater familias* sobre todas las personas libres que constituían su familia. Él era "señor de todos" (*autorictas patria*, rezago del actual principio de masculinidad) y tenía una fuente de poder absoluto dentro de la estructura familiar. Eugene Petit indica que la potestad paternal significó un derecho riguroso y absoluto del jefe de familia, análogo a los actos del amo sobre el esclavo, que tenían sobre la persona y bienes de sus hijos(1).

Vemos que, en el Derecho antiguo, la patria potestad más que un privilegio era una facultad, un poder, una atribución en favor del padre y revestía un carácter despótico, entrañando un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella(2). El *pater familias* tenía sobre sus hijos el poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, estando autorizado a disponer de sus bienes; en él recaía la facultad de juzgarlos y condenarlos en *judicia privata*(3).

El Derecho consuetudinario francés varió el carácter absoluto de la patria potestad y fue con la Revolución Francesa que se reestructuró la esencia romana de esta institución, procediéndose a suprimir muchos de los poderes del padre, incluso la institución del usufructo legal. Esta situación se va aligerando con la humanización del Derecho positivo, la consagración de la teoría de la defensa de la persona, la liberalización de las relaciones familiares y el ejercicio del poder tuitivo del Estado en protección de la familia.

(1) PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1980, p. 144.
(2) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Editorial Uthea, México, 1947, p. 27.
(3) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia.* 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 307.

La legislación comparada, a decir de Luis Fernández Clérigo[4], ha evolucionado notablemente en materia de patria potestad, bien sea: i) concentrando y atribuyendo poderes solo al padre, ii) otorgando poderes subordinados a la madre; o iii) estableciendo la igualdad entre el padre y la madre. Todo ello ha generado la creación de relaciones jurídicas equilibradas en el Derecho de Familia, en las que surgen las facultades recíprocas entre las partes intervinientes.

3. Conceptos generales

Actualmente, la patria potestad no implica una relación de familia vertical (padre ↕ hijo) sino una de relación de familia horizontal (padre ↔ hijo) en la que tanto uno como otro tienen derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir. Se toma en cuenta los intereses del hijo por sobre las atribuciones del padre. Su finalidad es permitir que los padres busquen y logren el desarrollo integral de sus hijos. La mayor parte del contenido de la relación paternofilial, según criterio de Díez-Picazo y Gullón[5], se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad, no obstante sería inexacto identificar el contenido de la relación paternofilial con el régimen jurídico de la patria potestad, pues la primera existe desde que la filiación queda determinada mientras que la segunda es un plus que se le superpone en la fase de la menor edad de los hijos. Por lo que se afirma que puede existir una relación paternofilial, cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, tal es el caso de haberse privado de la misma o que los hijos hayan alcanzado la mayoridad.

Como refiere Luis Fernández Clérigo, la patria potestad implica una función tuitiva de carácter social y casi público sobre los hijos menores[6]. Es tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y cautelar la persona y patrimonio de sus hijos; así se configura como un típico caso de derecho subjetivo familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente relacionado con la obligación (deber) entre las partes.

(4) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Ed. Hispano-Americana, México, 1947, p. 279.
(5) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 5ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 284.
(6) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 279.

Al decir de Guillermo Borda, "la patria potestad (...) no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos"[7].

Esta relación tutelar se inicia con la concepción y termina con la adquisición de la capacidad de los hijos. Como es lógico, desde el momento de la concepción surge un sujeto de derecho que merece la más amplia protección en su aspecto sicosomático como el de su peculio. Esta protección y defensa tutelar, que corresponde a los padres, se acabará cuando el sujeto de derecho consiga la capacidad para poder defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio. Para Hung Vaillant[8] la patria potestad es un régimen de representación, concibiéndosele como un **oficio privado** encomendado a los padres y con la **finalidad mediata** de protección.

La patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paternofilial; se deriva de ella, a tal punto que el término "filiación" implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación.

4. Denominación

La conformación terminológica de esta institución viene del latín *patria potestas* o potestad del *pater familia.*

Hoy en día se emplean de manera indistinta los términos patria potestad, autoridad paterna, autoridad paternal o relación parental.

Se le ha dado en llamar también poder de protección o patrio deber en el sentido que es instituida en beneficio de los hijos y no en provecho de los padres[9]. Sin embargo, la denominación más acorde es la de

(7) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 309.
(8) HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I.* 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001, pp. 301 y 302.
(9) Cfr. DE BARROS MONTERO, Washington. *Curso de Derecho Civil*. 36ª edición actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Ed. Saraiva, Sao Paolo, 2001, p. 288.

autoridad de los padres o **responsabilidad parental** que, como sostiene Eduardo Zannoni[10], traduce con más precisión las transformaciones que ha experimentado la familia en estos últimos tiempos.

El Código Civil alemán la denomina "Cuidado paterno", el Código de Familia de Cataluña, "Potestad del padre y de la madre", el Código de Familia de Rusia, "Derechos y deberes respectivos de los hijos y los padres", el Código de Familia de Bolivia, "Autoridad de los padres"[11]. En Brasil el viejo Código del 16 la denominaba como *Patrio Poder*[12], hoy el nuevo Código de 2001 la denomina *Poder Familiar*[13], el *Code autorité parentale*.

Al respecto Nery Junior[14] justifica que este cambio de denominación se debe a la igualdad sustancial entre los padres en la educación de los hijos y en la dirección de la sociedad conyugal; asimismo, Gonçalves Strenger[15] menciona justificando el cambio terminológico que los

(10) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, 3ª edición, p. 680.

(11) El término Autoridad de los padres más significa poder, mandato, mando o energía tiránica, distante a la ejercida por la patria potestad (JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del menor.* Editora Presencia, Bolivia, 2002, p. 356), esta, la patria potestad significa el sacrificio de los padres en servicio de los hijos, razón por que se recomienda volver al término jurídico más apropiado de la patria potestad (PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de Familia y sus instituciones*. 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002, p. 372).

(12) Esta institución tiene un tratamiento especial en el Esbôço de Freitas cuando en el artículo 1510 se considera que: "Os direitos que ao pai competen, como chefe da familia, sóbre a persona e bens de seus filos legítimos, até que estes fiquem mayores, ou se emancipen, constituem o pátrio-poder ou poder paternal". Su tratamiento era desarrollado en las secciones denominadas dos direitos e obrigaçoes dos pais e filhos legítimos así como dos direitos e obrigaçoes dos mães e filhos legítimos,, TEXEIRA DE FREITAS, A. *Código civil Esbôço, Ministerio da Justiça e negócios interiores, Serviço de documnetação.* República dos Estados Unidos do Brasil, 1952, tomo II, p. 540.

(13) El Código peca gravemente a más de preocuparse en reiterar la expresión de la palabra "patrio" relacionada impropiamente con el padre (cuando recientemente ya fue atribuido y que no es exclusividad del genitor), antes de poder se presenta como una obligación de los padres y no de la familia. Cfr. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito de Família*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002.

(14) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código civil anotado e Legislação extravagante*. 2ª edição revista e ampliada, editora Revista dos tribunais, 2003, p. 732.

(15) GONÇALVES STRENGER, Guilherme: "Poder familiar-Guarda e regulamentação de visitas". En: Ives Granda da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto (Coordinadores): *O novo Código civil: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. Sao Paolo, Editora LTR, 2003, p. 1228. El autor concluye que las

juristas se inquietaban con el uso de la antigua denominación so pretexto que su designación era derivaba del significado del término "patrio" que viene del latín *patrius*, es decir padre, por lo que la palabra poder es la más adecuada dado que "patrio" es equívoca en la relación familiar indicada. En la doctrina italiana se considera que "esta potestad, que de ordinario se califica de patria, no es, según el espíritu del Código, un poder a favor de los padres, sino, antes bien, un medio para que estos ejerzan su elevado ministerio; se propuso, equivocadamente, denominarla autoridad paterna, cuando es más bien potestad de parentesco; tampoco es necesario llamarla autoridad de los progenitores, pues, en sentido legal, patria potestad lo mismo significa autoridad del padre que de la madre"(16).

Actualmente, compartiendo la idea de Jiménez Sanjinés(17), la patria potestad dejó de ser "patria", pues ya no es exclusiva del padre sino compartida con la madre; no es potestad, pues no otorga poder sino que se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con los descendientes.

5. Definición

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad. El poder de familia, como lo define la clásica doctrina brasilera, es el conjunto de derechos y obligaciones de la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido, en igualdad de condiciones, por ambos padres, para que puedan desempeñar sus encargos que las normas jurídicas les imponen, teniendo a la vista los intereses y la protección del hijo(18).

nomenclaturas jurídicas y científicas deben obedecer a sus esencias concepetulaes de acuerdo a los planos de la lógica y semiótica jurídica.

(16) BRUGUI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. México, 1946, § 81, p. 453.

(17) JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del menor*. Editora Presencia, 2002, pp. 358 y 359.

(18) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. 17ª edición actualizada, volumen 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 439.

La modificación del Código Civil francés, efectuada recientemente en el año 2002[19], ha variado la definición de autoridad parental de una manera profunda al establecerse que "es un conjunto de derechos y deberes que tiene por finalidad el interés del hijo. Corresponde al padre y la madre, hasta la mayoridad o emancipación del hijo, protegerlo en su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, dentro del respeto debido a su persona. Los padres asocian al hijo en las decisiones que le conciernen, según su edad y su grado de madurez" (art. 371-1). Con dicho texto se perfecciona y amplía el concepto del anterior artículo 371-2; i) quedando suprimidas las referencias a los derechos-deberes de guarda, vigilancia y educación, ii) introduciéndose el concepto de "interés del hijo"; y iii) legislándose la necesidad de oírlo, con lo que se presta atención a las pautas del artículo 3 primer párrafo y artículo 12 primer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño[20].

6. Características

La patria potestad es de orden público y como tal tiene las siguientes características:

CARACTERÍSTICA	EXPLICACIÓN
Es un derecho subjetivo familiar	La patria potestad lleva implícita relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades-deberes.
Se regula por normas de orden público	Está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal.

(19) Como refiere Augusto Belluscio, "el 4 de marzo de 2002 fueron promulgadas en Francia dos importantes leyes modificatorias del Código Civil en materia de Derecho de las Personas y de la Familia: la [Ley] 2002-303 sobre la autoridad parental y la filiación y la [Ley] 2002-304 sobre el nombre de familia; además, la primera incluye en el Código Penal nuevas disposiciones relativas a la prostitución de menores. Una y otra constituyen significativos avances en la adopción de normas destinadas a completar la situación de igualdad jurídica del hombre y la mujer en sus relaciones de familia; además, la primera renueva totalmente la legislación acerca de la autoridad de los padres sobre sus hijos menores de edad". BELLUSCIO, Augusto. "Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre". En: *La Ley*. Buenos Aires, Año LXVI, N° 130, 08/07/2002.

(20) BELLUSCIO, Augusto. "Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre". En: *La Ley*. Ob. cit.

Es una relación jurídica plural de familia	No es un derecho exclusivo de los padres, a pesar de que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación a sus hijos menores.
Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco	La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo.
Es una relación de autoridad de los padres	Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos.
Su fin es tuitivo	Se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad.
Es intransmisible	La patria potestad, reconocida por la legislación así como por la doctrina(21), es intransmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como de indisponibilidad o inalienabilidad, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son de orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte. Los padres delegan, no obstante, el derecho y la obligación de educar y controlar al hijo, cuando lo internan en un colegio(22).
Es imprescriptible	No se pierde por la prescripción; sin embargo, puede decaer o extinguirse.
Es temporal, no perpetua	La patria potestad puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad.
Es irrenunciable	De motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico.
Es incompatible con la tutela	No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad.
Es relativa	No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley.
Es indisponible	Por que no está en el comercio jurídico.

(21) LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho de Familia.* Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930, p. 412.
(22) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil.* Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima, p. 181.

7. Objetivo

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades; por ello, Héctor Cornejo Chávez afirma que se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que "no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad"(23). Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integridad de la vida de los hijos, sea sicosomática (por ejemplo: salud), social (como el recreo) o patrimonial (pecuniaria).

Eduardo Zannoni, citando a Cafferata, explica que: "la patria potestad satisface el **proceso biológico de la procreación**, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar"(24). En otras palabras, la patria potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia. Según la profesora brasilera Diniz(25) el *Poder familia* tiene como finalidad al ser humano que, desde la infancia, precisa de alguien que lo críe, eduque, ampare, defienda, guarde y cuide de sus intereses, rigiendo su persona y bienes.

De acuerdo a la estructura del Derecho Familiar moderno, la patria potestad se ejerce en interés de la familia (en general) y de la sociedad; antiguamente, solo era en beneficio directo del hijo (lo que perduró hasta hace poco) o exclusivo del padre (como sucedió en Roma). Actualmente se tiene en cuenta el interés del grupo familiar, ya que es en la familia y por ella que se busca el desarrollo integral de la persona. Precisamente, este sistema debe ser acogido por nuestra legislación, así como lo establece el Código de Familia panameño cuando estipula que la autoridad de los padres se establece tomando en consideración el interés superior del menor y de la familia (art. 318).

(23) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Editorial Studium, Lima, 1987, p. 177.
(24) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 682.
(25) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero.* Ob. cit., pp. 439 y 440.

En este orden de ideas, la patria potestad es una institución de necesidad natural pues el ser humano, requiere desde su infancia que lo críen, lo eduquen, amparen y defiendan, guarden y cuiden de sus intereses, en suma que tengan la regencia de su persona y sus bienes, siendo los padres las personas indicadas para esta misión y que califica como una situación jurídica peculiar, pues es una facultad y una necesidad[26].

8. Naturaleza jurídica

La patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad.

Las relaciones jurídicas contenidas en la patria potestad implican derechos-deberes, es decir una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura un típico derecho subjetivo de familia. Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que ellos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad y, en caso de abandono o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad. Lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia y concluye cuando esta adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico, de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán brindar protección a sus padres.

Es de considerar, finalmente, que más que un derecho natural, la patria potestad es una función social de la familia cuyo fin es la formación y protección del menor. En este sentido, el Código de Familia boliviano estructura la base de la mencionada institución acotando que su fin es la protección familiar a los incapaces y que se realiza a través de la autoridad de los padres (art. 244 y siguientes).

(26) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 390.

II. TITULARIDAD Y EJERCICIO

1. Sujetos

La patria potestad solo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos. De ascendientes a descendientes. Hay un sujeto titular de la patria potestad y otro a quien la potestad se dirige o que se encuentra sometido a ella, en clara opinión de Díez-Picazo y Gullón[27]; los titulares son los padres y los hijos, es ejercida por ambos, por los padres que la dirigen y por los hijos que la asumen, sujetándose ambos a sus reglas.

Luis Fernández Clérigo explica que existe una condición fija y afirmativa (que se trate de menores de edad) y otra negativa y contingente (que estos menores no se hallen emancipados); asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente (que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la patria potestad) y una circunstancia negativa (que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio)[28].

En tal sentido los sujetos intervinientes son:

1.1. Padres

Son los sujetos activos de la patria potestad. Se les denomina "padres de familia".

Se encargan de cautelar la integridad de la persona, así como la administración del patrimonio y los bienes de sus hijos. Los padres tienen dicha calidad (art. 418 de nuestro Código Civil) y la ejercen en conjunto (lo que se conoce como "cotitularidad de la patria potestad") durante el matrimonio (art. 419 del mismo texto legal). En caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidez del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en el cónyuge a quien se le confían los hijos (art. 420 de la norma jurídica antes citada). Ahora bien, la patria potestad debe ser ejercida responsablemente, como un buen padre de familia (art. 166 del Código Civil de Puerto Rico); caso contrario puede ser limitado el ejercicio de la misma.

(27) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 286.
(28) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 281.

Para gozar de la patria potestad, los padres deben ser capaces (arts. 42 y 46). De acuerdo a una modificación de nuestra legislación civil[29], los mayores de catorce años adquieren una capacidad limitada a partir del nacimiento de su hijo, pero solo para: i) reconocerlos, ii) reclamar o demandar por gastos de embarazo o parto; y iii) para demandar o ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. La norma legal aludida es insuficiente, pues no ha considerado la posibilidad de demandar judicialmente la declaración de filiación extramatrimonial (a pesar de que el art. 407 de nuestro Código Civil se lo permite a la madre, mas no al padre) o el régimen de visitas.

El Código Civil chileno encarga la mayor parte de obligaciones de la patria potestad al padre, le corresponde la administración de los bienes, (art. 249), respondiendo por sus actos hasta la culpa leve (art. 250) e indica, además, que los casos de suspensión están dirigidos taxativamente a la figura del padre. Curiosamente, existen artículos que se refieren al padre y a la madre, como el artículo 240 cuando dice que la patria potestad **es el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre sobre los bienes del hijo no emancipado**. Estos artículos pueden ser interpretados de dos modos, uno extensivo en el sentido que al referirse a padre de familia es al caso del padre o madre, o en sentido restrictivo, es decir a la figura solo paterna. Dada la antigüedad del Código su redacción es radicalmente benefactora de la atribución del padre, pero según la tendencia moderna la interpretación debe ser hecha en sentido que ambos padres les corresponde los atributos de la patria potestad. El caso más radical lo tenemos en Nicaragua cuyo Código establece la preferencia en la potestad al padre y subsidiaria a la madre, es así que la madre participa del poder paterno y debe ser oída en todo lo que se refiera a los intereses de los hijos; pero es padre a quien corresponde durante el matrimonio, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender a sus hijos menores, tanto en juicio como fuera de él, en caso de conflicto entre los intereses del padre y los del hijo se le nombrará a este un guardador especial (art. 245), por ausencia u otro impedimento del padre, hará sus veces la madre (art. 246), es decir la patria potestad le corresponde a la madre en defecto del padre (art. 248).

(29) Ley Nº 27201. DOEP, 14/11/1999.

1.2. Hijos

Son los sujetos pasivos de la patria potestad. Se les denomina "hijos de familia".

Ha de tenerse en consideración que, para gozar de la patria potestad de los padres, no se toma en cuenta la calidad que pudiera tener el hijo: matrimonial, extramatrimonial o adoptivo. Lo que sí se exige es que el hijo cumpla con los siguientes requisitos:

a) Existir, es decir ser concebido o, en su caso, menor de edad o incapaz.

b) No estar emancipado de manera especial (art. 46).

c) Contar con una filiación establecida, esto es, tener padres.

Los huérfanos (aquellos cuya filiación biológica es ignorada y, consecuentemente, su filiación jurídica es inexistente) están sometidos de la protección del Estado a través de la tutela (niños en estado de abandono).

Está sobreentendido que, dentro del término "hijo", se encuentra inmerso el concebido, que algunos Códigos Civiles hacen referencia textual (Proyecto de Argentina); de allí que la protección a los hijos sea desde la concepción hasta que cese su incapacidad. Indica Enrique Rossel que "si nacido el hijo ha de quedar bajo la patria potestad de su padre o madre, no se ve el inconveniente para que esta potestad se ejercite mientras esté en el vientre materno (...)"[30]. Indiscutiblemente, aquí la función de la patria potestad no será exclusivamente la de cautelar la seguridad de su patrimonio, sino también la defensa del ser humano como tal, en su totalidad.

1.2.1. Hijos matrimoniales

Cuando hay vínculo matrimonial y convivencia normal, la patria potestad la ejercen conjunta y simultáneamente los padres (principio de ejercicio conjunto), es decir el marido y la mujer.

(30) ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia.* 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 321.

Las excepciones a esta regla son las siguientes:

a) Separación de hecho, divorcio por causal o invalidez de matrimonio. En estos supuestos, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confía.

b) Por mutuo acuerdo.

En caso de existir discrepancia resuelve el juez.

1.2.2. Hijos extramatrimoniales

La no existencia de relación jurídica matrimonial entre los padres y la falta de convivencia, impiden el ejercicio conjunto de la patria potestad. La determinación de la filiación extramatrimonial se da por declaración judicial o por reconocimiento.

En el primer caso (declaración judicial), sería ilógico otorgar la patria potestad a quien debió ser demandado para tener la calidad de padre. Aunque el criterio no es muy sólido, existe una corriente tradicional de fallos judiciales que se han pronunciado en el sentido que "la patria potestad de la hija (...), reconocida tardíamente por el padre, corresponde a la madre" (sentencia del 6/6/1945)[31].

En el segundo caso (reconocimiento), al ser una situación voluntaria, la patria potestad la ejerce el padre que ha reconocido al hijo. Si es reconocido por ambos, el juez determinará a quién le corresponde la patria potestad, tomando en consideración la edad, el sexo y el interés del menor (art. 421). Con base en el criterio de igualdad de la filiación, ya no se toma en cuenta el tiempo ni el momento en el que se realiza el reconocimiento, a efectos de atribuir la patria potestad. Esta se otorga procurando salvaguardar el interés del menor; ya no del que reconoce primero (si se trata de reconocimientos sucesivos) o de ambos padres (si se trata de reconocimientos simultáneos).

Es de señalar que los hijos por su conducta no pueden ser limitados de la patria potestad.

(31) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima, p. 183.

1.3. Abuelos

Los abuelos no gozan de la patria potestad (al menos no de primera mano). No obstante, los nietos les deben honor y respeto. Parafraseando a los hermanos Mazeaud[32] diremos que la patria potestad no rebasa el círculo de la familia en sentido restringido (familia nuclear).

Sin embargo, uno de los efectos de la separación de cuerpos por causal es que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación, **el inocente**, quien ejercerá sobre ellos la patria potestad (art. 420). El otro queda, en tanto, suspendido en el ejercicio (arts. 340 y 420) pero la reasume de pleno derecho si el otro muere o resulta legalmente impedido (art. 340 *in fine*).

Si hay motivo grave, se confiarán a una tercera persona, prefiriéndose a los abuelos, hermanos o tíos (art. 340). Esta es la norma que, por excepción, otorga la patria potestad a los abuelos. La relación de abuelidad o abuelitud, luego de las paternofiliales, representan una enorme trascendencia en el Derecho de Familia.

En México los abuelos gozan de la patria potestad, según el artículo 414[33] de su Código Civil Federal, así como el Código Civil del Estado Quintana Roo, artículo 994[34] y en el Código de Familia del Estado de Hidalgo, artículo 243[35].

(32) MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 88.

(33) México. Código Civil Federal. "**Artículo 414.-** La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.
A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

(34) México. Código Civil para el Estado de Quintana Roo. "**Artículo 994.-** Ejercerán la patria potestad el padre y la madre conjuntamente, y solo uno de ellos si el otro ha muerto o está impedido legalmente; pero si los dos han muerto o están impedidos, la ejercerán: I.- El abuelo y la abuela paternos; y, II.- El abuelo y la abuela maternos".

(35) México. Código de Familia del Estado de Hidalgo. "**Artículo 243.-** La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes".

2. Ejercicio

El régimen tradicional de la patria potestad implicaba un beneficio directo del *pater*. Era un derecho y facultad exclusiva de él, lo que afectaba las relaciones familiares pues la mujer se encontraba relegada en sus funciones como madre, siendo que el padre, en la mayoría de los casos, no cumplía a cabalidad sus funciones.

Este régimen patriarcal, también llamado *unicato paterno*, fue reemplazado por un régimen de ejercicio compartido en el que tanto el padre como la madre intervienen en el cuidado, la atención y la representación de la persona y el patrimonio de sus hijos. En esta modalidad de ejercicio compartido, como menciona Eduardo Zannoni[36], debía optarse entre el ejercicio conjunto o el ejercicio indistinto de la patria potestad; veamos en qué se diferencian estos últimos sistemas.

SISTEMA DE EJERCICIO CONJUNTO	SISTEMA DE EJERCICIO INDISTINTO
El común acuerdo de ambos progenitores determina la validez de los actos realizados en beneficio del menor. Su fundamento está en que los padres deben decidir en conjunto el bienestar de sus hijos, descartando así los actos unilaterales que pueda realizar un progenitor (art. 419).	Cualquiera de los progenitores de manera personal puede realizar actos válidos en beneficio del menor. Se fundamenta en que a pesar del actuar individualmente, los padres siempre buscarán el beneficio para su hijo y, sobre todo, toma en cuenta que la rapidez de las operaciones que se realizan hoy en día requiere, igualmente, celeridad en las decisiones.

En el Derecho comparado y en nuestra legislación predomina el sistema de ejercicio conjunto, a pesar de que existen fórmulas complementarias que facilitan el funcionamiento del sistema de ejercicio indistinto de la patria potestad. Este es el caso del Código Civil de Puerto Rico que establece que la patria potestad puede ser ejercida de manera individual en casos de emergencia por aquel padre en cuyo instante tenga bajo su custodia al menor (art. 152). Asimismo, el Código de Familia boliviano indica que los actos de uno de los padres, que se justifiquen por el interés del hijo, se presume cuentan con el asentimiento del otro

(36) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., pp. 701 y 702.

(art. 251). Y nuestro propio Código Civil establece de manera especial, mas no obligatoria, que siempre que sea posible se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración (art. 459).

III. DECADENCIA Y TERMINACIÓN

1. Generalidades

Dice Mazeaud[37] que la función esencial y natural de la familia es proteger al hijo, pero sucede que algunos padres abusan de su autoridad o la descuidan, por lo que resulta necesario organizar la protección del menor fuera de su familia y hasta contra su familia. Indica, además, que el éxodo de los campos, la concentración de la población en las ciudades industriales, la extrema miseria de la clase obrera y los abusos contra los niños se multiplicaron de allí que la institución de la privación de ampliara y robusteciera. Por eso, la jurisprudencia francesa se esforzó por establecer un control de la patria potestad. Los tribunales no podían retirarla, puesto que era impuesta por ley; entonces se determinó por la privación de ciertos atributos de la patria potestad. Sustentando el contenido de la institución de la suspensión y destitución de la patria potestad Sílvio Rodrigues[38] nos enseña que dentro de la vida familiar el cuidado, la crianza y la educación de la prole se presenta como una cuestión relevante, porque los niños de hoy son los hombres del mañana, las generaciones futuras en las que se asienta la esperanza y el porvenir. De allí la razón por la que el Estado moderno se siente legitimado para entrar en el receso de la familia a fin de defender a los menores que en ella viven. Una de las maneras por las cuales esa interferencia se manifiesta es la fiscalización de la patria poder, con la finalidad de evitar que su ejercicio sea nocivo a los hijos.

La decadencia de la patria potestad implica la restricción de determinadas atribuciones a los padres por actos inadecuados contra el menor.

(37) MAZEAUD. Ob. cit., pp. 110 y 111.

(38) El Código peca gravemente a más de preocuparse en reiterar la expresión de la palabra "patrio" relacionada impropiamente con el padre (cuando recientemente ya fue atribuido y que no es exclusividad del genitor), antes de poder se presenta como una obligación de los padres y no de la familia. Cfr. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 411.

Por su parte, la terminación puede ser parcial o total; la primera implica una grave falta del padre por lo que se restringe su ejercicio, mientras que la segunda supone la desaparición de los elementos que la hicieron necesaria.

2. Restricciones

El Código Civil refiere varias formas para restringir el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, esto no libera a los padres de sus deberes como tales (art. 470), siempre que los mismos sean compatibles con las causas que hayan conducido a tal situación. Como afirma Cornejo Chávez diversas circunstancias pueden determinar el recortamiento de las atribuciones de la patria potestad, de manera tal que a los padres se les quita atribuciones respecto de sus hijos(39). Los tipos de restricciones de acuerdo a sus efectos y consecuencias son los siguientes:

2.1. Pérdida

Son actos de **extrema gravedad** cometidos por los padres. Es anormal y culposa produciendo un corte prematuro en la patria potestad por causas imputables generalmente a quienes la ejercen.

A decir de Luis Fernández Clérigo, las causas de pérdida de la patria potestad se dividen en cuatro grupos(40):

CAUSA	FUNDAMENTO
Delictivas	Quien ejerce la patria potestad incurre en un delito que lo incapacita para ejercerla (condena a pena que la produzca)(41).

(39) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pp. 208 y 209.
(40) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., pp. 328 y 329.
(41) "El Tribunal Supremo ha echado abajo la pretensión de una madre de privar a su exmarido de la patria potestad sobre el hijo de ambos, alegando que el hombre está en la cárcel, en concreto por un robo con homicidio. La Sala de lo Civil del Alto Tribunal, que revoca una sentencia estimatoria de la Audiencia de Oviedo, establece que nada tiene que ver la condena a prisión con los derechos de paternidad. La resolución tiene en cuenta la imposibilidad material de que el penado pueda ejercer esa patria potestad. El padre, a quien el Supremo da ahora la razón, ingresó en la cárcel pocos días después de nacer su hijo, hace siete años. Allí sigue y seguirá un buen tiempo, pues a la pena de 30 años que cumple ahora, y que quedaría extinguida el 16 de abril de 2020, deben sumarse después las correspondientes a otras causas, las cuales suman 23 años. Los magistrados afirman que, como acertadamente dijo el Juez de Primera Instancia, autor de la primera y desestimatoria

Culposas	Actos que implican un incumplimiento de los deberes como padre (abandono del menor).
Causales no culposas	Situación de orden especial que implica una incapacidad para el ejercicio (verbigracia: segundas nupcias o demencia).
Legales o de pleno derecho	Aquellos casos de extrema gravedad reconocidos expresamente por la ley (corrupción y prostitución).

Es de señalar que la patria potestad se pierde en su totalidad (es decir, sobre todos los hijos) aunque el motivo se refiera a solo uno de ellos. Los casos establecidos en nuestra legislación están en el artículo 462 del Código.

2.2. Privación

Son actos **graves** por los cuales el padre no es despojado de sus facultades, pero queda en la imposibilidad de hacer uso de ellas. No es una mera suspensión, sino que se pierde el ejercicio sobre ella; dicho de otro modo, no queda privado absolutamente de la misma, pero sí impedido

resolución al respecto –resolución que la Audiencia de Cádiz anuló–, no se puede saber si el demandado es o no un buen padre. Y ello debido a la inexistencia de relación con el hijo; no a una voluntaria inhibición. La Sala señala que la legislación aplicable (Código Civil) deja en manos de los jueces de instancia los asuntos de patria potestad, pero matiza que el uso de esa facultad está sujeto a corrección –vía recurso de casación– cuando la resolución pugna abierta e incontrovertiblemente con la lógica. Añade que este es uno de esos casos de sentencia ilógica que conviene rectificar, pues su confirmación añadiría a la pena impuesta a todo recluso la de poder privarle de la patria potestad, a pesar del silencio que sobre este punto se guarde en la sentencia penal. El Alto Tribunal precisa que, además, la medida de privación de la patria potestad se revela aquí innecesaria. Y es que la ley deja claro que, tanto en los casos de imposibilidad de ejercicio del derecho por una de las partes como en aquellos en que los cónyuges viven separados, la práctica de la patria potestad corresponde al miembro de la pareja con el que el menor conviva. Y ese ejercicio efectivo deja reducida la titularidad del derecho, dice la Sala, a un mero rótulo". Vide GARCÍA, Fernando. "Una condena por homicidio no es causa de pérdida de la patria potestad". 6/6/2000. Web site: <http://www.lavanguardia.es>. Asimismo, en otro caso, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado de la siguiente manera: "La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia jurídica de la aplicación automática tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual. El precepto refiere con el término 'podrá' el carácter facultativo de su imposición, facultad sujeta a la razonabilidad de su decisión exigiéndose, como no podía ser de otra manera, la motivación de la decisión". "Tribunal Supremo, Sala Segunda, sentencia del 07/11/2000". En: *Revista de Derecho de Familia.* N° 14, Editorial Lex Nova, Valladolid, enero de 2002, pp. 99-101.

de desempeñarla. Se aplica tomando en cuenta el interés del hijo, de manera tal que los padres no podrán seguir detentado su autoridad, debiéndose nombrar un tutor.

La privación se presenta: i) por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos, ii) por tratarlos con dureza excesiva; o iii) por negarse a prestarles alimentos (art. 463).

2.3. Limitación

Son actos **leves** cometidos en contra del menor. La figura de la limitación de la patria potestad implica aquella situación mediante la cual el juez despoja al padre de determinadas atribuciones del ejercicio de esa patria potestad, pues si bien su conducta para con el menor ha sido dañina o perjudicial, no es suficiente para declarar la pérdida de ella (art. 462) o la privación de la misma (art. 463), sino solo una limitación. Como alega Héctor Cornejo Chávez, se deja a prudente arbitrio del juez tal decisión[42].

Esta figura fue derogada expresamente por el antiguo Código de los Niños y Adolescentes[43], quedando el artículo 464 del Código en blanco. En la práctica, la limitación de la patria potestad implicaba una situación jurídica mediadora en la que, comprobada la existencia de una conducta inadecuada de los padres en contra de los hijos, la autoridad judicial se encargaba de establecer una protección del hijo a través de la restricción parcial de la patria potestad sin dañar la relación familiar.

2.4. Suspensión

No es necesariamente una sanción porque puede derivarse de causales que no implican culpa del padre (por ejemplo: enfermedad, deficiencia o minusvalía). Es una situación transitoria que suprime temporalmente el ejercicio de la patria potestad con el propósito de restablecerla.

La suspensión ha sido robustecida por nuestro Código de los Niños y Adolescentes, pues es la única figura que establece el decaimiento de la patria potestad, es decir, engloba dentro de sí las causales consideradas

(42) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 212.
(43) Ley Nº 26102.

por el Código Civil peruano para la pérdida y la privación. El referido CNA unificó el criterio plural de restricción que asumía la legislación civil y lo limitó a un criterio único: el de la suspensión.

El artículo 75 del CNA nos refiere que la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;

b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;

c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;

d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;

e) Por maltratarlos física o mentalmente;

f) Por negarse a prestarles alimentos;

g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil.

h) Por habérsele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173- A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal(44).

Tal como se le detalla en nuestro Código Civil (art. 446), la suspensión de la patria potestad no implica una sanción, puesto que se deriva de causas que no importan la culpa del padre (verbigracia: interdicción, ausencia judicialmente declarada, cuando se compruebe que se hallan impedidos de hecho para ejercerla y por separación de cuerpos o divorcio por causal), sino una medida destinada a tutelar los intereses de los menores. En este último sentido, si existe un conflicto entre el padre y el hijo deberá decretarse una medida efectiva en resguardo del menor(45).

(44) Literal incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 29194, DOEP, 25/01/2008.

(45) Decisiones judiciales españolas así lo han decretado. "La representación legal de los padres en relación con sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado

Ahora bien, la suspensión puede referirse apenas a un hijo victimado y no a toda la prole, así si el padre cuida mal el patrimonio de un hijo que recibe por testamento, mas por otro lado educa a este y a los otros con mucha eficiencia, puede el juez suspender la patria potestad respecto de la administración de los bienes de ese hijo, permitiendo que se conserve la patria potestad en lo concerniente a los poderes con los otros hijos(46). Situación distinta a la que sucede con la pérdida o extinción de la patria potestad la que se extiende íntegramente, en este sentido el Código de Familia de Bolivia que determina que "los efectos de la pérdida de la autoridad de los padres se extienden a los hijos nacidos después de que ha sido pronunciada (art. 280, efectos de la pérdida de la autoridad de los padres).

Luis Moisset de Espanés(47) hace una importante distinción respecto a los efectos jurídicos de la ausencia simple (falta de presencia) y la ausencia calificada (falta prolongada de noticias que hace presumir que el sujeto ha fallecido), estableciendo que en la primera no es necesaria la suspensión de la patria potestad, mientras que en la segunda sí procedería. Sin embargo, el CNA del Perú ha refundido las causales en el sentido que algunas implican sanción, mientras que otras no. Los efectos de la restricción de la patria potestad se extienden, incluso, a los hijos nacidos después de decretada la misma.

---

este extremo, el juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él (arts. 162.2 y 163 del CC). En el caso, se ejercitó una acción de reclamación de paternidad e impugnación de filiación contra la madre y contra el hijo menor de edad, oponiéndose esta a dicha acción en su propio nombre y en representación de su hijo. Siendo, por lo tanto, contrarios los intereses de la madre, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil, lo procedente, en atención a lo previsto en el artículo 300 del Código Civil, es el nombramiento de oficio por el Tribunal de un defensor judicial, decretándose la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación del mismo en el proceso". Cfr. Tribunal Supremo, Primera Sala, 10/3/1994. Vide: "Nombramiento de defensor judicial para un menor en un proceso sobre filiación". Exp. N° 134, Tribunal Supremo, Primera Sala, 07/11/2002. En: *Diario La Ley.* Año XXIII, N° 5685, 27/12/2002. En: <www.laley.net>.

(46) RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, *Direito de Família*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 411.

(47) "La ausencia y la patria potestad". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 5, N° 11, Gaceta Jurídica Editores, Lima, agosto de 1999, p. 111 y ss.

3. Extinción

La extinción es la desaparición total, definitiva y normal de la patria potestad. Se produce ipso iure, no a título de pena, pues desaparecen los presupuestos que determinan su titularidad. Se presenta en los siguientes casos:

CASO	EXPLICACIÓN
Por muerte.	Sea del último progenitor que la ejercía o del hijo. Este es un supuesto natural y, por demás, lógico.
Capacidad legal natural o mayoría de edad.	Es curioso reseñar lo que establecía el Código Civil peruano de 1852: el hijo(a) mayor, que cae en incapacidad, vuelve a la patria potestad, si no tiene cónyuge (art. 290). Situación sui géneris pues la institución dependía no solo de la edad sino también de la capacidad y del matrimonio del hijo.
Capacidad legal adquirida o emancipación tácita.	Existe un vacío legal en cuanto a la del mayor de 14 años que estando facultado para reconocer no adquiere la capacidad plena, sino restringida (puede accionar judicialmente gastos de embarazo y parto y procesos de tenencia y alimentos), por lo que carece de patria potestad (art. 46 l Código, modificado mediante la Ley Nº 27201).

La adopción, en algunos sistemas legales se considera como un modo de acabamiento de la patria potestad (como es el caso de Brasil, art. 1635-IV, Puerto Rico, art. 163, España, art. 169-3 de sus Códigos Civiles y 158-B del Código de Familia de Cataluña y 92-4 de Cuba, Código de menor de Colombia, art. 233- 2); en igual sentido Sílvio Rodrigues(48) nos dice que la adopción, en rigor, no pone término a la patria poder, pues el menor apenas sale de la esfera de la injerencia del padre natural para transferírsela al padre adoptivo. Sin embargo, indica Luis Fernández Clérigo, más que una verdadera causa extintiva de la patria potestad, significa un cambio o tránsito en el ejercicio de la misma, ya que la institución no cesa de funcionar y pasa, sencillamente, de las manos del padre natural a las del padre adoptivo(49).

(48) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 416.
(49) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 327.

Casos extremos contrarios a la moral y a las buenas costumbres (es decir que vayan más allá del art. 75, inc.) podrían implicar perfectamente la extinción de la patria potestad. El Código de Familia de Bolivia dice que los padres pierden la autoridad cuando por sus costumbres depravadas o por los malos tratamientos, por los ejemplos perniciosos o la incitación a actos reprobables, por el abandono en el cumplimiento de sus deberes o por otra forma de inconducta notoria, comprometen o pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del hijo, aunque esos hechos no aparejen sanción penal (art. 277). El Código de Brasil nos dice expresamente en su artículo 1.638 que: "Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes". Como sostiene la profesora brasilera Diniz, al referirse a las prácticas y actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres que ameritarían una destitución serían: Si el(la) menor vive en compañía de una madre prostituta o de aquel padre que lo entrega a un lenocinio sufriendo vejámenes sexuales o al uso de estupefacientes. Asimismo, debe diferenciarse aquellos casos en los que el cónyuge a quien se le fijó la guarda del menor vive en una unión estable (concubinato), disfrutando de un estado de casado, este caso no constituye un hecho de destitución de la patria potestad (RT, 527:72, 413:169)[50].

Como señaláramos en el punto referido a las características de la patria potestad, esta es irrenunciable; no obstante, en ciertas legislaciones (por ejemplo: el art. 448 del CC de México), este principio tiene una excepción y es la posibilidad de que se le da al progenitor que se excuse de su ejercicio en los siguientes casos: i) cuando cumpla 60 años de edad; y ii) por su estado de salud. La extinción de la patria potestad, pero la necesidad de protección que requiere el hijo, determina la apertura de la tutela. Caso contrario, el Code que indica que no podrá surtir efecto ninguna renuncia ni ninguna cesión de la patria potestad, sino en virtud de una sentencia y en aquellos casos expresamente considerados (art. 376).

Aparte de la suspensión y de la extinción en la legislación comparada existen casos especiales:

(50) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 450.

Exclusión: La Ley de paternidad responsable de Costa Rica, Ley Nº 8101, considera un caso especial de exclusión o limitación de la patria potestad, en el sentido de que no ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos (art. 156 del Código de Familia modificado). Una disposición similar la tiene el Código de Familia de Bolivia cuando dice que la autoridad del padre o de la madre se excluye cuando la filiación se ha establecido por declaración judicial de paternidad o maternidad (...) (art. 256). Pero detengámonos un instante, esta norma funciona como sanción al progenitor que no cumple con el reconocimiento voluntario, de manera que si por motu proprio no desea asumir su progenitura menos aún lo hará cuando se declare judicialmente su relación paternofilial. Pero pueden presentarse varios casos, que merecerán un análisis singular. Como menciona Decker, analizando el citado artículo del Código boliviano: "Interpuesta la acción y citada ella al demandado pueden producirse las siguientes hipótesis: 1) Que el demandado deja transcurrir el término sin contestar la demanda; 2) Que reconoce como justa la pretensión del actor; 3) Que el demandado puede oponer excepciones previas promoviendo un incidente de previo y especial pronunciamiento; 4) Puede contestar la demanda, negando los hechos o solamente el derecho; y 5) puede reconvenir (...)"[51], consideramos que la norma deberá ser aplicada con un fino criterio discrecional[52], a pesar de ser imperativa, pues no es lo mismo una declaración judicial de paternidad con base en los dos primeros supuestos, que una establecida con base en los tres últimos.

(51) DECKER MORALES, José. *Código de Familia*. 3ª edición revisada y ampliada, Editorial Los amigos del libro, Bolivia, 2000, p. 316.

(52) En una sentencia de Audiencia provisional en España se ha fijado este criterio. "A pesar de que se haya dictado sentencia estimando la reclamación de paternidad no procede fijar un régimen de visitas restrictivo habida cuenta que las cartas intercambiadas entre ambos progenitores cuando su relación existía denotan interés del padre en estar y atender a la hija". AP, Sec. 2ª, Sentencia del 26 de enero de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez. En: *Revista de Derecho de Familia.* N° 14, Editorial Lex Nova, Valladolid, enero de 2002, pp. 179 y 180.

En el mismo sentido, de exclusión de la patria potestad existe un proyecto de Ley de paternidad responsable[53] que propone que no ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación o la acción de pensión de alimentos, salvo que, posteriormente, el órgano jurisdiccional decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos.

4. Restitución

Implica aquella situación mediante la cual, desaparecidas las causas que determinaron la privación o limitación del ejercicio de la patria potestad, esta es devuelta cuando se comprueba dicha desaparición. De esta manera, se tiende a la integración de la familia, ya que por causas establecidas por la legislación, uno de sus miembros incumplió con sus deberes paternofiliales. La regla general que establece el artículo 471 es que en los casos de privación o limitación de la patria potestad puede pedirse judicialmente su restitución cuando cesan las causas que lo determinaron. Debe entenderse, entonces, que en los casos de pérdida o suspensión la restitución opera de forma automática.

La restitución no es un premio por la rehabilitación del padre restringido del ejercicio de la patria potestad, sino una consecuencia propia e inherente de las relaciones familiares, puesto que debe comprometerse y exigirse el cumplimiento de sus obligaciones a aquel que en un momento se le limitó su ejercicio pero que a la fecha se encuentra nuevamente apto.

Por causa subjetiva (privación), la patria potestad puede ser restituida a solicitud de parte transcurridos tres años de cumplida la sentencia del caso, pudiendo el juez restituirla de manera integral o parcial tomando en cuenta el interés del menor. Tratándose de causas objetivas (pérdida y suspensión), la restitución opera de manera inmediata cuando desaparezcan los hechos que la motivaron.

(53) Proyecto de Ley Nº 6683, Congreso de la República del Perú, Ley de paternidad responsable (07/05/2003).

Según el último párrafo del artículo 471 se indica expresamente que en los casos de pérdida y suspensión de la patria potestad, los padres volverán a ejercerla cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo en los casos que la declaración de pérdida de la patria potestad haya estado sustentada en sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo(54). Téngase en cuenta que por Ley Nº 29275(55) se indica que los alcances de la suspensión o pérdida de la patria potestad se hace extensivo a todos los hijos menores de edad de aquella persona que se encuentre procesado o con sentencia condenatoria, conforme a lo señalado en el artículo 4 de la ley citada.

(54) Ley Nº 29194, (DOEP, 25/01/2008).
Artículo 5.- Alcances de la suspensión o pérdida de la patria potestad
La suspensión o pérdida de la patria potestad, a que se refiere la presente Ley, se hace extensiva a todos los hijos menores de edad de aquella persona que se encuentre procesada o con sentencia condenatoria, conforme a lo señalado en el artículo 4.

(55) Ley Nº 29275, Ley que incorpora el artículo 5 a la Ley Nº 29194, Ley que precisa los casos de pérdida de patria potestad (DOEP, 01/11/2008).

Pérdida y suspensión de la patria potestad

Ana Miluska MELLA BALDOVINO(*)

Luego del quebrantamiento definitivo de una relación sentimental, de una pareja con hijo(s) en común, es muy usual que uno de los puntos álgidos y por demás sensibles sea la determinación del denominado "régimen familiar", referido a la regulación de la "tenencia y custodia", "régimen de visitas"; y "alimentos" del menor o menores de edad afectados con tal resquebrajada relación sentimental y consecuente desarticulación de su núcleo familiar.

Es dentro de este contexto que el término de "patria potestad" adquiere especial relevancia en aquellos progenitores interesados por informarse sobre el marco legal referido a los derechos inherentes de los padres para con sus hijos, y de ser el caso, los derechos específicos de los cuales creen ser titulares a razón de su género.

En efecto, por lo general, cada vez que un preocupado padre o madre me hace una consulta jurídica sobre la tenencia de su menor hijo(a), o determinadas personas en una reunión social quieren disipar (casi al paso o de manera expresa) alguna duda legal respecto a un problema

(*) Abogada por la Universidad de Lima. Asociada del Estudio Fernández, Heraud & Sánchez en el área de Derecho de Familia.

de índole familiar que le aqueja, surge de inmediato la palabra "patria potestad" como sinónimo obligado de "tenencia" (cuidado directo, inmediato, que implica la necesaria cohabitación con el menor); como si en el léxico de aquel padre o madre angustiado, ambos términos jurídicos de distinta naturaleza significaran lo mismo. En tales situaciones, lo que llama profundamente mi atención es cómo la gran mayoría de aquellos preocupados progenitores restan importancia a la institución de la "patria potestad" y concentran su energía en procurar obtener la "tenencia y custodia" exclusiva de su menor hijo(s), sin recapacitar en la trascendencia del ejercicio del derecho inherente a todo progenitor, por el simple hecho de ser padre o madre de un menor de edad, como lo constituye la patria potestad.

Ahora bien, antes de ahondar en lo que es materia de análisis del presente trabajo, corresponde que me refiera brevemente a la institución de la patria potestad a fin de conceptualizarla y comprender la amplitud y complejidad de esta.

I. PATRIA POTESTAD

El término de **patria potestad** nace del Derecho Romano, cuyo significado etimológico es el "poder del padre", en donde el término "patria" alude a la figura paterna, mientras que "potestad" implica el poder, derecho o facultad ejercida por aquella figura paterna.

En la antigua Roma, la patria potestad era el poder ejercido de forma exclusiva, absoluta y omnipotente por el *pater familia*, respecto de sus hijos y en general de toda persona libre que conformaban su familia. Poder que ejercía el jefe de familia similar a las atribuciones o potestades que tenía el amo respecto de sus siervos o esclavos. Es decir, la patria potestad era el poder descomunal, arbitrario y despótico del padre, donde el *pater familia* estaba embestido de toda facultad omnipotente, legitimándolo para enajenar, arrendar e incluso –atrozmente– disponer de la vida de sus propios hijos.

Afortunadamente para el desarrollo integral de los menores y el fortalecimiento estructural de la sociedad, dicha institución jurídica de larga data histórica, fue evolucionando con el desarrollo del derecho a lo largo de la historia, siendo el derecho consuetudinario francés el que

logró modificar el carácter absoluto y totalitario de la patria potestad, suprimiéndose con la Revolución Francesa –que conllevó el reconocimiento de los derechos naturales del hombre– muchas de las atribuciones de aquel omnipotente jefe de familia.

Es así como la patria potestad no estuvo ajena a la humanización del derecho positivo, ni a la consagración de los **derechos personalísimos** (derecho a la vida, cuerpo, libertad, honor, intimidad, identidad, etc.), y al ejercicio de aquel poder tuitivo del Estado en cautela de núcleo básico de toda sociedad: La Familia, según se desprende del Capítulo II de nuestra Constitución Política, referido a los derechos sociales y económicos, y en específico de su artículo 4[1], en concordancia con lo previsto por el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes[2].

En efecto, si bien en épocas muy remotas la patria potestad era concebida en función a la figura del denominado *pater familia* que circunscribía el poder absoluto y exclusivo del padre (solo de él) respecto de las personas libres que constituían su familia, lo cierto es que hoy por hoy dicha institución no obstante mantener su denominación por imperio de la costumbre y tradición jurídica, dista mucho de lo que su naturaleza jurídica entrañaba, siendo actualmente aquel cúmulo de derechos y deberes de carácter recíprocos entre padres e hijos.

Realizando un análisis lógico-jurídico de la comentada institución podríamos señalar que el ser humano desde su nacimiento hasta que alcanza la mayoría de edad, es –por lo general– incapaz de procurar satisfacer sus necesidades elementales, básicas y primarias, por lo que

(1) **Constitución Política**
Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

(2) **Código de los Niños y Adolescentes**
Título Preliminar
Artículo X.- Proceso como problema humano
El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

requiere de la asistencia de otra(s) persona(s) que le brinde el cuidado y bienestar adecuado, caso contrario se colocaría en grave situación de peligro o riesgo la integridad del niño, niña o adolescente. Es así que por una cuestión de Derecho Natural corresponde a los padres procurar la asistencia alimentaria de sus menores hijos, circunscribiéndose así la institución de la "patria potestad", como aquel **deber y derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes (de ser el caso) de sus hijos menores**, según lo prevé el artículo 418 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6 de nuestra Constitución, que establece expresamente que: "Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Estos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres". Regulándose así los deberes y derechos derivados de la patria potestad en el artículo 423 del Código Civil y el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes. Función tuitiva que también está manifiesta en el numeral 1 del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño(3).

Asimismo el ejercicio de la patria potestad dependerá de varios supuestos de hecho de carácter filial o de parentesco. En efecto, la patria potestad en lo que respecta a hijos matrimoniales es ejercida de forma conjunta por ambos progenitores durante el matrimonio y también luego de la disolución del vínculo matrimonial, en el caso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior, según lo establece el artículo 419 del Código Civil y el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente.

No sucede lo mismo en el caso de hijos extramatrimoniales o en los supuestos de divorcio por causal o invalidación del matrimonio, donde es uno de los padres quien ejerce de forma exclusiva la patria potestad de los hijos, quedando consecuentemente el otro suspendido en su ejercicio, conforme lo detallaré más adelante.

(3) **Artículo 18:**
1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (…).

En línea de los expuesto Cornejo Chávez precisó que: "Aunque en principio y como se ha dicho, la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley de los padres, no siempre es posible que ambos la ejerzan, pues ello depende de diversas circunstancias y señaladamente de la calidad de la filiación. Habrá que distinguir, desde luego, entre la situación del hijo matrimonial; y aun, en uno y en otro, varios supuestos"(4).

Es así como la patria potestad concebida en nuestra legislación actual, supone necesariamente su ejercicio de forma responsable, lo cual no solo implica engendrar vida sino proporcionarle a esa nueva vida todo el cuidado y protección necesarios para un adecuado desarrollo integral. Desarrollo integral que implica procurar la **asistencia material** circunscrita en brindar alimentos suficientes, vivienda adecuada, vestido, instrucción educativa, asistencia médica, así como también una **asistencia emocional** traducida en la atención, dedicación, preocupación y comprensión; además –claro está– de la formación espiritual, que es primordial para su formación personal.

En contrapartida a los deberes de los padres para con los hijos (obligación por demás ineludible e innegable), es importante resaltar el contenido **recíproco y dual** de la patria potestad, en cuanto que no solo entraña –reitero– obligaciones de los padres respecto de sus menores hijos, sino también deberes de "los hijos para con los padres, quienes están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres" de conformidad con lo previsto por el artículo 454 del Código Civil, concordado con lo dispuesto por el artículo 24 del Código de los Niños y Adolescentes(5).

(4) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de Familia peruano*. 10ª edición actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 520.

(5) **Artículo 24.- Deberes**
Son deberes de los niños y adolescentes:
a) Respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes;
b) Estudiar satisfactoriamente;
c) Cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad;
d) Prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad;
e) Respetar la propiedad pública y privada;
f) Conservar el medio ambiente;
g) Cuidar su salud personal;
h) No consumir sustancias psicotrópicas;

En este orden de ideas, si los padres deben brindar un adecuado soporte material y emocional a sus hijos, ellos por su parte deben procurarles respeto, obediencia y coadyuvar –en a medida de sus posibilidades– en el desarrollo de las tareas del hogar.

Deber y derecho que se extingue o pierde sea por muerte de los padres o del hijo menor de edad; por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil (referido al régimen legal de curatela); o por cumplir el hijo la mayoría de edad, según lo prevé el artículo 461 del citado Código Civil. Supuestos (de extinción o pérdida) ampliados en el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes en lo que respecta a sus literales c), d) y e), referidas a la declaración judicial de abandono de menor; haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de estos; y, por reincidir en las causales señaladas en los incisos c) (darles órdenes, consejos o ejemplo que los corrompan), d) (permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad), e) (maltratarlos física o psicológicamente), y f) (negarse a prestar alimentos) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescente, respectivamente.

Nuestra jurisprudencia nacional ha recogido la humanizada y moderna versión de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, estableciendo lo siguiente:

> "La patria potestad emerge como el conjunto de obligaciones y derechos correspondientes al ser humano que logra engendrar descendencia, y con lleva facultades de representación durante la minoría de edad del hijo, y la administración de sus bienes, así como deberes recogidos en la norma legal para asegurar el desarrollo integral de la prole"(6).

> "La patria potestad es el deber y derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, no pudiendo

i) Respetar las ideas y los derechos de los demás, así como las creencias religiosas distintas de las suyas; y
j) Respetar a la Patria, sus leyes, símbolos y héroes.

(6) Exp. N° 364-98, Corte Superior de Lima, 30/04/98. (MEJÍA SALAS, Pedro. *La Patria Potestad: doctrina, jurisprudencia y modelos*. Lej, Lima, 2002, p. 169).

ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres"[7].

Conforme se advierte en las referidas citas jurisprudenciales, la patria potestad es hoy por hoy una institución Jurídica del Derecho de Familia que tiene por finalidad procurar el bienestar integral del menor dentro de un entorno social sano y equilibrado.

Es por lo expuesto que dentro de la vida y dinámica familiar, resulta fundamental el adecuado cuidado, crianza y protección que los padres brindan a sus menores hijos, en tanto que estos últimos constituyen el futuro y la esperanza de un mejor porvenir en toda sociedad civilizada.

Es justamente debido a ello y en mérito del abuso del ejercicio regular (registrado a lo largo de historia) de la autoridad emanada de la patria potestad, que surgió la necesidad de defender los intereses de los menores, fiscalizando el poder conferido a través de dicha institución, con el único propósito de evitar un ejercicio abusivo y agraviante, en manifiesta vulneración del Principio de Interés Superior del Niño previsto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes[8] en concordancia con lo previsto por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño[9].

(7) Exp. N° 99-98, Corte Superior de Lima, 05/03/98 (MEJÍA SALAS, Pedro. *La Patria Potestad: doctrina, jurisprudencia y modelos*. Lej, Lima, 2002, p. 174).

(8) **Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente**
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.

(9) **Artículo 3:**
1. 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. 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.
3. 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.

Justamente por lo expuesto que surge en el derecho figuras jurídicas de naturaleza restrictiva, como lo son la "pérdida" y "suspensión" de la patria potestad, en su calidad de mecanismos fiscalizadores –perennes o temporales– del mal ejercicio del derecho y deber tuitivo de los padres para con sus hijos.

El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en agresión frontal al Principio de Interés Superior del Niño es el que revela la necesidad de que a ambos padres o uno de ellos se le restrinjan el ejercicio de la patria potestad. Estas restricciones al ejercicio de la patria potestad por el incumplimiento a los deberes inherentes a ella, puede acarrear la "pérdida" o la "suspensión" de la patria potestad, según la gravedad de acción ilegítima del padre o madre, debiendo ser necesariamente determinada y establecida por el órgano jurisdiccional competente (Juez de Familia o Mixto, según sea el caso), previo análisis de los hechos alegados, a fin de priorizar que el menor no sea separado de sus padres, salvo que así se requiera en su estricto beneficio y siguiendo determinadas premisas necesarias, conforme lo establece el numeral 1) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño(10).

Es así como una vez impuesta tal restricción por el juez competente, se le privará al progenitor afectado con tal restricción del ejercicio de los derechos inherentes de la patria potestad respecto de sus hijos, debiendo ser esta ejercida de forma exclusiva por el otro progenitor.

Dicho esto corresponde que centralice mi análisis temático en lo que respecta a dichas figuras jurídicas de gran importancia dentro de la institución de la patria potestad, tales como la referida a la "pérdida" y "suspensión", cuyas implicancias y efectos jurídicos son por demás disímiles, según detallaré.

(10) **Artículo 9:**
1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (…).

II. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Según la Real Academia Española (RAE), el vocablo "pérdida" proviene del latín "perdĭta", que significa "carencia, privación de lo que se poseía". Es decir, implica necesariamente una desposesión de un derecho o bien. En buena cuenta constituye la ausencia de algo que estaba dentro del dominio de una determinada persona. Es así, que cuando alguien se ve privado de algo, señala que lo "perdió", reflejando así la ausencia de lo que se tenía.

Dándole un enfoque jurídico al referido término y aplicándolo a la institución de la patria potestad advertimos que implica necesariamente la privación de los **derechos** inherentes a tal potestad tuitiva de los padres para con sus hijos (tales como bien lo es: recibir ayuda de sus hijos, atendiendo su edad y condición sin perjudicar su atención; administrar y usufructuar los bienes de sus hijos, cuando los tuviera; entre otros). Y digo solo derechos en tanto el no ejercicio de la patria potestad, por cualquiera que fuese su causa, no altera los **deberes** de carácter filial de los padres para con sus menores hijos, tal y como lo establece el artículo 470 del Código Civil al disponer expresamente que: "La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los derechos de los padres para con los hijos".

En tal sentido, cualquier restricción temporal o no (según la gravedad) de la patria potestad **no enerva la subsistencia, vigencia y exigibilidad de los deberes (de brindar habitación, educación, asistencia médica, víveres, vestido, capacitación para el trabajo y otros), de los padres para con sus hijos, que constituyen en contrapartida derechos irrenunciable de todo niño, niña o adolescente**.

La vigencia de los deberes –ante un supuesto de restricción de la patria potestad– se evidencia con mayor frecuencia en la subsistencia de la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos. Al respecto D'Antonio establece que: "el apartamiento del padre de la patria potestad en nada puede alterar su obligación alimentaria, ya que esta se funda en el vínculo de parentesco, si bien se muestra reforzada durante la

minoridad del niño"[11]. Como se advierte, cualquier restricción al ejercicio de la patria potestad no implica bajo ningún supuesto y concepto la sustracción por parte del progenitor afectado con tal restricción de sus deberes para con su prole.

Considero relevante señalar que la redacción del artículo 461 (que regula **la extinción de la patria potestad** por muerte de los padres o del hijo; por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46; y, por cumplir el hijo la mayoría de edad), del artículo 462 (que regula **la pérdida de la patria potestad** por condena a pena que produzca la pérdida de la Patria Potestad o por abandono) y del artículo 463 (que regula **la privación de la patria potestad** por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos; por tratarlos con dureza excesiva; y por negarse a prestar alimentos) del Código Civil, no hacen más que evidenciar su anacrónica y desactualizada redacción, que manifiesta una falta de concordancia con los supuestos normativos de carácter específicos (y de emisión posterior) previstos en el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes referidos a la **extinción o pérdida** de la patria potestad; en tanto que el referido artículo ya incorpora los supuestos normativos contenidos en los mencionados artículos 461, 462 y 463 del Código Civil.

La descrita falta de concordancia normativa, se ve reflejada en la redacción del artículo 470 del Código Civil que establece expresamente que: "La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos". En tal sentido, una adecuada regulación sistemática y concordada sobre la materia, implicaría una necesaria modificación del artículo del 470 del Código Civil, cuyo texto debería ser en todo caso el siguiente: "La suspensión, extinción o pérdida de la patria potestad no alteran los deberes de los padres para con los hijos". De igual forma sucede con la redacción del artículo 469 del Código Civil, cuyo texto normativo debería ser: "El efecto de la pérdida y la suspensión de la patria potestad se extenderá a los hijos nacidos después de que ha sido declarada".

(11) D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Patria potestad*. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 104.

Ahora bien, el Código Civil en su artículo 462 regula lo referido a la **pérdida de la patria potestad**, estableciendo expresamente que: "La patria potestad se pierde por condena a pena que produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo".

Es decir, nuestra legislación (en lo que respecta al Código Civil) sanciona con la pérdida de la patria potestad, la comisión de determinados actos de gran gravedad ejercido por los padres en agravio de los hijos, tales como lo es la condena a pena que produzca la pérdida o por abandonar a tu hijo por un periodo determinado. Esta sanción si bien implica la privación del ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor afectado con tal restricción, puede ser materia de levantamiento por parte de la autoridad judicial competente, restituyéndose así la patria potestad.

Dicho esto, corresponde que comparemos el referido precepto del Código Civil con lo previsto por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, que incluye estos supuestos precisados entre las causales de **extinción o pérdida** de la patria potestad, disponiendo que:

La patria potestad se extingue o pierde:

a) **Por muerte de los padres o del hijo**. (Regulado en el inciso 1) del artículo 461 del Código Civil, referido a la extinción de la patria potestad).

b) **Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad**. (Regulado en el inciso 3) del artículo 461 del Código Civil, referido a la extinción de la patria potestad).

c) **Por declaración judicial de abandono**. (Supuesto normativo previsto con algunas variantes en el artículo 462 del Código Civil, referido a la pérdida de la patria potestad).

d) **Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de estos**. (Supuesto normativo previsto con algunas variantes en el artículo 462 del Código Civil, referido a la pérdida de la patria potestad).

e) **Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75**[12]. (Supuesto normativo previsto con algunas variantes en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 463 del Código Civil, referido a la privación de la patria potestad) y

f) **Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil**. (Regulado en el inciso 2 del artículo 461 del Código Civil, referido a la extinción de la patria potestad).

Es decir, el referido artículo 77, incorpora las causales de **pérdidas de la patria potestad** previstas en el citado artículo 462 del Código Civil (por condena que la produzca o por abandono de los hijos), adicionando las causales de **extinción de la patria potestad** reguladas en el artículo 461 del citado código sustantivo; así como también las relativas a la **privación de la patria potestad** establecidas en el artículo 463 del citado Código Civil (incorporando únicamente en su texto la reincidencia de determinados comportamientos en agravio de los menores). En buena cuenta, no hace más que condensar en un solo artículo lo relativo a la **extinción, pérdida y privación** de la patria potestad, utilizando como título "extinción o pérdida".

Si bien el sistema normativo del Código Civil pretendió regular las restricciones a la patria potestad, refiriéndose a la **pérdida** (artículo 462), **privación** (artículo 463) y **limitación** (en el derogado artículo 464[13]) de la patria potestad, según la trascendencia y magnitud de la comisión de determinados actos en agravio de la prole, como muy graves, graves o leves, lo cierto es que una lectura sistemática y concordada de los referidos artículo ponen de manifiesto –reitero– la inadecuada (y hasta confusa) regulación de la "pérdida" de la patria potestad en el Código Civil, al tipificar en tres articulados distintos (artículos 461, 462 y 463), efectos jurídicos que implican inexorablemente la "pérdida o extinción" del ejercicio (de forma permanente y no temporal) de la patria

(12) **Artículo 75.- Suspensión de la patria potestad**
La patria potestad se suspende en los siguientes casos: (…) c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e) Por maltratarlos física o mentalmente; f) Por negarse a prestarles alimentos.

(13) Derogado según Disposición Final del TUO del Código de los Niños y Adolescentes (D.L. Nº 26102) aprobado por D.S. N° 004-99-JUS del 08/04/1999.

potestad según lo dispuestos por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescente.

Queda claro que los supuestos normativos previstos en el referido artículo 77 del citado Código son de carácter irreversibles en algunos supuestos, tales como lo es el caso de la muerte del padre o del hijo o porque el hijo haya cumplido la mayoría de edad, siendo que en tales supuestos los hechos que los motivaron no van a desaparecer y consecuentemente no se podrá restituir la patria potestad, de conformidad con lo previsto por el artículo 471 del Código Civil.

Cabe precisar que lo efectos por la pérdida de la patria potestad se **extienden** incluso a los hijos que hayan nacido después de que aquella fuera declarada, según lo establece el artículo 469 del Código Civil.

Respecto a la **restitución** de la patria potestad en caso de pérdida, el Código Civil en el último párrafo del artículo 471, establece que los padres volverán a ejercerla cuando desaparezca los hechos que la motivaron; salvo en el caso que la pérdida de la patria potestad provenga por sentencia declaratoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo. Cabe precisar que el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes, referido a la restitución de la patria potestad solo regula la restitución para los casos de suspensión, mas no hace referencia alguna a los supuestos de pérdida regulados en el artículo 77.

III. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Por la suspensión, se paralizan o detienen los efectos jurídicos derivados de un determinado derecho. Es así como en el caso de la suspensión de la patria potestad, lo que se paraliza no solo los deberes (estos quedan incólumes) sino los derechos inherentes a dicha función tuitiva, conforme lo dispone el artículo 470 del Código Civil. Es decir, las atribuciones que como progenitor tienes derecho desde el nacimiento de tu hijo.

La suspensión surge como una restricción al ejercicio de la patria potestad, generada por incumplimientos de los deberes inherentes a tal institución del Derecho de Familia; por afectar con ello los intereses del menor involucrado; y, por que se suscite alguna eventualidad que fácticamente impida su cabal ejercicio, sin que ello implique que los padres

lesionen el interés del menor. Este último supuesto no requiere ser calificado ni evaluado por el Juez de Familia, operan automáticamente, tal como lo es en caso de la interdicción civil, ausencia judicialmente declarada de uno de los padres, lo que implica que el otro progenitor ejerza de forma exclusiva la patria potestad, salvo –claro está– lo previsto por el artículo 502 del citado código[14], referido al cuidado de la persona y bienes de un menor a cargo de una persona distinta a sus padres, denominado tutor.

Sobre el particular, Aguilar Llanos señala acertadamente que: "cuando uno de los padres incurre en alguna causal de suspensión, entonces el otro ejercerá en exclusiva el ejercicio de la patria potestad, en tanto que el otro cónyuge quedará suspendido. Sin embargo puede acontecer que los dos padres hayan incurrido en causal de suspensión y por ende, hayan cesado temporalmente en el ejercicio de la patria potestad. Pues bien, en esa circunstancia el menor será cuidado por un tercero, quien toma el nombre de tutor. La tutela es la institución familiar supletoria de la patria potestad, entra en defecto de esta, y cuida la persona y bienes del menor que no está bajo la patria potestad de sus padres"[15].

El artículo 466 del Código Civil, regula lo relativo a las causales de suspensión de patria potestad, estableciendo expresamente que:

"La patria potestad se suspende:

1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil;

2) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;

3) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla; y,

4) En el caso del artículo 340".

(14) **Artículo 502.-** Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

(15) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Derecho de Familia*. Ediciones Legales, Lima, 2013, pp. 377 y 378.

Realizando unas breves acotaciones a las referidas causales de suspensión previstas por el Código Civil debo señalar:

i) En lo que respecta al inciso 1, debemos tener presente que en los casos de la interdicción civil del padre o de la madre (artículo 564 del Código Civil), al encontrarse privado del ejercicios de sus derechos civiles no resulta exigible el cumplimiento los deberes derivados de la patria potestad, quedando así no solo suspendido en el ejercicio de la patria potestad, sino que el ejercicio exclusivo de la misma es atribuido inexorablemente al otro cónyuge o progenitor, salvo lo previsto por el artículo 502 del citado Código, referido al cuidado de la persona y bienes de un menor realizado por tutor.

ii) En lo que se refiere al inciso 2, debo precisar que esta ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre se encuentra prevista de forma genérica en el precitado numeral 1 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Resulta claro que ante dicho escenario el ejercicio exclusivo de la patria potestad corresponderá también al otro progenitor, salvo lo previsto por el artículo 502 del citado Código.

iii) Respecto al inciso 3), debido al carácter genérico de este supuesto normativo, debemos necesariamente entender que todo supuesto de hecho que impida el ejercicio de la patria potestad debería ser comprendido sin ningún problema.

iv) En lo referido al inciso 4) de las causales de suspensión, debo señalar que esta hace clara mención a los casos de separación de cuerpo o divorcio por causal; así como también a la invalidez del matrimonio y no los casos de separación convencional y divorcio ulterior.

Finalmente, corresponde señalar que los supuestos normativos contemplados en el referido artículo 446 no entrañan ni importan en sí una sanción, en tanto es generada por causas no imputables al padre o madre, es decir, no existe culpa atribuible al progenitor; sino que corresponde a una medida necesaria destinada a salvaguardar los intereses de

los menores involucrados, todo ello en aplicación del Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente.

Ahora bien, el supuesto normativo regulado en el Código Civil, debe ser necesariamente estudiado de forma sistemática, concordada y en armonía con las causales de suspensión de la patria potestad previstas en el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes (normativa específica y posterior), que dispone que:

"La patria potestad se suspende en los siguientes casos:

a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil. (Regulada en el inciso 1 del artículo 466 del Código Civil).

b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre. (Regulada en el inciso 2 del artículo 466 del Código Civil).

c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;

d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;

e) Por maltratarlos física o mentalmente;

f) Por negarse a prestarles alimentos;

g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil (Regulada en parte en el inciso 4 del artículo 466 Código Civil); y,

h) Por habérsele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173- A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal"[(16)].

Ahora bien, existen otros supuestos de suspensión de la patria potestad a lo ya referidos, a saber:

a) En caso de separación de los cónyuges, surge otro supuesto de suspensión, cuando se le confía el ejercicio de la patria potestad a uno de los cónyuges, por sentencia que así lo establezca,

(16) Literal h) incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 29194, publicada el 25/01/2008.

en cuyo caso el otro cónyuge queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos, de conformidad con lo prevé el artículo 340 del Código Civil. De igual forma sucede en los caso de invalidación del matrimonio o disolución del vínculo matrimonial, según lo prevé el artículo 420 del citado Código, donde únicamente ejerce la patria potestad el cónyuge a quien se le confía el cuidado de los hijo, quedando el otro suspendido en su ejercicio. Cabe acotar que en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad de conformidad con lo previsto por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescente.

b) En los casos de hijos extramatrimoniales, la patria potestad es ejercida por el padre o la madre que los ha reconocido; siendo el caso que si ambos los hubieran reconocido, corresponderá al Juez de Familia a quien la ejercerá, tomando en consideración para ello la edad y sexo del menor, el contexto familiar y como resulta obvio e ineludible, el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado, según lo prevé el artículo 421 del Código Civil.

c) Frente al divorcio o la invalidación del matrimonio, la patria potestad será confiada a uno de los cónyuges, quedando el otro suspendido en el ejercicio del mismo, según lo prevé el artículo 420 del Código Civil. En este caso, como ya lo he referido, subsiste los deberes derivados de la patria potestad. Es así como al respecto Cabello Matamala sostiene que: "ambos cónyuges continúan en la obligación de acudir a los gastos de educación y mantenimiento de sus hijos, en proporción a sus recursos"[17].

Como resulta más que evidente, los referidos supuestos de suspensión de la patria potestad, no se enerva de forma alguna el legítimo derecho de que "los padres tienen el derecho a conservar con sus hijos que

(17) CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 478.

no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias", conforme lo prevé el artículo 422 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño[18]. Dicho esto, el padre o madre que no ejerza la patria potestad estará legitimado para mantener y fortalecer la relación con su hijo, en tanto ello constituye un derecho tanto del progenitor como del propio menor involucrado, en respecto de su integridad personal y a la identidad previstos en los artículo 4[19] y 6[20] del Código de los Niños y Adolescentes.

Podrán solicitar judicialmente la suspensión de la patria potestad los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del Código de los niños y Adolescentes.

De igual forma que en el caso de pérdida de la patria potestad, en la suspensión sus efectos se **extenderán** incluso a los hijos que hayan nacido después de que aquella fuera declarada, según lo establece el artículo 469 del Código Civil.

(18) **Artículo 9:**
(…) 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (…).

(19) **Artículo 4.- A su integridad personal**
El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.
Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación.

(20) **Artículo 6.- A la identidad**
El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que 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.
Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.
En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.
Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

Respecto a la **restitución** de la patria potestad en caso de suspensión, el Código Civil en el último párrafo del artículo 471, establece que los padres volverán a ejercerla cuando desaparezca los hechos que la motivaron. Ello en concordancia con lo previsto por el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes, referido a la restitución de la patria potestad, que precisa en su segundo párrafo que: "El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente".

Al respecto nuestra jurisprudencia nacional establece que:

> "Se suspenderá el ejercicio de la patria potestad si se evidencia la sustracción del padre del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, omitiendo la prestación alimentaria conducente a la subsistencia del menor"(21).

> "La suspensión de la patria potestad es una sanción para los progenitores que no cumplen con las obligaciones establecidas por la ley en desmedro del bienestar de los hijos"(22).

En consecuencia, resulta claro la trascendencia de la patria potestad, sino que esta inmensa potestad circunscrita de deberes y derechos inherentes a los padres, necesariamente debe contar con restricciones necesarios para salvaguardar el bienestar integral de los menores, dentro de una determinada dinámica familiar.

(21) Exp. Nº 3318-97, Resolución del 09/03/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.
(22) Exp. Nº 364-98, Resolución del 30/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia

Claudia CANALES TORRES(*)

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que más preocupa en materia de los derechos del niño y adolecente es el de la tenencia y custodia de estos muy especiales grupos de personas. La tenencia es una institución, un elemento componente de la patria potestad que implica aquel derecho-deber que recae generalmente en uno o ambos padres, de que el menor de edad permanezca físicamente bajo su custodia, su tutela y su protección. De ahí la importancia que tiene la institución, pues de la manera cómo esta sea determinada, tendrá una muy importante influencia en el desarrollo, la personalidad y la conducta del menor de edad; por lo tanto, para su establecimiento se debe buscar la mejor alternativa para el beneficio del menor de edad, de acuerdo al Principio del Interés Superior del Niño y

(*) Abogada por la Universidad de Lima. Asistente de cátedra de Derecho Civil y con estudios de maestría en Derecho Empresarial por la misma universidad. Estudios de maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Diplomado en Derecho de Familia por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

el Adolescente. En las siguientes líneas analizaremos los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia.

I. LA PATRIA POTESTAD Y SU EJERCICIO

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar, mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad. El poder de familia es el conjunto de derechos y obligaciones de la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido, en igualdad de condiciones, por ambos padres, para que puedan desempeñar sus encargos que las normas jurídicas les imponen, teniendo a la vista los intereses y la protección del hijo[1]. Así pues, tenemos que los padres son los sujetos activos de la patria potestad, mientras que los hijos son los sujetos pasivos de esta institución familiar.

Lo regular es que la patria potestad sea siempre compartida entre los cónyuges. Así lo entiende nuestro Código Civil que establece, en su artículo 418, que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

El artículo 419 del Código Civil, respecto de la filiación matrimonial, establece que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo, resolviendo en caso de disentimiento, el juez del niño y adolescente, conforme al proceso sumarísimo. En tal sentido, se aplica el principio del ejercicio conjunto de la patria potestad.

Asimismo, y en el mismo supuesto de la existencia del vínculo matrimonial, el artículo 420 del Código Civil establece que en caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidez del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio. Así pues, respecto de la filiación matrimonial, se establece que la separación de cuerpos,

(1) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Citado por: VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, p. 243.

el divorcio o la invalidez de matrimonio, producen el desmembramiento de las funciones de la patria potestad, debiéndose determinar al cónyuge a quien le va a corresponder la tenencia y custodia de los hijos.

Y es que se entiende que en tales supuestos los cónyuges o excónyuges se encuentran en una situación de separación de hecho o fáctica, por lo que la convivencia ha sido quebrantada, siendo necesario determinar a cuál progenitor le corresponde la custodia de los hijos. Asimismo, el referido desmembramiento de las funciones de la patria potestad se puede producir en virtud del acuerdo entre los cónyuges.

Respecto de la filiación extramatrimonial, el artículo 421 del Código Civil establece que la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido. Se entiende que el presupuesto para el ejercicio de la patria potestad es el reconocimiento de filiación por parte del progenitor, en una lógica consideración de que para el otorgamiento de la patria potestad, se requiera la determinación de la filiación voluntaria y no impuesta en virtud de una demanda. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quien corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

Asimismo el citado artículo, establece que estas normas son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de este, cuando el padre no tenga la patria potestad.

Así pues la ausencia de vínculo matrimonial aunada a la falta de convivencia impiden a los padres la aplicación del ejercicio conjunto de la patria potestad.

II. LA TENENCIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS COMO RELACIONES EMERGENTES DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad está conformada por un complejo de derechos, deberes y de obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole. Como

bien lo explica Enrique Varsi Rospigliosi, el contenido de orden personal de la patria potestad es la guarda de la cual se derivan la corrección, la educación, la asistencia y la prestación de servicios. La guarda se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos; en este sentido, el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un derecho-deber de los padres el tener a sus hijos consigo. En nuestro medio se consagra tanto en el artículo 423 inciso 5 del Código Civil, como en el artículo 74 inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes, normas jurídicas que se pronuncian sobre el derecho de los padres de vivir con sus hijos(2). La guarda también implica el deber de otorgar al menor el desarrollo en un ambiente adecuado, privándolo de los malos ejemplos.

La falta de guarda permite al cónyuge solicitar la restitución de la patria potestad (artículo 78 del CNA) o, en su caso, el régimen de visitas correspondiente (artículo 88 del CNA). En este sentido, es de importancia referirnos a dos instituciones fundamentales, cuales son la tenencia y el régimen de visitas(3):

1. Tenencia

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

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

(2) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 258.
(3) Ídem.

alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica[4].

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

Actualmente en nuestro medio tenemos la denominada tenencia compartida o coparentalidad, mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de la coparentalidad es que los dos padres, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

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

Por su parte el citado cuerpo normativo, en su artículo 83 establece lo siguiente: "El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente

(4) Poder Judicial del Perú. *Pleno Jurisdiccional de Familia*. 1997.

le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes". La tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés, en otras palabras, la demanda de tenencia no solo podrá ser presentada por el padre que no tenga al niño o adolescente, sino también por el que la tenga.

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

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

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

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

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

- La existencia de una separación de hecho, de facto de los padres.
- La no existencia de acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.

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

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

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

2. Régimen de visitas

El régimen de visitas forma parte del derecho de relación. 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 paternofilial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita(5).

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos 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

(5) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 261.

cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral[6].

Así tenemos como principal sujeto titular beneficiario del derecho de vistas, al visitado, al menor de edad tomando en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño y que más que un derecho de los visitantes, el régimen de vistas se establece y regula considerándolo como un derecho del menor de edad visitado.

Así pues nos toca analizar la trascendencia del Principio del Interés Superior del Niño como un criterio a tenerse en cuenta para el otorgamiento de la tenencia y custodia de un menor.

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

Cillero Bruñol nos explica que el interés superior del niño constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen[7]. En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor; y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su principio 2 establece: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse

(6) Ibídem, p. 261.
(7) CILLERO BRUÑOL, Miguel. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>, p. 8.

física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

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

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

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

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

En el ámbito nacional, el principio del interés superior del niño lo encontramos plasmado normativamente en el Código de los Niños y Adolescentes. Así pues en el artículo IX del referido cuerpo legal establece que: "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que

adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".

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

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

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

En similar sentido, con respecto al régimen de visitas, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescente establece que: "El juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar". Asimismo, respecto de la extensión del régimen de visitas, el citado cuerpo legal establece en su artículo 90 que: "El régimen

de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique".

IV. TIPOS DE TENENCIA DE ACUERDO AL TIEMPO

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

1. Tenencia definitiva

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

2. Tenencia provisional

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

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

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

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

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

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

V. VARIACIÓN O MODIFICACIÓN DE LA TENENCIA

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

1. La variación de la tenencia

La tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El padre que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro,

confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la variación de la tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del menor. Por esta razón la ley establece que la variación de la tenencia se realizará con la asesoría del equipo multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al menor, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del menor se encuentre en peligro.

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

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

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

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

a) En la mayoría de los casos se dispone que se realice de forma progresiva para evitar daños o trastornos en el menor de edad.

b) Excepcionalmente se dispone que se cumpla de inmediato cuando se pueda acreditar que el menor de edad se encuentra en peligro para su integridad.

Otro supuesto que da lugar a la variación de la tenencia es lo relativo a la restitución de la patria potestad. El Código de los Niños y

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

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

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

2. Modificación de la tenencia

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

Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la tenencia, esta modificación requiere de nuevo proceso. Este proceso lo puede interponer el padre que tiene la tenencia o el otro. La ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución originaria. Igualmente el padre o madre que obtuvo la tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas,

es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la tenencia del menor. Solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. Una vez resuelta la tenencia el otro la habrá perdido.

CONCLUSIÓN

La tenencia definitiva, la provisional y las variaciones de la tenencia son mecanismos legales que se encuentran contemplados para que sean utilizados siempre, teniendo en cuenta el interés superior del niño y adolescente a fin de aplicarlos a favor de los menores de edad, y nunca para que sean utilizados como mecanismos para manipular a dichos niños y adolescentes. Así es como consideramos que estas herramientas normativas deben ser empleadas en la diversidad de supuestos que en la realidad pueden presentarse.

Aplicación de la tenencia compartida

Javier Ignacio ARRIETA GARCÍA(*)

I. ASPECTOS FUNDAMENTALES

El 17 de octubre del año 2008 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley Nº 29269 mediante la cual se modifica el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la figura de la tenencia compartida en el sistema legal.

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

(*) Abogado de las Áreas de Derecho Procesal y de Familia del Estudio García Bustamante, Salas Rizo Patrón & Margary Abogados.

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

a) Velar por su desarrollo integral;

b) Proveer su sostenimiento y educación;

c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;

d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su actuación no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;

e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuera necesario para recuperarlos;

f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;

g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;

h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y

i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil".

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

II. UNA VISIÓN PROCESALISTA

Desde este punto de vista es importante, en primer lugar, analizar el artículo 81 del Código comentado con el fin de establecer los requisitos

que impone este para que proceda la tenencia que se solicite. Así, el artículo citado regula dos situaciones distintas que se dan respecto a la tenencia de los menores hijos cuando los padres se encuentran separados de hecho:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 85 del Código comentado establece que el juez competente para conocer el proceso de tenencia, es decir, como mencionamos líneas arriba, el Juez Especializado en Familia, o de no haberlo en

el lugar, el Juzgado Mixto, debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. Al respecto, discrepamos con lo señalado en el presente artículo, toda vez que creemos que el juez no solo debe escuchar la opinión del niño, sino que también debe tomar siempre en cuenta la opinión de este y la del adolescente, conforme lo establece la primera parte del artículo 81, con lo cual no queremos decir que las decisiones de los jueces deban darse de acuerdo solo a lo que los niños y adolescentes han opinado, pero sí que en sus decisiones se tome en cuenta la opinión de estos.

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

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

III. NUESTRA OPINIÓN

Creemos que la tenencia compartida se encuentra sustentada en la igualdad de derechos que debe existir entre ambos padres y, principalmente, en el Principio del Interés Superior del Niño, toda vez que este tiene el derecho de disfrutar del amor y cuidado de sus dos progenitores, por lo que somos de la opinión que esta nueva institución trae consigo ventajas comparativas respecto al carácter monoparental que solo se encontraba vigente en nuestro ordenamiento jurídico antes de la entrada en vigencia de la Ley Nº 29269, el cual implica que solo uno de los progenitores debe gozar de la tenencia del menor, fijándose un régimen de

visitas para el otro, lo cual no siempre resulta lo más beneficioso para el menor involucrado en un proceso de tenencia.

Efectivamente, pensamos que la tenencia compartida posee las siguientes ventajas respecto al carácter monoparental de la tenencia:

- Promueve la participación activa de ambos progenitores en la crianza de sus menores hijos;
- Incentiva la comunicación permanente entre los progenitores;
- Permite una distribución equitativa de los gastos de manutención de los menores;
- Atenúa el sentimiento de pérdida o abandono del menor luego de la separación; etc.

Es por ello que interpretamos que el fin de la Ley Nº 29269 es hacer menos traumático para los menores la separación de sus padres, ya que estos van a seguir teniendo con los menores los mismos derechos, obligaciones y cuidados que tenían cuando vivían junto con el otro progenitor y así lograr que la relación entre el menor y estos se mantenga fluida, pensando fundamentalmente en el interés del menor y en su desarrollo psicológico, moral y físico.

Conforme lo señalábamos, antes de la entrada en vigencia de la Ley Nº 29269 el sistema legal peruano solo optaba por la tenencia de carácter monoparental, es decir, que solo uno de los progenitores gozaba de esta, fijándose un régimen de visitas para el otro.

De esta forma y luego de evaluar los medios probatorios ofrecidos por las partes, las evaluaciones psicológicas ordenadas en la persona de los progenitores e hijos y las visitas sociales en el domicilio de los padres, el juez solo podía establecer cuál de los dos padres reunía las condiciones más adecuadas para otorgarle la tenencia del menor y establecer un régimen de visitas para el otro progenitor.

Sin embargo, en muchos casos, lo decidido en el proceso de tenencia dentro de un sistema legal en que solo se basaba en el carácter monoparental, no siempre resulta lo más beneficioso para el menor involucrado en un proceso de tenencia, toda vez que muchas veces el padre al

que le otorgaban la tenencia exclusiva del menor no contribuía a que el régimen de visitas otorgado al otro progenitor se lleve a cabo sin ningún tipo de problema, por el contrario, este en muchos casos le ponía trabas al otro progenitor, trabas que no solo atentan contra el derecho del progenitor a quien se le ha establecido un régimen de visitas sino que, sobre todo, también atentan contra el Principio del Interés Superior del Niño a relacionarse con el padre o la madre a quien no se le ha otorgado la tenencia legal.

Esta mencionada tenencia monoparental ha dado muchas veces lugar al llamado Síndrome de Alienación Parental, que podríamos decir que en términos simples es la manipulación que hace uno de los padres sobre su menor hijo con el fin de que este tome una actitud de rechazo frente al otro progenitor.

Es dentro de este contexto en el que se desarrolla el niño o adolescente, por un lado teniendo a uno de sus progenitores más cerca, lo que inevitablemente afianzará sus vínculos con este, y por el otro, a un progenitor con poca oportunidad para relacionarse con su hijo, produciendo un distanciamiento no querido.

Así, creemos que la tenencia compartida es beneficiosa para el menor toda vez que este tiene el derecho de disfrutar del amor y cuidado de sus dos progenitores, teniendo siempre presente la opinión y los sentimientos de los niños y así resolver en función de los intereses de este y no de los padres.

La Convención por los Derechos del Niño fija que los Estados Partes, dentro de los cuales se encuentra nuestro país, respetarán el derecho del niño que esté separado de uno de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, y la obligación de garantizar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza de los hijos.

Finalmente, debemos mencionar que la tenencia compartida se encuentra también regulada en Francia desde el año 2002, en España desde el año 2005, en Italia y en algunos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

Un reparto equitativo de la autoridad paternal

La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley N° 29269

Anita Susana CHÁVEZ BUSTAMANTE(*)

INTRODUCCIÓN

El guión de una película que pude visualizar hace algún tiempo reflejaba el siguiente escenario: Una pareja de recién casados había logrado dar vida a unas gemelas; sin embargo, ante las dificultades de la relación matrimonial los esposos decidieron separarse. El trato fue el siguiente: Cada uno de ellos se llevaría consigo a una niña, la cual crecería bajo su cuidado y responsabilidad. Esto a fin de evitar mayores conflictos. La madre viviría en Londres, y el padre viviría en California.

Diez años después de este "acuerdo", y por azares del destino, la pareja volvió a reencontrarse. Ambos motivados por el amor filial que aún conservaban reclamaban la convivencia con ambas niñas, y además como las menores se habían conocido era imposible mantenerlas separadas.

(*) Docente universitaria y Fiscal del Distrito Judicial de Lambayeque.

En razón de que las relaciones entre los padres de las menores eran positivas buscaron el mejor acuerdo: La madre podía tenerlas la mitad del año y el padre la otra mitad. Pero nació el primer obstáculo: las niñas no podían ir a dos escuelas diferentes durante el año, era ilógico. Entonces, la madre propuso que estarían con ella todo un año, y al año siguiente se irían con el padre. Esta propuesta tampoco ayudaba mucho. Entonces llegaron a un tercer acuerdo: las gemelas intercambiarían hogares en las festividades navideñas; es decir, pasarían fiestas con cada uno de sus progenitores, pero de manera alternada.

Dicha situación pone de manifiesto que aun cuando las relaciones entre los cónyuges sean óptimas la aplicación práctica de la tenencia compartida resulta poco factible. Más todavía si se tiene en cuenta el interés superior del niño (o de las niñas, para el caso planteado), tal como lo señala la ley que toma en cuenta esta figura.

La innovación de la figura de la tenencia compartida en el ordenamiento jurídico peruano ha generado un sinnúmero de controversias; siendo que si bien se reconocen algunas ventajas, también se es consciente de las deficiencias prácticas que esta pueda presentar, por lo que el respaldo de este análisis radica en la necesidad de reflexión sobre sus aspectos sustantivos, logrando obtener una clara visión del problema planteado.

Esto significa que de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, es posible adoptar una tenencia donde ambos padres podrían vivir con sus hijos, claro está, previo acuerdo de ambos.

Hoy, se están realizando numerosos estudios y una serie de propuestas con la finalidad de solucionar algunos de los tantos problemas que en materia del derecho de familia presenta nuestra legislación, y el tema de la tenencia no está ajeno a la realidad. Este análisis es indispensable, pues de la regulación que brinde nuestro ordenamiento depende que los derechos de las personas, pero sobre todo de los menores sean respetados. En tal sentido es importante que existan definiciones precisas y concretas que permitan el mejor desenvolvimiento de la familia en la sociedad, garantizando su pleno reconocimiento y total seguridad.

Entonces, partiendo de nociones elementales se tratará de abordar los ejes conceptuales en lo que se refiere a la tenencia, en general y de forma específica a la figura de la tenencia compartida. Así se podrá concluir con definiciones exactas de lo que se pretende dilucidar. Al respecto, resulta necesario aclarar que el presente estudio no trata de desenterrar un paradigma de antiguas formulaciones y de ya abundantes estudios; sino de poder desarrollar aspectos cuya importancia merecen especial atención y particular cuidado.

I. EL MATRIMONIO, LA FAMILIA Y LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES

Desde los orígenes del hombre hasta la actualidad ha existido una tendencia natural a la formación de las familias; y esta es la primera prueba del carácter ontológico de la familia y su especial importancia en la formación y desarrollo de la persona.

El matrimonio nace como una institución natural: "con ello quiere decirse que nace de la naturaleza humana y que su esencia, sus propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta, son ley y derecho naturales. En otras palabras, el matrimonio es una institución que responde a la estructura óntica de la persona humana"(1). Es decir, el matrimonio es parte de la naturaleza humana y justamente por ello, toda fórmula legal del matrimonio que pretende camuflar un legalismo sexual, queda sin fondo, sin base y en la completa agonía al igual que los sistemas divorcistas. Sin una base natural, sin un pacto de vida conyugal de "uno con una" y "para siempre", el matrimonio legal inicia su camino hacia la disolución. Con estas consideraciones los instrumentos internacionales han reconocido que la **familia** es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado(2).

Lamentablemente las nuevas tendencias de la sociedad han terminado por aceptar una **desconstrucción familiar** y han aceptado posturas

(1) HERVADA, Javier. *Cuatro Lecciones de Derecho natural. Parte especial*. 4ª edición, Eunsa, Pamplona, 1999, p. 124.

(2) Artículo 16 numeral 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas.

tan extremas como aquellas que llegan a postular su desaparición, considerando que se trata de un obstáculo a la libertad y libre desenvolvimiento de la personalidad. Con tales criterios se reconoce que existe una crisis contemporánea en torno al matrimonio y la familia(3), pero a pesar de haber llegado a un momento en el cual existen los más variados campos de especulación y praxis en relación con la defensa de estas instituciones, se admite que es tiempo en el que la familia, el matrimonio y los derechos humanos son constante y gravísimamente violados. Por tanto el reto es "fortalecer el matrimonio y la familia –en consecuencia la entera sociedad– a la luz de las exigencias de la dignidad personal del hombre"(4).

En el siglo XX se ha retrocedido en el punto de mantener la institución del matrimonio tal como naturalmente es, y la mayoría de las legislaciones civiles promueven el divorcio. Este fenómeno constituye la más perniciosa consecuencia de deformes concepciones del matrimonio difundidas en la Edad Moderna, merced de algunas causas históricas, tales como el protestantismo o la ilustración.

Todo ello ha generado que las legislaciones tiendan a ampliar las posibilidades del divorcio. En tal sentido, se ha creado un transporte del divorcio sanción (que solo puede solicitar el cónyuge inocente, cuando se dan determinadas causas tipificadas por la ley) al divorcio remedio (cuando se estima objetivamente rota la unión, sin atender a la conducta culpable de los cónyuges), para acabar en el divorcio por mutuo consentimiento (a veces, por la vía indirecta de la previa separación consensual de los cónyuges) o en el divorcio unilateral, que recuerda la arcaica institución del repudio(5).

(3) Existe una crisis con respecto al matrimonio, pero esta no es nada más que un proceso natural en la vida del hombre, además una constante histórica; nuestra capacidad para razonar nos da la capacidad de estar en crisis (Verbo griego *krisis*, que no significa otra cosa que juicio), de plantearnos juicios sobre las cosas, la crisis es signo de vida. Pero además indica que el ojo del huracán de esta crisis no es otra cosa que la pérdida por el hombre del sentido de su naturaleza de ser personal y cada nueva generación en contraposición con las precedentes, busca su autenticidad y su singularidad en la visión crítica de lo heredado, de esta manera le parece romper con las cadenas del pasado y ser libres sin los viejos límites establecidos.

(4) VILADRICH, Pedro Juan. A*gonía del matrimonio legal: una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2001, p. 21.

(5) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo. "Divorcio". En: *Gran Enciclopedia Rialp*. Ediciones Rialp S.A., 1991, disponible en: <www.canalsocial.net.>.

Pero es a fines del siglo XX, que otra vez ha tomado fuerza el tema de la familia y su indispensable colaboración en la protección de los más indefensos: niños, ancianos, discapacitados mentales, no nacidos, etc. La familia se ha convertido en la mayor fuente de la solidaridad social, donde la protección es igual para todos porque a ella se pertenece por ser quien eres, no por cuanto tienes o cuanto aportas. Sin embargo, en algunos países de la Unión Europea, lamentablemente este espacio de protección aún no está del todo fortalecido.

No obstante, las sinergias generadas por los ideales de matrimonio y familia están desapareciendo; y otro factor determinante es el espejismo de la ceremonia legal. En este argumento está muy extendido el fundamento basado en la convicción de que lo único que diferencia la simple unión de hecho entre varón y mujer y el matrimonio, reside en que este último se ha celebrado con los requisitos de forma y solemnidades prescritos por la legalidad vigente. Formalismo y legalidad son hoy dos grandes cortinas de humo que dificultan extraordinariamente la percepción de la verdadera naturaleza de la alianza matrimonial o pacto conyugal(6).

Viladrich señala también que "muchas de las críticas contra el matrimonio no son más que críticas contra la burocracia matrimonial"(7). Pero es claro que el matrimonio, como unión conyugal, no es un fenómeno legal primariamente, sino una realidad previa a la legalidad y natural. Con todo esto se ha formado un sistema divorcista, propio de la agonía de la legalidad del matrimonio, que contiene tres lacras: a) Una progresiva trivialización del "sí" o consentimiento; b) La creencia de que casarse es un acto de conformismo social o un intento de honorabilidad social; c) Este sistema acaba dando el calificativo de matrimonio de manera indiscriminada a todo un conjunto de uniones(8).

(6) VILADRICH, Pedro Juan. Ob. cit., p. 119.

(7) Señala de la misma manera Hervada: "Como cuestión filosófica, detectar en el matrimonio su esencia significa que no es puro devenir ni mero hecho, sino una unidad constituida estable y prematrimonial. Lo cual lleva consigo no caer en la falacia existencial, que consiste en la incorrecta imputación de los defectos de la vida matrimonial al matrimonio como si fuesen defectos suyos; una vida matrimonial defectuosa no implica un matrimonio defectuoso. HERVADA, Javier. Ob. cit., p. 128.

(8) VILADRICH, Pedro Juan. Ob. cit., p. 122.

Como consecuencia del divorcio se ha dado la mayor pobreza de la mujer, en vez de ser un medio de libertad y bienestar, ha decaído en un empobrecimiento tanto moral como psicológico, que no hace otra cosa que mellar su dignidad como ser humano. No solo esto sino también un gasto sanitario por parte del Estado: mujeres con depresión, hijos con trastornos psicológicos, hombres que no encuentran la felicidad ni con la primera, la segunda o la tercera relación matrimonial, contraviniendo el principio esencial de la unión conyugal en desmedro del desarrollo armónico de la familia y por ende de la sociedad.

Sin embargo, las consecuencias de la expansión de esta técnica desconstructiva de la familia aparejan problemas tan importantes como la misma ruptura de las relaciones conyugales, esto es la ruptura de las relaciones paterno-filiales, con uno u otro cónyuge.

II. LA FAMILIA Y LAS RELACIONES RESQUEBRAJADAS

Uno de los fines supremos de la sociedad y del Estado es proteger a la persona humana, por lo que a ambos les corresponde velar por su cuidado. Sin embargo, ante un proceso judicial por tenencia de un menor de edad, es lamentable ver que algunos padres realmente nunca piensan en los hijos, convirtiéndolos más bien en el motivo principal de este litigio. Realmente, lo que se consigue finalmente no siempre es la preservación de los derechos y la integridad del niño, sino el egoísmo radical de los padres por haberle ganado al otro progenitor y, con ello, confirmar el desmerecimiento que él o ella tenían sobre el menor cuando el juez estime la sentencia.

En el mundo intelectual existe un sinnúmero de definiciones del término **familia***,* las cuales se adecúan al contexto y campo de acción donde se desarrolla. Lo relevante para este análisis es poner de manifiesto las relaciones que se generan al interior de cada familia, las cuales importan la existencia de deberes y derechos que les asiste tanto a los padres como a los hijos.

Estas relaciones, si bien suelen desarrollarse de manera ordinaria, en ocasiones presentan algunos quiebres y se produce la desintegración del núcleo que inicialmente se había formado. Al producirse este quiebre, que se inicia en los cónyuges, comienzan a generarse consecuencias

respecto a todo lo relacionado con el hogar que se desintegra; no solo en el aspecto patrimonial, sino, y sobre todo, en el lado más débil y vulnerable que es la relación paterno-filial.

En este contexto, los hijos se ven obligados a separarse y alejarse de uno de los padres, poniéndose en peligro las interrelaciones que habían surgido. Así, ante la inminente separación de los progenitores, cuando existen hijos menores de edad, como manifestación de las relaciones paterno-filiales surge la tenencia, dado que uno de los progenitores es quien deberá asumir la responsabilidad de los cuidados de los menores.

Tradicionalmente estas dificultades se resolvían a través del sistema de tenencia monoparental, no obstante desde octubre de 2008 se incorporó a nuestro sistema jurídico la figura de la tenencia compartida(9).

III. LA TENENCIA

Antes de la reforma de octubre de 2008 el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes sostenía: "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento".

Sin embargo, dicha norma sufrió una modificación en octubre de 2008. Para esta fecha, el Congreso tuvo a bien promulgar la Ley Nº 29269, Ley que modifica los últimos artículos antes referidos a fin de incorporar la figura de la tenencia compartida(10).

La transición se produjo en los siguientes términos: "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado

(9) La norma publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 17 de octubre último, modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes.
(10) Llamada también coparentabilidad.

dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente".

Esta modificación se justificaba en que las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial al interior de una familia no debe tener parámetros rígidos, dado que su objeto es asegurar, en lo posible, el bienestar de la prole, razón por la cual se debía contar con normas flexibles.

Una modificación adicional se incorporó en el artículo 84, el cual antes de la reforma decía: "En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente debe señalarse un régimen de visitas".

Con la modificación respectiva, el referido artículo señalaba: "En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor".

Sin lugar a dudas, la incorporación de este régimen de tenencia tiende a fomentar en los padres, la búsqueda del afianzamiento de sus vínculos afectivos, luego de haber atravesado por un proceso de separación. En el mejor de los casos dichas decisiones pondrán de manifiesto a los menores que los problemas conyugales afectan muy poco, o casi nada a las relaciones paterno-filiales, las cuales deberían mantenerse intactas. Esto por lo menos en teoría. La historia jurisprudencial ha llegado a demostrar que los procesos cuyas pretensiones accesorias tienen como finalidad la tenencia de los hijos terminan en este sentido: **la tenencia para la madre y un régimen de visitas para el padre**; por lo menos hasta antes de la reforma.

Hasta entonces, la finalidad de la ley era evidente, dado que se pretendía mantener vigente el doble vínculo de parentabilidad; reduciendo la intervención de uno de los padres a horarios que deberán ser cumplidos estrictamente por los progenitores, promoviendo la intervención de ambos padres en el crecimiento de sus hijos.

Sin embargo, los problemas que surgieron se materializaron en la aplicación de esta disposición, pues si bien esta modalidad jurídica es innovadora, solo tendrá éxito cuando hay buena comunicación entre los padres, y si precisamente es el conflicto lo que genera una situación de esta naturaleza, muy difícilmente, y en casos muy excepcionales, se podrá obtener buenos resultados. ¿Cuál sería la solución en este caso?

IV. MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA: LA TENENCIA COMPARTIDA

1. Escenario jurídico para la modificación

Tal como se ha puesto de manifiesto en las líneas precedentes, desde finales de 2008 el Código de los Niños y Adolescentes ha admitido la posibilidad de disponer de la **tenencia compartida** de los menores, sin necesidad de que esta sea invocada por una de las partes, ya que el juez podrá disponerla, pero siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño[11].

Si bien la norma puede parecer razonable, resulta imposible eludir las consecuencias que podrían presentarse, dado que ante la situación de cambio social, donde se produce poco a poco un estado de corresponsabilidad, la limitación o exclusión de la posibilidad de tenencia compartida supone hacer una norma que refuerce el papel de uno de los progenitores en la custodia de los hijos en situación de separación de los padres.

En este marco, el juez deberá valorar con carácter previo las circunstancias que se presentan en el caso concreto. Así por ejemplo valorará la opinión de los hijos, su edad, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores

(11) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 178.

para el cuidado de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la tenencia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos y de las hijas. Es ahí donde el equipo multidisciplinario compuesto por psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales tendrá un papel relevante, pues ellos deberán proporcionar las herramientas necesarias para que el juzgador tenga un criterio más amplio respecto al caso a determinar.

Entonces, con la nueva regulación del Derecho de Familia se establecieron dos modelos claramente diferenciados, cuya adhesión a uno de ellos generaba una serie de controversias.

Por una parte, se afirma que separar al niño de uno de sus padres implica someterlo a una semiorfandad artificial que bajo ninguna percepción lógica puede ser favorable a este. Para este sector de la doctrina, la custodia compartida pretende eliminar el prototipo de padre periférico (el que solo se ocupa de pensiones y visitas con fechas) y ser el único modo que el niño perciba que puede contar con ese padre, evitando cualquier tipo de preferencias(12).

Sobre el particular Gil Domínguez, Famá y Herrera, al referirse a la familia monoparental, señalan: "El aumento de los divorcios y las separaciones en el marco de un proceso sociocultural complejo (…), es, sin lugar a dudas, la principal razón del incremento numérico de las familias monoparentales, con una marcada preeminencia de los hogares con jefatura femenina ya que, si existen hijos del matrimonio o la unión de hecho, los niños suelen permanecer con la madre"(13).

Por otro lado, también existen quienes se han manifestado en contra de esta figura señalando que la realidad judicial lamentablemente nos lleva a una única conclusión: la indefensión total del menor (niño y adolescente), frente a la inconducta procesal de una de las partes, la tolerancia y miopía de los administradores de justicia y la irresponsabilidad de los operadores del Derecho, estos últimos llamados a ser los medios de

(12) Cfr. AGUILAR CUENCA, José Manuel. *S.A.P Síndrome de alienación parental-Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. 2ª edición, Almuzara, España, 2005, p. 23.

(13) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa. Ob. cit., p. 178.

comunicación y/o conciliación, entre las partes y no como meros actores de reparto, incólumes frente a las posiciones arbitrarias de sus patrocinados y la lenidad de algunos miembros del Poder Judicial(14).

Dadas estas consideraciones y cuando se han cumplido tres años de la vigencia de la modificación, se ha creído conveniente formular esta interrogante: ¿Ha resultado beneficioso innovar la tenencia compartida a partir de la vigencia de la Ley Nº 29269?

2. Generalidades

Uno de los derechos más importantes que confiere la patria potestad es la tenencia de los hijos, lo que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, relación fática que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes y para que opere la patria potestad integralmente.

Al producirse la ruptura del vínculo conyugal (matrimonio), se establece el ejercicio exclusivo de la patria potestad para uno de los cónyuges, considerándose incluso obligatorio otorgar la patria potestad en los casos de separación o divorcio por causal al padre o madre inocente de la causal y, cuando se trata de separación convencional, otorgar la tenencia de los hijos a uno de los padres por acuerdo de ellos(15). No obstante hay que considerar que los términos **patria potestad** y **tenencia** no se identifican con la guarda física de los hijos, sin advertir que el concepto es mucho más amplio, ya que comprende un cúmulo de derechos y deberes relativos a la crianza y formación de los niños y adolescentes(16).

Jurisprudencialmente se ha señalado que: "La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor al cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones

(14) MELGAR BARABINO, Eugenio Carlos. "Tenencia compartida ¿Avance o retroceso?". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 14, N° 129, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2009. Este argumento es reforzado en el Exp. Nº 250-97 en el que se precisó. "No es conveniente para su formación personal ni intelectual que los menores estén una temporada con su madre y otra con el padre, pues el cambio constante del ambiente social influiría para su futuro". STC de fecha 12 de mayo de 1997 - Exp. Nº 250-97.

(15) GARAY MOLINA, Ana Cecilia. *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio: Tenencia unilateral o tenencia compartida (Coparentabilidad)*. Grijley, Lima, 2009, p. 152.

(16) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa. Ob cit., p. 326.

que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponde al otro[17]".

En este sentido, la asignación de la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, por la desintegración del grupo familiar, no supone para el otro una sanción, ni constituye motivo de pérdida o supresión del derecho de patria potestad, ya que el problema de la guarda ha debido resolverse a favor de uno de ellos[18].

La tenencia es una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados, **en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar**. Se trata de un cuidado directo e inmediato que ejerce uno de los padres respecto de su hijo menor de edad, sea este niño o adolescente, semejante a estado físico de dependencia del menor con relación a uno de sus progenitores cuando estos se encuentran separados. Fermín Chunga La Monja sostiene: "la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres (...) es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía"[19].

Sin embargo, se suelen presentar algunas confusiones terminológicas; no obstante el siguiente gráfico permite esclarecer los conceptos relacionados:

(17) CAS. N° 1738-2000-Callao. Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de abril de 2001.

(18) Sin embargo, existen supuestos en los que la pérdida de la tenencia se recibe como una sanción, y esto es en el caso del divorcio. El Código Civil vigente señala en el artículo 340, bajo la denominación de efectos de la separación convencional respecto de los hijos: "Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

(19) CHUNGA LA MONJA, Fermín. *Derecho de Menores*. Grijley, Lima, 2001, p. 350.

DIFERENCIAS		
TENENCIA	**TUTELA**	**PATRIA POTESTAD**
Responsabilidad que asume uno de los padres de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. Se trata de un atributo de la patria potestad que atañe el cuidado inmediato del hijo.	Institución que protege al menor en la ausencia de los padres y se concede a los abuelos u otros familiares.	Derecho a ser padres y decidir sobre los hijos, este derecho les asiste a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciable. Es un derecho irrenunciable, indispensable y exclusivo de los padres.

La competencia en un proceso judicial de esta naturaleza le corresponde al Juez de Familia; y los requisitos para seguir este proceso son: Demanda firmada por abogado, partida de nacimiento del menor en original y copia, copia simple del documento de identidad del solicitante, documentos que acrediten su pretensión, tales como denuncia por abandono de hogar, violencia familiar, etc. El proceso de tenencia deberá tramitarse como proceso único conforme a lo establecido en los artículos 160, 161 y 164 del Código de los Niños y Adolescentes.

Los problemas relativos al otorgamiento de la tenencia y régimen de visita para los hijos e hijas menores de edad, generalmente se presentan como accesorios a un juicio principal de separación de los cónyuges. La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y solo debe acudirse a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores. En este caso, será el órgano judicial el que decidirá a quién atribuir la tenencia o guarda provisional definitiva[20].

Esto exige que, teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres esta le corresponderá al otro, asignándosele al que no la ostenta un régimen de visitas.

Como un mero ideal en relación a la tenencia, Grossman sostiene que esta institución fuerza a una elección entre el padre y la madre, opción que pueden realizar los propios interesados o en su defecto el juez sobre

(20) GARAY MOLINA, Ana Cecilia. Ob. cit., p. 121.

la base de ciertos principios rectores que han sido construidos, teniendo en cuenta el prevalente interés del hijo[21].

El ejercicio de la tenencia por uno de los padres no es un mero derecho subjetivo que tiene sobre sus hijos menores, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos que se expresa en una función a ellos encomendada, para lo cual no solo deben valorarse las características, aptitudes, habilidades positivas del padre o la madre, sino también factores externos regulados en nuestra ley positiva, como que el hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió un tiempo mayor, siempre que le favorezca, además de atender a la edad y al sexo del hijo[22].

Actualmente, según nuestra legislación es posible adoptar una tenencia donde ambos padres podrán vivir con sus hijos de manera alternada, ya sea por periodos largos o cortos.

De acuerdo con el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, la **tenencia** de los hijos menores se determina de común acuerdo por los padres, correspondiéndoles decidir cuál de ellos va a ejercer el cuidado directo e inmediato de sus hijos, tomando en cuenta el parecer del menor involucrado.

Sin embargo, puede darse el caso de que no exista acuerdo entre los padres, o si aquel resultase perjudicial para los intereses de los menores, le corresponderá al juez especializado resolver el ejercicio de la tenencia, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o adolescente involucrado. Para tal efecto, aquel padre o madre a quien su cónyuge o conviviente le haya arrebatado a su hijo menor de edad o desee que se le reconozca el derecho podrá interponer la demanda de tenencia y custodia respectiva, debiendo el órgano jurisdiccional competente resolver la causa teniendo en cuenta lo siguiente:

(i) Que el hijo menor permanezca con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

(ii) que el hijo menor de tres años permanezca con la madre;

(21) GROSMAN, Cecilia. *La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia*. La Ley, Argentina, 1984, p. 807.
(22) Cas. N° 1015-2000-Lima. Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de enero de 2001.

(iii) para aquel que no se le otorgue el ejercicio de la tenencia deberá señalarse un régimen de visitas;

(iv) se escuche la opinión del niño y tome en cuenta la del adolescente en función a su edad y madurez.

El término "custodia o tenencia compartida" –también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta– implica "la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre exesposos, pero aún socios parentales".

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

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

No obstante cuando el conflicto que ha generado la separación de los progenitores no termina por solucionarse, la aplicación de este régimen resulta imposible. Esto termina ocasionando la adherencia del menor a uno de sus padres y, en algunos casos, el rechazo hacia el otro, por lo general hacia el progenitor que fue víctima de un abandono.

Las consecuencias de este tipo de decisiones resultan evidentes, pues los menores tendrán mayor dificultad para desarrollar lazos de afinidad con el padre con el que no convive.

3. Clases de tenencia

Garay Molina[23] explica que existe un sinnúmero de modalidades de custodia compartida. Cada situación es un caso particular y que hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres el número de hijos, etc. Pero se ha propuesto una clasificación por demás interesante, que de algún modo engloba el mayor número de posibilidades[24].

- Custodia física conjunta: Cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo o hija con uno u otro progenitor; a la vez esta puede tomar muchas manifestaciones, llegando incluso a situaciones tan creativas como que el hijo o hija habite en una misma casa y sean los padres quienes roten de domicilio.

- Custodia legal conjunta: El hijo o hija reside excluidamente con uno de los progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro, sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al menor.

- Custodia física y legal conjunta: Específicamente contenidas en normas norteamericanas. Se trata de una fórmula calificada como idónea, la cual está respaldada por las legislaciones individuales de todos los Estados[25].

(23) GARAY MOLINA, Ana Cecilia. Ob. cit., pp. 157-159.
(24) Un criterio similar se encuentra en BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú?". En: *Boletín del Instituto de la Familia*. N° 11, UNIFE, Lima, 2009, pp. 53-65.
(25) Se refiere a los propios Estados de EE.UU. Cfr. GARAY MOLINA, Ana Cecilia. Ob. cit., pp 158 y 159.

CONCLUSIONES: EL PLAN IDEAL DE COPARENTABILIDAD O LA BÚSQUEDA DE UNA ANHELADA RESPONSABILIDAD PARENTAL

La tenencia compartida es resultado del desequilibrio de los derechos parentales. La preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros. La tenencia compartida busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres. La tenencia compartida es el ejercicio común de la autoridad parental, reservando a cada uno de los padres el derecho a participar activamente en las decisiones sobre los hijos menores. El equilibrio de los papeles, valorando la paternidad y la maternidad, conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de fragmentación de la familia. En este sentido se considera que el bien del menor necesita mantener los vínculos afectivos y el contacto regular con los padres.

La coparentabilidad es un derecho común a todos los niños con independencia de que sus padres vivan juntos, o estén separados o divorciados. El ejercicio de la coparentalidad, tras la separación, resulta más eficaz cuando los padres han llegado a un acuerdo mutuo, de lo contrario es improbable que dé buenos resultados.

Debe quedar claro que la fórmula de coparentabilidad más idónea es la que permite al hijo o hija un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, y deberá ser criterio judicial que, en último término, prevalecerá en caso de desacuerdo entre los padres, no resultando esto lo más idóneo.

BIBLIOGRAFÍA

- HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*. 4ª edición, Eunsa, Pamplona, 1999.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas.

- VILADRICH, Pedro Juan. *Agonía del matrimonio legal: una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2001.
- DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo. "Divorcio". En: *Gran Enciclopedia Rialp*. Ediciones Rialp S.A., 1991, disponible en: <www.canalsocial.net>.
- AGUILAR CUENCA, José Manuel. *S.A.P Síndrome de alienación parental-Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. 2ª edición, Almuzara, España, 2005.
- MELGAR BARABINO, Eugenio Carlos. "Tenencia compartida ¿Avance o retroceso?". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* N° 129, Vol. 14, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2009.
- GARAY MOLINA, Ana Cecilia. *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio: Tenencia unilateral o tenencia compartida (Coparentabilidad).* Grijley, Lima, 2009.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria y HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia.* Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- CHUNGA LA MONJA, Fermín. *Derecho de Menores*. Grijley, Lima, 2001.
- GROSMAN, Cecilia. *La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia*. La Ley, Argentina, 1984.
- BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú?". En: *Boletín del Instituto de la Familia.* N° 11, UNIFE, Lima, 2009.

¿En interés superior de quién? La alienación parental como riesgo en los procesos de tenencia

Judyth Karyna GUTIÉRREZ DE LA CRUZ(*)
Alfredo CUIPA PINEDO(**)

INTRODUCCIÓN

Lo ideal es que las familias nucleares se consoliden en el tiempo, y se mantengan unidas, pero por diversas razones ocurre que los matrimonios o las uniones de hecho llegan a su fin, a veces por mutuo acuerdo y otras luego de conflictos que pueden durar algunos años en el Poder Judicial. De hecho, se dice que la tasa de divorcios en el Perú se ha incrementado de manera considerable(1), por lo que no es inusual que tengamos familias monoparentales o ensambladas. Nos tomamos una licencia con lo de monoparentales, y es que salvo la llamada **tenencia compartida**, lo normal es que acudamos a un triste espectáculo, en el que los hijos se vuelven el caballito de batalla de los padres, y no es inusual entonces, que se persiga el todo o nada, es decir, que el padre que no está con

(*) Abogada. Secretaria Judicial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Árbitro y Conciliadora Extrajudicial acreditada.
(**) Abogado. Juez Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa.
(1) Habría que reconocer que los matrimonios han aumentado también de manera considerable, lo que parece consistente con la facilidad actual para obtener el divorcio.

el niño en el día a día, tenga el menor contacto posible. Y, sin embargo, nadie puede dudar de que el niño necesite de la figura paterna y materna, y que ambas le garanticen un clima de paz en el cual desarrollarse.

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

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

I. LOS HECHOS DEL CASO

Es materia de comentario la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el trámite de la causa Nº 04430-2012-PHC/TC. En primer lugar, es pertinente hacer un breve resumen de los hechos citados en la sentencia.

1. Proceso de hábeas corpus

a) Don Jorge Edmundo Fernández Lazo, por derecho propio y a favor de su menor hija de iniciales M.F.B.F.C., interpone demanda de hábeas corpus contra la Jueza del Segundo Juzgado de Familia de Tacna, la Fiscal de la Segunda Fiscalía de Familia de Tacna, el Procurador Público del Poder Judicial y doña Rosa Callao Perales. La demanda tiene como propósito que se deje sin efecto el mandato de restitución y entrega de la menor con apercibimiento de detención contenido en la resolución judicial Nº 59 de fecha 11 de agosto de 2011.

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

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

Mientras que en la demanda se alega que la resolución judicial cuestionada amenaza la libertad individual del demandante, toda vez que ordena la restitución y entrega de la menor, bajo apercibimiento de detención; el Tribunal tiene como argumento central del recurso de agravio, que el objeto de la presente demanda de hábeas corpus es, en esencia, solicitar protección para la integridad de la menor M.F.B.F.C., respecto del mandato que ordena su entrega bajo apercibimiento de detención dictado en un proceso familiar de tenencia, es decir, la entrega de la niña a quien fue sentenciada y condenada por el delito de violencia familiar en agravio de la misma menor.

2. Respecto del proceso de tenencia (Exp. Nº 02502-2007)

a) Se advierte de autos que la emplazada Rosa Elvira Callao Perales promovió proceso familiar sobre tenencia de la menor contra el accionante del proceso de hábeas corpus, don Jorge Edmundo Fernández Lazo. Proceso de tenencia tramitado en el Exp Nº 02502-2007, donde se expide la resolución judicial Nº 50 –sentencia de vista–, de fecha 31 de mayo de 2010, que declaró fundada en parte la demanda, reconoce a favor de la citada emplazada la tenencia de la menor M.F.B.F.C. Luego, mediante resolución judicial Nº 59, de fecha 11 de agosto de

2011, se requiere al demandante que proceda a la entrega de la menor beneficiaria, bajo apercibimiento de disponer su detención, en caso de incumplimiento.

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

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

II. TIPOS DE HÁBEAS CORPUS

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la STC Exp. Nº 02663-2003-PHC/TC, ha recogido de la doctrina, una clasificación de tipos de hábeas corpus: i) el hábeas corpus reparador, modalidad clásica, que se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial, de un mandato judicial en sentido lato, de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil, etc. Tiene como propósito promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida; ii) el hábeas corpus restringido, cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, "se le limita en menor grado"; iii) el hábeas corpus correctivo, modalidad usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto de las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad; iv) el hábeas corpus preventivo, que podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la

libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.

Para ello es requisito sine qua non que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentren en proceso de ejecución; v) el hábeas corpus traslativo, que es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido; vi) el hábeas corpus instructivo, que podrá ser utilizado cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no solo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición; vii) el hábeas corpus innovativo, que procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante; viii) el hábeas corpus conexo, que cabe utilizar cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores.

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

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

vía decreto supremo, de conformidad con el artículo 137 de la Constitución Política de 1993[(2)].

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

El padre interpone demanda, pues, considera que el apercibimiento de detención en caso de no cumplir con entregar a su hija, para el cumplimiento de la sentencia de tenencia, constituye una amenaza cierta a su libertad individual, y es que él considera también que no puede cumplir

(2) Hábeas corpus excepcional (artículo 23). Nuestra Constitución, regula los estados de excepción en el artículo 137, y el artículo 200, parte final establece que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137. Es innegable así, la procedencia del habeas corpus en los estados de excepción, que denominamos de excepción por las condiciones reinantes en que se dicta, por lo que bien vale el nombre seleccionado.
Debe anotarse que el Instituto de Ciencia Procesal Penal ha señalado que la tramitación correcta de este hábeas corpus debe hacerse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se utilizan para determinar la validez de los actos que restringen derechos en los estados de excepción. La aplicación de la razonabilidad, si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, o si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos. La aplicación del principio de proporcionalidad, si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación del hecho sumariamente evaluada por el juez. Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *El proceso de hábeas corpus*. Instituto de Ciencia Procesal Penal, pp. 3-4. Vide <incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/habeascorpus%5B1%5D.pdf>.

con el mandato judicial, al existir también sentencia definitiva en el proceso de violencia familiar. Es sintomático que solo en segundo lugar, se mencione la integridad de la hija. Se trata de una clara muestra de que en estos procesos, no siempre es el niño el centro del debate (se supone que es interés de este que se discute la tenencia), ya que el padre parece más preocupado de su propia situación jurídica, que del bienestar de su hija. Pues bien, el Tribunal Constitucional, con buen criterio, devuelve centralidad al niño; constata para ello que, en los términos en que se interpuso la demanda, nos encontraríamos ante una amenaza, de manera que se trataría de un hábeas corpus preventivo; luego, sobre la base del literal f, del inciso 24), del artículo 2 de la Constitución, precisa que la facultad de dictar el mandato de detención no es potestad exclusiva del juez penal, en tanto se cumpla con la exigencia de motivación previa.

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

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

La finalidad institucional del Poder Judicial es procurar la paz social en justicia, por lo que tiene bajo su responsabilidad, la última palabra sobre los conflictos de intereses, y en un **Estado Constitucional de Derecho**, y para ello, se le ha premunido de los atributos de la *coertio* y la *executio*. En rigor, es la única cara del Estado que puede utilizar la fuerza de manera legítima, en condiciones normales; y es que se requiere

el uso de la fuerza, cuando los particulares no hacen caso de los mandatos judiciales; dentro de dicho contexto, el apercibimiento dictado en el proceso de tenencia no es, en modo alguno, arbitrario.

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

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Suele asumirse que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico. Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención de los Derechos del Niño consagra(3).

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

(3) CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. (En línea) Recuperado el 13 de febrero de 2012. p. 2. <www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf>.

introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos[4].

Para Cillero es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades, e incluso a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea uno considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino en la medida en que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen[5]. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos[6].

El interés del menor tiene un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho aislado o en conflicto con otros derechos: lo importante y en verdad discutido es siempre el derecho o derechos en juego, en cuya solución el criterio determinante es precisamente el del interés del menor[7]. Puede afirmarse que el interés del menor (valoración positiva de lo que le conviene) no coincide con toda situación o acto que deba considerarse (inicialmente) más ventajoso para el respecto de otros posibles, sino aquellos que, más allá de una valoración comparativa con otras opciones más o menos buenas, comporten un razonable beneficio para el menor y sus principales centros de interés actuales o futuros, desde un punto de vista objetivo (por referencia a la realidad jurídica y social de aquel)[8].

El dar una amplia participación al menor en la determinación de cuál sea su propio interés no quiere decir que se decline o delegue en él la toma de decisiones. Cabe pensar en no pocas objeciones a ello, no solo porque muchas veces no reúne los mínimos intelectuales y volitivos

(4) Ibídem, p. 4.
(5) Ibídem, p. 8.
(6) Ibídem, p. 14.
(7) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. Dykinson, Madrid, 2000, p. 91.
(8) Ibídem, p. 97.

para optar en una disyuntiva y decidir consciente y libremente, o por falta de experiencia de vida (particularmente importante en estas situaciones vivenciales, donde no todo es inteligencia y voluntad), sino, sobre todo, en los casos en los que los menores se ven implicados en conflictos con personas muy próximas: son muy vulnerables a presiones de los adultos para decidir en favor de alguno de estos; corren el riesgo de sentirse luego culpables del resultado de su opción, y de sufrir la enemistad de aquel contra quien han decidido(9).

Refiriéndose a la jurisprudencia española, Rivero refiere que los Tribunales suelen ser "poco explícitos en su argumentación acerca de cómo actúa el interés de los hijos menores, interés, por cierto que es hoy el único criterio legal rector de la asignación de la guarda de los hijos tras la crisis matrimonial. A la hora de concretarlo y decidir al respecto, los Tribunales se han fijado especialmente en variadas circunstancias: así, unas veces han tomado en consideración la convivencia anterior de los hijos con el progenitor al que se confía la guarda, el entorno socioeconómico y cultural que rodea al hijo e influye en su afectividad y relaciones habituales, o la mejor aptitud de la madre al cuidado del hijo"(10).

Para Rivero, el juez al momento de aplicar el interés superior del menor deberá tener en cuenta que: a) no debe regirse tanto por sus convicciones personales (ideológicas, sociales, jurídicas, etc.) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad, en el lugar y momento en que se demanda su decisión; b) la decisión a tomar tiene una fuerte carga humana y metajurídica, que desborda holgadamente ciertas perspectivas legalistas, formalistas, de los derechos fundamentales; c) el criterio y valoración judicial de los datos de que disponga y del interés del menor son discrecionales, mas ello no quiere decir que el juez pueda manejar de cualquier forma la autonomía o arbitrio que la ley le concede. Es decir, se trata de una apreciación discrecional y razonable, no arbitraria(11).

Como se puede advertir de lo anterior, el interés superior del niño no constituye una fórmula básica de motivación, no excusa al juzgador

(9) Ibídem, pp. 124-125.
(10) Ibídem, p. 179.
(11) Ibídem, pp. 239 a 241.

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

IV. ALIENACIÓN PARENTAL

Dentro de dicho contexto, si bien el juez deberá intentar que la decisión que se adopte sea la más adecuada al desarrollo integral del niño, la niña o el adolescente, lo cierto es que no crecerá en una situación ideal. Es cierto que nada garantiza que la convivencia con ambos padres lleve a un desarrollo afectivo adecuado, pero al menos brinda a la persona en desarrollo, ambas figuras paternas. Se asume pues, que la separación de los padres afectará en mayor o menor medida a los hijos. De esta manera, los especialistas han identificado situaciones de riesgo para el desarrollo emocional del niño y que propician la aparición de alteraciones psicológicas en la infancia. Siguiendo a Fernández y Godoy (2005), algunas de estas situaciones son las siguientes: i) El niño hipermaduro, es decir, que aparenta una madurez superior a la de su misma edad, pero que esconde un sufrimiento en silencio por no atreverse a expresar sus sentimientos, ya que ve mal a sus padres y quiere hacer creer que no les afecta la separación para que estos no se preocupen; ii) el niño espía, cuando se bombardea a los hijos con preguntas sobre el otro progenitor, sobre qué han hecho con ellos, con quién han estado, que pueden determinar que los hijos entren en un conflicto de lealtad; iii) conflicto de lealtad, que se produce cuando el niño sabe que si contesta desagrada a uno de sus padres y no contesta puede ser causa de un enfrentamiento entre ellos, y como no quiere desagradar a ninguno de los dos, se crea la situación de conflicto; iv) el niño dividido, es decir, cuando se intenta negar la existencia del otro progenitor, el niño aprende que ciertos temas son tabú, ni siquiera se atreven a llevar un juguete a casa que les haya regalado el otro progenitor, lo que lleva a algunos menores a llevar una doble

vida; v) el niño mensajero, cuando se utiliza al menor para transmitirse mensajes de uno a otro; vi) el niño colchón, cuando el niño amortigua el conflicto entre sus padres, pues estos descargan sobre el hijo la rabia ante las actuaciones malintencionadas del ex, soportando descalificaciones y desvalorarizaciones de uno contra el otro, sin delatarles en ningún momento; vii) el niño confidente, que es utilizado como confidente del conflicto de pareja por uno de sus padres, lo que generar que el niño se sienta culpable y traidor ante el otro progenitor porque tiene una información que les afecta y que oculta, al mismo tiempo que sufren en silencio una angustia por una posible ruptura, lo cual puede dañar la estabilidad psicológica del niño; viii) el niño víctima del sacrificio de su madre/padre, cuando la madre o el padre dice frases como "lo he sacrificado todo por ti" el niño crece sintiendo que es un Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación, carga y piensa que su madre o padre lamenta su existencia por el tono de reproche que capta en sus palabras; ix) el niño bajo el síndrome de alienación parental, proceso que consiste en programar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación, el hijo da entonces su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienador; x) el síndrome de la madre maliciosa, se refiere a la figura materna; la madre intenta injustificadamente castigar a su exmarido (indisponiendo al niño contra el progenitor, implicando a otras personas en sus actos maliciosos o manteniendo litigios judiciales durante años), interfiere en el régimen de visitas y en el acceso del padre a los hijos; xi) el efecto bumerán, se produce cuando el desprestigio y la desvalorización vertida sobre uno de los progenitores y que en su momento propició una alianza con el propulsor de esta campaña, se vuelve en contra de este(12).

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

(12) ROS, Elia; DOMINGO, Arantza y BELTRÁN, Olga. *Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación*. Universitat Jaume - I, Jornades de Foment de la Investigació. Versión digital, recuperado el 17 de enero de 2014, pp. 3-6. En: <http://www.uji.es/bin/publ/edicions/jfi11/3.pdf>.

i) En primer lugar, tenemos los procesos en los que se discute la tenencia, y en que, ya sea porque corresponde a la realidad o por estrategia, la posición de cada padre no solo se sustenta en la propia idoneidad para hacerse cargo de la crianza del hijo, sino en la nocividad de la conducta de la contraparte. Lamentablemente, no se trata solo de una impresión. Vemos esto con mucha frecuencia en los juzgados de familia.

ii) En segundo lugar, tenemos los casos de violencia familiar. La violencia puede ser física o psicológica, pero en el caso de la segunda, se requerirá el concurso de especialistas para determinar que se trata de casos en los que efectivamente hay violencia, y no casos en los que hay **percepción de violencia***,* como consecuencia de la victimización del padre o de la madre.

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

Viéndolo con ojos jurídicos, el síndrome de alienación parental está siendo considerado como un elemento a tomar en cuenta, en procesos de tenencia, variación de tenencia y régimen de visitas, tal como lo vemos en la Casación Nº 2067-2010, cuando se probó que el padre venía ejerciendo influencia negativa en los hijos, indisponiéndolos con la figura materna, al punto tal que los menores llegaron a faltarle el respeto a la madre, y, por ello, se varió la tenencia, pasando del padre a favor de la madre.

El Tribunal Constitucional (STC Exp. Nº 01817-2009-PHC/TC) también se ha pronunciado sobre este tema, a propósito de un agravio constitucional, que fue amparado al comprobarse que en un caso determinado, hubo alienación por parte del padre. Este impedía a sus hijos todo contacto con la madre, a quien los hijos llegaron a odiar. En esa

circunstancia, vieron que lo más recomendable y beneficioso a los intereses de los hijos es que estos vivan con la madre y no con el padre[13].

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7.1. contempla que el niño, en la medida de lo posible, tendrá derecho desde que nace a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. De la misma manera, según el artículo 9.3 los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño[14].

V. SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

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

Ver todo el fenómeno supone que el juez pueda ver todo el conflicto, que pueda estar al tanto de todas sus aristas. Pero pensemos en la costumbre perversa de la mayoría de nuestros abogados, de llevar un mismo conflicto, con distinto ropaje jurídico, a diversos órganos jurisdiccionales. Si nos demandan por cumplimiento de contrato, yo demando nulidad de acto jurídico; si me demandan reivindicación, yo demando prescripción adquisitiva de dominio; si me demandan alimentos, yo demando la variación de la tenencia, y casi con seguridad me demandarán por violencia

(13) AGUILAR LLANOS, Benjamín. "El síndrome de alienación parental aisla al hijo". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Tomo 6, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2013, p. 46.

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

familiar. No se trata de casos hipotéticos, buena parte de la carga procesal de nuestros tribunales se explica por esta conducta, que llega a extremos como falsear los domicilios de los demandados (o señalar que se desconocen, para que se notifique por edictos, sabiéndose que los diarios no siempre se leen, o casi nunca) o demandar en ciudades apartadas. Tampoco es inusual que una misma persona plantee la misma pretensión a través de diferentes vías: es una práctica común en materia pensionaria, que se promueve al mismo tiempo como demanda de amparo y como demanda contencioso-administrativa. Es claro que esta conducta afecta sobremanera la labor judicial. El juez no tiene, muchas veces, forma de saber si lo que sentencia se llegará a ejecutar o no, y por lo general se enterará de los otros procesos en que se discute el mismo conflicto, durante el trámite del proceso.

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

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

peor que le puede pasar es que sus padres no dejen de pelear. Y cuando hay alienación parental la situación se agrava, cuando no se sabe si el agresor es real o imaginario, ¿en interés superior de quién se resuelve?

CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional emite pronunciamiento de fondo, pero no termina de precisar ante qué tipo de hábeas corpus estamos, sin embargo, de la sentencia materia de análisis se puede advertir que lo prevalente es la integridad de la niña, y sus posibilidades de crecer en un ambiente adecuado para su desarrollo, por lo que no tiene reparos en suplir las notorias deficiencias de la demanda; luego, no se dice, pero es claro que nos encontramos ante un **hábeas corpus conexo**. Y todo ello por el **interés superior del niño**, al que nos referimos a continuación.

Respecto del interés superior del niño actuará cuando estemos ante un conflicto no regulado, para legitimar decisiones específicas, no debería tener más que una función de apoyo cuando la fórmula de solución del conflicto ya está regulada y protege adecuadamente los intereses del niño y adolescente. Es lo que ocurre con el instituto de la tenencia.

El síndrome de alienación parental está siendo considerado como un elemento a tomar en cuenta, en procesos de tenencia, variación de tenencia y régimen de visitas, tal como lo vemos en la Casación Nº 2067-2010, cuando se probó que el padre venía ejerciendo influencia negativa en los hijos, indisponiéndolos con la figura materna, al punto tal que los menores llegaron a faltarle el respeto a la madre, y, por ello, se varió la tenencia, pasando del padre a favor de la madre. Es decir, cuando hay alienación parental, la situación se agrava.

El Poder Judicial es el encargado no solo de decir derecho, sino también de hacerlo cumplir, incluso valiéndose de la fuerza. Los jueces ordinarios son los que deberían tener en sus manos, la búsqueda de la paz social, pero dicho cometido requiere de ciertas condiciones que, dicho sea de paso, no se cumplen en nuestro país, y que se muestran en el presente caso. Además, debemos agregar que lo regular en nuestro país es que la casación no es el punto final del conflicto, esta función la cumplen hoy el proceso de amparo o el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Derecho fundamental a los alimentos: En nombre del padre y por derecho del hijo(*)

César Daniel CORTEZ PÉREZ(**)
Alvin Paul QUIROZ FRÍAS(***)

INTRODUCCIÓN

Existen casos memorables en nuestro país, como el tratado años pasados por la prensa deportiva cuando se difundía la noticia de que por pensión de alimentos, la madre del menor hijo de Jefferson Farfán, había solicitado una extraordinaria suma de dinero en euros, pretendiendo cobrar por alimentos, una suma superior a los diez mil euros mensuales. Así también, un caso que acaparó la prensa del espectáculo años pasados fue donde dos famosos actores discutían sobre la pensión de sus hijos, quién aportaba más y quién menos, es decir, aumento y reducción de alimentos, hechos que formaron parte del caso Meier-Aguirre.

(*) "Un derecho [humano] no es algo que alguien te da; es algo que nadie te puede quitar"- Eleanor Rooselvelt.

(**) Magíster en Derecho Civil y Comercial. Docente universitario. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia de Mendoza-Argentina. Premio a la Excelencia Académica en Derecho "José León Barandiarán Hart".

(***) Abogado. Miembro del Círculo de Estudios "Societas Iuris".

Estos son dos casos ya pasados en los que ambos tuvieron distintas soluciones, pero que de por medio estaba el interés superior del niño. Son casos de famosos los que más hacen eco, pero son supuestos como estos los que suceden todos los días en cada rincón de nuestro país en juzgados y salas. Tal vez no se discutirán niveles astronómicos, pues muchas veces las madres luchan por escasos S/. 50.00 de pensión alimenticia. Son casos reales que a veces pasan desapercibidos al ser la demandante Juana Pérez en representación de su menor hijo, quien por no tener filiación con algún famoso no da para la pantalla chica, pero el Derecho y el Estado deben amparar a aquel menor dándole las posibilidades de un correcto desarrollo. Los niños son el futuro del país y se debe proteger este futuro con el otorgamiento de una pensión de alimentos.

Este es un trabajo que busca recordar de cierta forma la importancia de este instituto familiar (los alimentos), haciendo mención a su relevancia como derecho fundamental y sus características fundamentales, entre otros. Así pues, sobre este tema debemos decir que con el transcurso del tiempo, el derecho a la alimentación se ha ido afianzando progresivamente en el mundo como un derecho fundamental, es decir, como un derecho atribuible a todo ser humano por el solo hecho de serlo y que, por lo tanto, es anterior y superior a cualquier legislación. No olvidemos que la cultura humana y el derecho en particular son un depósito de preceptos éticos, jurídicos y políticos que abarcan todo tipo de órdenes específicos, valores, prohibiciones y rituales.

El instituto jurídico de alimentos constituye un instrumento importante y de las instituciones familiares creemos el más fundamental; y es a través de él que se va a socorrer a una persona en estado de necesidad. Es a través de la institución familiar, que descansa el deber moral y que a veces lamentablemente por la falta de razón, –ético-moral– por parte del obligado, es elevado a la categoría de obligación civil. El proceso de alimentos es y ha sido el trámite judicial por excelencia cuya ejecución no solo resulta engorrosa, sino que en la mayoría de los casos imposible; por el abanico de obstáculos que puede llegar a ofrecer al proceso el obligado, por la abrumadora imaginación y mañas que utiliza, con el único fin de no cumplir con su obligación de padre.

En nuestro país, la figura de los alimentos se encuentra recogida en el Código Civil, en la Sección Cuarta referida al amparo familiar.

Allí la obligación alimentaria es tratada como una de carácter personal con contenido patrimonial y sustentada en el principio de solidaridad, dejando a salvo y especial cuidado al momento de determinar el estado de necesidad del acreedor alimentario (salvo en el caso de los menores en quienes el estado de necesidad se presume) y las posibilidades de quien debe prestar los alimentos. Los requisitos básicos para ejercer el derecho alimentario son: a) El estado de necesidad (de quien los pide); b) La posibilidad económica del deudor alimentario (obligado a pasar alimentos); y c) La existencia de la norma legal que crea la relación obligacional alimentaria.

I. EL DERECHO ALIMENTARIO

1. Significado

La palabra alimentos proviene del latín *alimentum* que a su vez deriva de algo que significa simplemente nutrir; empero, no faltan quienes afirman que procede del término *alere*, con la acepción de alimento o cualquier otra sustancia que sirve como nutriente, aun cuando es lo menos probable. En cualquier caso está referido al sustento diario que requiere una persona para vivir(1).

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se define jurídicamente como alimentos a "todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra –por ley, declaración judicial o convenio– para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia medica, educación e instrucción"(2).

Así también, Trabuchi afirma por su parte que "la expresión alimentos en el lenguaje jurídico tiene un significado más amplio del significado común, y comprende, además de la alimentación, cuanto es necesario para el alojamiento, vestido, los cuidados de la persona, su instrucción, etc."(3).

(1) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. "Derecho de Familia". En: *Código Civil*. Tercera edición, Idemsa, Lima, 2002, p. 497.
(2) Enciclopedia Jurídica Omeba en: <http://www.omeba.com/voces.php?a=vv&doc_id=&l=A&ini=500>.
(3) TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 268.

De igual manera, para Belluscio "se entiende por alimentos el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación". Dicho autor destaca que "se consideran comprendidos en la obligación alimentaria gastos ordinarios y extraordinarios. Los primeros son los de subsistencia, habitación y vestuario. Los gastos extraordinarios son los de enfermedades - asistencia médica, gastos de farmacia, intervenciones quirúrgicas, internación, etc., los funerarios por sepelio, gastos de mudanza, provisión de libros de estudios y litisexpensas. En cambio, no se comprenden los gastos superfluos o impuestos por el lujo, la prodigalidad o el vicio, ni los de establecimiento o constitución de dote"(4).

Entonces, debemos entender por alimentos todo lo necesario para atender la subsistencia, es decir, aquello que es indispensable para lograr el desarrollo integral del niño y/o adolescente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los alimentos no solo es la comida propiamente dicha, como es mal entendido por algunos deudores alimentarios, sino que van mucho más allá. Para el desarrollo del presente solo nos abocaremos a los alimentos de menores y adolescentes que son los que más necesitan de estos; por el hecho de ser ellos quienes basados en el interés superior del niño deben crecer ejerciendo plenamente su derecho alimentario siendo titulares de su respectiva pensión alimentaria.

Tengamos en cuenta que los alimentos tienen una connotación muy amplia, pues abarca tanto lo fisiológico, psicológico y moral o espiritual. La educación, por ejemplo, ayudará para que el hijo se desarrolle como persona y forma parte del concepto "alimentos". Pero qué sucede cuando por "motivos personales", los menores no reconocidos por el padre, tienen la imperiosa necesidad de ubicar a aquel, que por lo general rechaza y niega ser causante del embarazo y que fuerza a la madre a reconocerlos en solitario. La demanda pide al juez aplicar la presunción de paternidad que reza: "todo aquel que mantuvo relaciones con la madre en tiempos de la concepción es reputado como padre". Esta situación, con toda su dureza, tiene contacto tangencial con otros temas,

(4) BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 389.

no solo es el reconocimiento, sino también se extendería a la institución alimentaria.

2. Naturaleza jurídica

Sobre el particular hemos tenido en cuenta lo expuesto por Peralta Andía[5], de esta manera la naturaleza jurídica de los alimentos se explica a través de tres tesis:

a) Patrimonialista: Según Messineo el derecho alimentario tiene naturaleza genuinamente patrimonial y por ende transmisible. Actualmente esta concepción ya ha sido superada porque el derecho alimentario no es solo de naturaleza patrimonial (económico), sino también de carácter extramatrimonial o personal.

b) No patrimonial: Ruggiero, Cicu y Giorgio, entre otros, consideran los alimentos como un derecho personal o extrapatrimonial en virtud del fundamento ético-social y del hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico, ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose, entonces, como una de las manifestaciones del derecho a la vida, que es personalísima.

   En ese sentido, se afirma que es un derecho inherente a la persona y así como es consustancial a la persona el derecho de alimentos, es también personal el deber de prestarlos, lo cual significa que son intransmisibles.

c) Naturaleza sui géneris: El derecho a los alimentos es la institución de los alimentos de naturaleza sui géneris, por ser una institución de carácter especial, de contenido patrimonial y finalidad personal conexa a un interés superior familiar, que se presenta como una relación patrimonial de crédito-debito, por lo que existiendo un acreedor puede exigirse al deudor una prestación económica en concepto de alimentos. Nuestro Código Civil se adhiere a esta última tesis.

(5) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. cit., pp. 498-500.

3. Concepto

Recurramos al Dr. Benjamín Aguilar Llanos[6], quien respecto de la obligación alimentaria refiere que: "Esta constituye un deber jurídicamente impuesto a una persona de atender la subsistencia de otra".

Encontramos en esta definición los tres elementos del instituto de los alimentos como ya lo habíamos mencionado párrafos precedentes, estos son: el necesitado que no puede atender a su subsistencia y hay que socorrerlo porque de lo contrario perecerá (entiéndase que estamos ante un derecho vital y de urgencia), la norma que establece quién es el acreedor y el obligado y, por último, el deudor alimentario, que casi siempre termina siendo el pariente necesitado (decimos casi siempre, pues es sabido que hay alimento entre extraños).

No debemos olvidar que los alimentos deben cubrir lo necesario para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y, tratándose de menores, su educación y recreación; en consecuencia, no se mal entienda que cuando se trata el problema de los alimentos, estos no deben reducirse solo a lo necesario para el sustento del acreedor.

Así también, el tratadista francés Josserand al referirse a la obligación alimentaria establece que "es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de la otra (…) como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar"[7].

Y es que es importante tener siempre en cuenta que la persona humana o natural, es el ser pensante dotado de inteligencia como ente al cual el Estado le atribuye derechos y obligaciones[8]; por ello nuestra

(6) AGUILAR LLANOS, Benjamín Julio. "Nuevas normas que modifican los procesos de alimentos". En: *Actualidad Jurídica.* Nº 181, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2008, p. 25.

(7) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen 2, Bosch, Buenos Aires, 1950, p. 303.

(8) No olvidemos que nuestro Código Civil reconoce a cuatro sujetos de derecho los cuales son entes a quienes el ordenamiento jurídico atribuye derechos y deberes, siendo estos cuatro los siguientes: El concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización colectiva no inscrita; pudiendo pensar en la posibilidad de considerar a un quinto sujeto de derecho que en palabras de Espinoza Espinoza vendría a ser la sociedad conyugal,

Constitución en el Título I [De la persona y la sociedad] y Capítulo I [Derechos fundamentales de la persona] en su artículo primero define "la defensa de la persona humana[9] y el respeto de su dignidad[10] son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Es bajo este principio constitucional que la persona está consagrada como un valor superior; y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues ese derecho constituye su proyección, resulta el de mayor connotación y se rige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos como son: la alimentación, vestimenta y todos aquellos derechos que permitan cumplir su proyecto de vida y en condiciones dignas.

El Dr. Alex Plácido Vilcachagua refiere: "Una de las fuentes de la obligación alimentaría es la ley que establece dicha obligación, por diversos motivos, pero tienen un mismo fundamento ético"[11]: el deber de señalarse que los alimentos respecto de los hijos menores de edad, tiene un concepto amplio, previsto en el artículo 472 del Código Civil y en el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes y que dicho Código señala como personas obligadas a prestar alimentos a los padres[12].

---

pero entrar a tallar en este tema es otra historia. De estos sujetos de derecho tengamos en cuenta que según nuestro Código de Niños y Adolescentes establece que niño es todo ser humano desde su concepción hasta los 12 años, por lo que el concebido también puede solicitar se le otorgue una pensión alimentaria.

(9) Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona, no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección adecuada. Cualquiera que fuese el medio en el que se desenvuelva o se desarrolle la persona, no se le puede atropellar en sus derechos esenciales exponiéndola a riesgos o perjuicios innecesariamente ocasionados por las propias personas, por las organizaciones colectivas que los conforman, o por el propio Estado en cualquiera de sus corporaciones. [STC Exp. Nº 01006-2002-AA, 28/01/03, S2, f.j. 2d]. En: AA.VV. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 35.

(10) Como principio y derecho; la dignidad de la persona humana se configura como un principio-derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. (STC Exp. Nº 00044-2004-AI, 18/05/2005, P, f. j. 32).

(11) La otra fuente de la obligación alimentaria es la voluntad. En este caso y sin estar obligadas por la ley, las personas se la imponen por pacto o por disposición testamentaria; basándose, siempre, en el mismo fundamento ético. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 349.

(12) La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclamó que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación". Así también, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) elaboró estos conceptos más plenamente, haciendo hincapié en "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí

Así pues, es el artículo 472 del Código Civil el que contempla la definición de los alimentos, al señalar que: "Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo". Asimismo, de acuerdo a lo normado en el artículo 92 del Código del Niño y de los Adolescentes, se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. El jurista Escriche, citado por Barros Errazuriz, sostiene que los alimentos "son las existencias que se dan a alguna persona para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud"(13).

Es por ello que la obligación alimentaría constituye un deber jurídicamente impuesto a una persona de atender la subsistencia de otra (entiéndase este derecho vital y de urgencia).

Siendo los alimentos un derecho fundamental no podemos dejar de mencionar lo establecido en nuestra Constitución Política del Estado, la cual señala en su artículo 6 que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; asimismo, que todos los hijos tienen iguales deberes y derechos. A través de esta norma constitucional podemos apreciar que la obligación alimentaría de los padres, es de primer orden para con sus hijos, por lo cual no se puede poner en peligro la subsistencia de un menor ante una duda, ya que los alimentos es un derecho indisponible para el menor. Con ello nos queda claro que por intermedio de los alimentos, se van a llegar a cubrir lo necesario para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y tratándose de menores su educación y recreación.

Ahora para el padre que considere no serlo, en caso de que tenga indicios o sospechas de que está brindando o prestando alimentos a quien no es su hijo, (es sencillo) puede solicitar la aplicación de una prueba

y su familia, incluso la alimentación", y especificando "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre".

(13) BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Volumen IV, cuarta edición, Nascimento, Santiago de Chile, 1931, p. 311.

genética, y en caso esta resulte negativa quedará exento de prestar alimentos. Pero la realidad hace presumir que algunos mal llamados "padres" sin tener la imperiosa necesidad de realizarse la prueba de ADN (pues saben que el menor es su hijo), simplemente se niegan y como criollamente se dice "yo no fui".

II. CARACTERÍSTICAS

El artículo 487 del Código Civil versa acerca de los caracteres del derecho de alimentos y establece que el derecho de pedir alimentos es:

a) Intransmisible: Esto impide que el derecho a los alimentos pueda ser objeto de transferencia o cesión por actos entre vivos. Tengamos en cuenta el artículo 1210 del Código Civil, el cual establece que la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la naturaleza de la obligación(14).

b) Irrenunciable: Lo cual afecta el derecho a los alimentos, no al cobro de las pensiones ya devengadas(15). De ello, se infiere la imprescriptibilidad del derecho alimentario, aunque estén sujetas a prescripción las pensiones devengadas y no percibidas durante dos años, de acuerdo con el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil(16).

c) Intransigible: Está referido al derecho a pedir alimentos. Establece el Dr. Alex Plácido que se trata de un derecho personal con contenido patrimonial. Sobre esta característica el Dr. Peralta Andía refiere que el derecho alimentario no puede

(14) **Código Civil**
Artículo 1210.- Ineficacia de la cesión: La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.
El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.

(15) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob cit., p. 349.

(16) **Código Civil**
Artículo 2001.- Plazos prescriptorios de acciones civiles: Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: (…)
4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.

ser objeto de concesiones recíprocas, para poner fin a una relación jurídica familiar[17]. Sin embargo, la pensión de alimentos –la manifestación patrimonial concreta del derecho– sí es transigible y, preferentemente, es materia de conciliación por el carácter relativo de la cosa juzgada en este caso[18].

d) Incompensable: Porque la subsistencia humana no puede trocarse por ningún otro derecho, ni puede extinguirse recíprocamente las obligaciones alimentarias[19]. Tengamos en cuenta lo dispuesto en el artículo 1290 del Código Civil[20].

Habiendo hecho mención de los caracteres comprendidos en nuestro ordenamiento jurídico, creemos necesario agregar lo considerado por la doctrina extranjera en lo que respecta a características del derecho de alimentos; para ello tengamos en cuenta al jurista Barassi, quien señala las siguientes:

> "Reciprocidad: Las personas a quienes la ley impone el deber de prestar alimentos, tienen también el derecho a recibirlos, si concurren los presupuestos legales;
>
> Origen legal: La obligación de prestar alimentos es de origen legal, y por ello recae únicamente sobre las personas señaladas en la ley;
>
> Necesidad actual: El derecho de alimentos se concede para atender al sostenimiento de las personas que se encuentren en una necesidad presente o futura; *in praeteritum non vivitur*. Por ello tal derecho no puede pedirse en virtud de una necesidad ya pasada (…).

(17) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. cit., p. 500.
(18) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit. p. 351.
(19) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. cit., p. 500.
(20) **Código Civil**
Artículo 1290.- Prohibición de la compensación. Se prohíbe la compensación:
1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.
2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.
3.- Del crédito inembargable.
4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.

> Carácter social: El derecho de alimentos tiene sus fundamentos en el interés de la sociedad en la conservación de la vida de los individuos (…).
>
> Los alimentos serán proporcionados a las necesidades del alimentista (es decir, a lo que sea preciso para su subsistencia, según su condición social) y a las condiciones económicas del obligado a suministrarlos (…).
>
> Los alimentos pueden suministrarse (…) en dinero o en especie"[21].

III. LOS ALIMENTOS COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Este es un derecho con rango internacional, lo cual no podemos dejar de mencionar, es así que toda persona tiene reconocido su derecho a la alimentación por ser este uno de los derechos económicos, sociales y culturales determinados por la comunidad internacional. Esos derechos se encuentran garantizados de forma genérica en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el derecho a la alimentación queda específicamente recogido en el artículo 25, "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"[22]. "El derecho de toda persona a tener acceso a, alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre".

(21) BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen I, Bosh, Barcelona, 1955, pp. 324-326.

(22) **Declaración Universal de los Derechos Humanos**
Artículo 25
Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

"Las Naciones Unidas ha establecido el acceso a una alimentación adecuada como un derecho individual y de responsabilidad colectiva. La Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 proclamó: 'Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, y el bienestar y en especial la alimentación' e esfuerzo y de gastos".

De lo acotado, se entiende consecuentemente que el derecho al alimento es un derecho fundamental de la persona porque simplemente sin los alimentos adecuados, las personas no pueden llevar una vida saludable, activa y con proyección futura positiva. Asimismo, no pueden atender y cuidar a su prole y, por lo tanto, la futura generación no puede aprender a leer, escribir y desarrollarse normalmente, es decir, el amparo de la institución de los alimentos significa amparar el futuro del ser humano. "El derecho humano a la alimentación"(23) apunta sobre todo a una alimentación adecuada. Actualmente el derecho a los alimentos atraviesa la totalidad de los derechos humanos, su satisfacción es esencial para combatir la pobreza, de ahí la preocupación de todos los pueblos del mundo de luchar contra el hambre y por ende la preocupación constante de nuestro país para que desaparezca el hambre de los niños y por ello el Congreso de la República emite leyes para que los niños y adolescentes tengan con un trámite más ágil los alimentos que sus progenitores les niegan debido a su irresponsabilidad"(24).

IV. EL PROCESO DE ALIMENTOS

Los procesos de alimentos, teniéndose en cuenta sus diversas figuras procesales o modalidades como es la de fijación, aumento, reducción, exoneración, extinción, prorrateo, etc., son aquellos más comunes y numerosos en los distintos distritos judiciales (pero son los que menos atención se les presta) de nuestro país, siendo entre ellos los más

(23) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas define el derecho a una alimentación adecuada estableciendo que este derecho se ejerce "cuando todo hombre, mujer, niño o niña, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada y a los medios para obtenerla".

(24) El derecho razonamiento jurídico del derecho alimentario. En: <http://vinculando.org/documentos/el_razonamiento_juridico_del_derecho_alimentario.html>.

frecuentes los casos en los cuales quienes reclaman alimentos son los hijos extramatrimoniales.

Las causas del gran incumplimiento de la obligación alimentaría son de diversa índole, tales como[25]:

1. El deterioro de la relación paterno-filial cuando no hay convivencia entre los progenitores.
2. La falta de certeza y sentido de responsabilidad de los padres.
3. La posibilidad económica del obligado.
4. La insuficiencia de la madre para hacerse cargo por sí sola de la alimentación del hijo, entre otros.

Dichos factores hacen que el no cumplimiento de la obligación alimentaría sea más que un problema jurídico, se considera un problema de carácter socioeconómico. No podemos olvidar que esta institución fija la relación obligacional alimentaría, determinando al acreedor y deudor alimentario y las condiciones en las que opera el Derecho.

Ya se había mencionado en párrafos precedentes que la principal fuente de la obligación alimentaria la encontramos en la ley y descansa en el vínculo parental. Es importante mencionar que, por excepción, la ley obliga a darse alimentos entre personas extrañas entre sí, personas sin parentesco alguno, como podrían ser los hijos alimentistas; de igual manera se considera como una segunda fuente a la voluntad, la cual se podría ver reflejada por ejemplo cuando se establece la obligación alimentaria por legado.

Sobre los requisitos para dar origen a la obligación alimentaria, se debe tener en cuenta el artículo 481 del Código Civil, el cual establece que: “Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente

(25) El razonamiento jurídico del derecho alimentario. En: <http://vinculando.org/documentos/el_razonamiento_juridico_del_derecho_alimentario.html>.

a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. En este sentido no se podrían exigir alimentos en desmedro de las necesidades del demandado".

Así, pues, expliquemos estos requisitos establecidos por ley, teniendo en cuenta lo considerado por el Dr. Alex Plácido[26]:

- El estado de necesidad se traduce en una indigencia o insolvencia que impide la satisfacción de los requerimientos alimentarios. Respecto de los menores de edad se presume *iuris tantum* el estado de necesidad. Con relación a los mayores de edad, aunque el que solicita los alimentos, careciere de medios económicos, pero está en condiciones de obtenerlos con su trabajo, no procederá fijar a su favor una cuota alimentaria. Debe, pues, justificarse en forma alguna hallarse, por razones de salud u otra circunstancia, impedido de adquirir los medios de subsistencia con su trabajo personal. No bastará invocar la falta de trabajo, sino que habrá de acreditarse la imposibilidad de obtenerlo, sea por impedimentos físicos, por razones de edad o de salud, etc. Así, por ejemplo, el artículo 350 del Código Civil establece que: "Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel".

- Las posibilidades económicas están referidas a los ingresos del obligado a dar alimentos. La carga de probar los ingresos del alimentante pesa, en principio, sobre quien reclama alimentos. Sin embargo, no se exige investigar rigurosamente el monto de los ingresos (artículo 481 del Código Civil). A partir de esta consideración legal, no es necesario una prueba acabada de cuáles son esos ingresos, pues existen situaciones en que por la índole de las actividades que desarrolla el obligado, resulta muy dificultosa esa prueba, y en tales casos, debe estarse a lo que resulte de la indiciaria, valorando el patrimonio

(26) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit., pp. 352-354.

del alimentante –aunque sus bienes no produzcan rentas–, su forma de vivir, su posición social y sus actividades.

Por ejemplo, si se trata de un profesional, cabe presumir, salvo prueba en contrario, un nivel de ingresos acorde con el ejercicio de la profesión, tomándose en cuenta además los bienes que posee, la existencia de créditos personales, la vida que desarrolla, considerando para ello la utilización de tarjetas de crédito, clubes, restaurantes y sitios de esparcimiento a los que concurre, nivel de los negocios donde compra su ropa, lugares donde veranea, etc.

Tratándose de obligados que tienen ingresos fijos, resulta conveniente no establecer la pensión de alimentos en una suma de dinero determinada, sino sobre la base de un porcentaje de esos ingresos, a efectos de evitar que, por causa de la continua depreciación monetaria, la cuota se desactualice exigiendo la promoción de un proceso de incremento.

A estos requisitos planteados por Alex Plácido, se le pueden sumar dos requisitos más, siguiendo los estudios del Dr. Peralta Andía, estos requisitos serían[27]:

- Norma legal que establezca la obligación, para ejercer el derecho de alimentos es evidente que tenga que existir una regla genérica positiva que ordene la prestación; generalmente, a consecuencia de los vínculos familiares existentes entre acreedor y deudor y, por excepción, entre personas extrañas.

  Empero, debe aclararse que no todos los familiares tienen derecho o están obligados a prestar alimentos, ya que entre ellos existen prelaciones y también limitaciones. Si no existiera una norma legal que establezca la obligación alimentaria es indudable que el alimentista (acreedor), no tendría fundamento o base legal para accionarla.

- Proporcionalidad en su fijación, la obligación alimentaria también supone, por una parte, la existencia de una norma legal que la establezca y, por otra, dos personas: una, que se halle

(27) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. cit., pp. 515-517.

> en estado de necesidad y, otra, que disponga de recursos suficientes como para hacer frente a ella. Pero, además, implica que su regulación se establezca en una suma determinada o fijada en un porcentaje de acuerdo con los ingresos o remuneraciones del obligado.
>
> Los alimentos se incrementan o reducen según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarlos.

Este requisito explicado por el Dr. Peralta contiene ciertos puntos trabajados por Plácido cuando este explica sobre las posibilidades económicas del demandado, por lo que se ha querido tener en cuenta a ambos autores para hacer, en este punto, un pequeño trabajo de integración y comparación.

Dentro del proceso de alimentos, pueden suceder diversas situaciones, así, por ejemplo, estos pueden pasar por la fijación, reducción o aumento, por la exoneración, por la cesación, extinción, etc.; sobre estos trataremos brevemente a continuación:

> "La cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor; no siendo necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos (artículo 481).
>
> Sobre la pensión que fije la sentencia esta debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. Comienza a correr a partir del día siguiente de la notificación de la demanda"[28].

Sobre "los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y las posibilidades del que hubiere de satisfacerlos (artículo 482).

(28) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit., pp. 354-355.

Así, pues, es importante conocer que la sentencia que establece la pensión de alimentos no produce cosa juzgada material, y por lo tanto puede ser modificada posteriormente si varían las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta al pronunciarla.

El pedido de reducción o incremento no interrumpe la percepción de la cuota fijada hasta que se pronuncie la sentencia en el proceso promovido. Sin embargo, esta producirá sus efectos a partir del día siguiente de la notificación de la demanda. En consecuencia, procederá la devolución de las cantidades que se hayan recibido, más sus intereses legales. A esta conclusión se llega de la concordancia de los artículos 568, 569 y 571 del Código Procesal Civil"[29].

Ahora bien, la pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimentan las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarlas. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente, según las variaciones de dichas remuneraciones. Así lo establece el artículo 482 del Código Civil[30].

> "Sobre la exoneración, esta se procede si disminuyen las posibilidades del obligado de modo que no pueda atenderlos sin poner en peligro su propia subsistencia o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad (artículo 483).
>
> El pedido de exoneración no interrumpe la percepción de la cuota fijada hasta que se pronuncie la sentencia en el proceso promovido, sin perjuicio de la medida cautelar no innovativa que se pueda solicitar. Sin embargo, la sentencia producirá sus efectos a partir del día siguiente de la notificación de la demanda. En consecuencia, procederá la devolución de las cantidades que se hayan recibido, más sus intereses legales.

(29) Ibídem, p. 355.
(30) GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima, 2008, p. 418.

> A esta conclusión se llega de la concordancia de los artículos 568, 569 y 571 del Código Procesal Civil"[31].

Se puede disgregar el artículo 483 del Código Civil que prescribe lo relativo a la exoneración de la obligación alimenticia de la siguiente manera:

- El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.
- Tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, esta deja de regir al llegar aquellos a la mayoría de edad.
- Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.

Y sobre la cesación de los alimentos podemos tener en cuenta la opinión de Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez:

> "[L]a obligación alimentaria cesa por:
>
> a) Dejar de necesitarlos el acreedor.
>
> b) Injuria, falta o daños graves inferidos por el acreedor a quien debe proporcionárselos.
>
> c) Que la necesidad de los mismos dependa de la conducta viciosa o falta de dedicación al trabajo por parte del acreedor alimentista.
>
> d) Que el acreedor abandone, sin causa justificada, el hogar al cual ha sido incorporado.
>
> e) Que el menor deje de serlo al llegar a la mayoría de edad, y los obligados a alimentarlo sean los hermanos o parientes colaterales.

(31) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit., p. 355.

> Debe hacerse notar que si desaparecen las causas por las que haya cesado la obligación alimentaria, esta puede restablecerse. Así ocurre si el deudor adquiere bienes o el acreedor pierde los que tenía y vuelve a tener necesidad de los alimentos, o bien cuando cesa la conducta viciosa y persiste la necesidad. Lo contrario sucede cuando la causa es la injuria o el abandono del hogar en el que ha sido acogido el acreedor alimentista"(32).

> "El Código Civil contempla casos de cesación automática de la prestación alimentaria. Así, el segundo y tercer párrafo del artículo 483, modificados por la Ley N° 27646, establece expresamente que, tratándose de los alimentos fijados judicialmente que estuviese pasando el padre o la madre a sus hijos menores de edad, la pensión de alimentos deja de regir al llegar aquellos a la mayoría. Sin embargo, continuará, solo si los hijos lo solicitan en cuando: a) subsistiese el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas, o b) estuviese siguiendo una profesión u oficio exitosamente. Igualmente, el artículo 350 se refiere a la cesación automática de los alimentos entre marido y mujer, por el divorcio, pudiendo continuar si es solicitado por el alimentista y se presentan las circunstancias expresamente señaladas en los párrafos segundo, tercero y cuarto del citado artículo 350. Adicionalmente, este mismo artículo contiene otro supuesto de cesación automática: cuando el excónyuge alimentista contrae nuevas nupcias"(33).

Finalmente, la obligación de dar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista (artículo 486 del Código Civil).

El Código Civil de 1936 establecía que, tras la muerte del alimentista, el obligado debía abonar los gastos funerarios; pero el Código

(32) BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Harla, México D.F., 1994, p. 311.
(33) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit., pp. 355-356.

Civil actual de 1984 establece que en este caso serán los herederos del alimentista quienes estén obligados a pagar dichos gastos funerarios[34].

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Muchos de nosotros en algún momento hemos escuchado decir: "Los niños son el futuro de nuestro país"; pero, ¿eso es correcto? y la pregunta que nos hacemos es: ¿qué se hace por ellos? Sobre todo en los procesos judiciales de índole alimentario, donde se requiere de mayor beneficio para el menor o recurrente alimentario. Por ello, el interés superior del niño 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 cómo lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño[35], niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad[36]. Pues bien, el ordenamiento nacional e internacional consagra el principio de interés superior del niño y otorga una protección especial a los niños y adolescentes. La Constitución Política del Perú también reconoce una protección especial al niño y al adolescente en el artículo 4. Además, establece en el artículo 6, como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable; el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como la igualdad de los hijos sin considerar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación. El Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que: "En toda medida concerniente al niño y

(34) **Código Civil**
Artículo 486.- Extinción de alimentos: La obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728. En caso de muerte del alimentista, sus herederos están obligados a pagar los gastos funerarios.

(35) Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de setiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Chile ratificó la CDN con fecha 13 de agosto de 1990.

(36) **Artículo 1:** "Para los 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". De igual manera es pertinente mencionar que nuestro Código de Niños y Adolescentes en su artículo I del Título Preliminar considera que niño es todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

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".

Con todo, en ambos casos, uno de los principios rectores(37) en materia de derechos del niño y adolescente es el principio del interés superior del niño. La medida, a la que se hace referencia, debe ser especial en tanto que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso, sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Además, la atención debe ser prioritaria, pues el interés superior del niño y del adolescente tiene preferencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

Asimismo, es importante señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño(38), que en su artículo 2 establece que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de (…) las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

(37) 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 aquellos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. <http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf>.

(38) El itinerario internacional del reconocimiento de los derechos del niño se acentúo desde la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc. Así, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Estado peruano mediante Decreto Ley N° 25278 del 04/08/09.

En el artículo 3 del mismo texto internacional mencionado en párrafo precedente, se establece también que 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. Además, se establece que 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.

"Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades"(39). En el año pasado, nuestra legislación nacional tuvo la valiosa necesidad de hacer cumplir lo que por derecho y en nombre del menor le corresponde; el cumplimiento de la obligación alimentaría es de índole supranacional(40). La relación [padre - hijo] trasfiere la calidad de relación asistencial a través de una prestación (alimentaría) que asegure la subsistencia del pariente necesitado. Esta relación, de naturaleza netamente asistencial, se ampara bajo el principio de solidaridad familiar ante las contingencias que pueden poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le

(39) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto 56.

(40) Lima 28 de junio de 2012. En conferencia de prensa ofrecida luego de la sesión del Consejo de Ministros, Jiménez Mayor calificó la medida como un "claro mensaje" que el Gobierno quiere enviar a tantos hombres irresponsables que no cumplen con la asistencia familiar a sus hijos y esposas.
"En otros gobiernos un tema de extradición por esta razón no hubiera sido importante pero para este gobierno sí lo es porque queremos dar una señal clara a los padres de que deben cumplir sus obligaciones", remarcó.
Agregó que se está pidiendo a España la repatriación de esta persona, cuya identidad no reveló, para que sea juzgada en nuestro país por el delito de omisión de asistencia alimentaria.
El titular de Justicia sostuvo que el cumplimiento de las obligaciones familiares es muy importante y que en el país hay miles de juicios en curso por esa razón y que se busca que ese problema se revierta. Noticia publicada en: <http://peru.com/2012/06/28/actualidad/politicas/gobierno-pedira-espana-extraditar-peruano-no-pasar-alimentos-sus-hijos-noticia-72378>.

impide, circunstancial o permanentemente, procurarse para sí mismo los medios necesarios para vivir. Es por ello que la obligación de alimentos aparece en el núcleo familiar, como manifestación de la *aequitas*, de la *pietas*, de la *naturales ratio*, de la *caritas consanguinis*, de la solidaridad; en suma, que liga a aquellos que tienen de común el nombre, la sangre y los efectos. El principal fundamento de los alimentos está, pues, en el derecho a la vida. Azula Camacho considera que los alimentos "consisten en una cantidad de dinero que una persona debe dar a otra para que esta pueda atender a su subsistencia (necesarios) o para que viva de acuerdo con su posición social (*congruos*)". Dentro de la relación paterno-filial es una obligación de padres derivada de la patria potestad que se fundamente en el principio de solidaridad familiar y compromiso social. Cuando la norma se refiere a la posibilidad de quien debe darlos no se refiere única y exclusivamente al demandado, sino también a la parte demandante en mérito de que los alimentos es una obligación conjunta, independiente y personal de cada uno de los padres; debiendo satisfacer a plenitud las necesidades existenciales del accionante, manteniendo una vida de modo compatible con su condición social; es decir, continuar con un mismo patrón de vida.

Muy cierto es lo establecido por Enrique Varsi Rospigliosi, en el sentido de que no debe entenderse los alimentos como una sanción al alimentante, sino debe considerar el ineludible trinomio consagrado en el artículo 481 del Código Civil, es decir, la necesidad, posibilidad y proporcionalidad y no limitarse al clásico binomio compuesto de los dos primeros.

Así también, la jurisprudencia es unánime en concebir el derecho a los alimentos como impostergable, lo que conlleva consignarle a los alimentos un fundamento ético sobre el cual se fundamenta legislativamente este derecho, como es el deber de asistencia y solidaridad familiar hacia quienes no están en condiciones físicas o mentales de atender su propia subsistencia, existe a la fecha abundante jurisprudencia como las expedidas en el Auto Nº 97. Exp. Nº 1996-807, emitido por la Primera Sala Civil de Lambayeque: "El derecho alimentario forma parte inevitable, esencial del derecho constitucional al libre desarrollo y bienestar de la persona humana y sin perjuicio de tenerse en debida cuenta que el derecho de pedir alimentos es irrenunciable, tal y conforme lo

establece el artículo 487 del Código Civil"; en consecuencia, la pensión de alimentos que fija la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación.

CONCLUSIONES

- Por alimentos debemos entender a todo aquello que sea necesario para atender la subsistencia de la persona natural, es decir, aquello que es indispensable para lograr el desarrollo integral del niño o adolescente, sin olvidar que los mayores de edad también pueden demandar alimentos en las circunstancias establecidas por ley.
- La atención de los jueces en lo concerniente al derecho de alimentos debe ser prioritaria, pues estos son parte del interés superior del niño y del adolescente; recordemos que este principio tiene protección estatal otorgada por nuestra Constitución Política.
- Actualmente, el supuesto por el cual cuando se trata de un menor cuya filiación no está determinada, el único obligado a prestar alimentos es la persona que mantuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, puede ser destruido utilizando una prueba de ADN, esto teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 402, inciso 6 del Código Civil.

Muchas conclusiones se pueden rescatar de un tema como este y seguro nos quedamos cortos, pero lo que sí hay que tener en cuenta es que el proteger y amparar el derecho alimentario es proteger y mirar con esperanzas nuestro futuro como nación.

Derecho de alimentos para el mayor de edad

Amalia Magdalena GÓMEZ GUEVARA(*)

INTRODUCCIÓN

Generalmente el tema del derecho a alimentos es abordado para analizar el derecho que tienen los menores de edad, que por su propia naturaleza se ven imposibilitados física y mentalmente para satisfacer sus necesidades básicas. Gran parte de la población en nuestro país conoce que los hijos menores de edad tienen derecho a recibir de los padres una pensión alimenticia, pero pocas veces se difunde y se analiza el derecho que tienen los mayores de edad a percibir la misma, esta población es especialmente vulnerable cuando una pareja se divorcia o termina su relación convivencial, dado que la ruptura generalmente tiene repercusiones en la situación financiera o económica de ambas partes.

El presente artículo encuentra su motivación en analizar bajo qué supuestos un hijo mayor de edad podrá conseguir el reconocimiento de su derecho y el amparo de este, dentro de nuestra legislación.

El tema será abordado de manera doctrinaria y citando algunos referentes judicializados a fin de tener un espectro más amplio.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Docente en las universidades privadas de la ciudad de Piura a nivel de pregrado y posgrado. Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo.

Corresponde ahora realizar unas pequeñas precisiones conceptuales en torno los temas invocados, haciendo la salvedad que no vamos a incidir sobre el derecho alimentario de menores, por cuanto el presente análisis está centrado en el derecho a alimentos de los mayores de edad.

I. DERECHO A ALIMENTOS

1. Concepto

Es un derecho que implica todo aquello que le permite al beneficiario alimentista satisfacer sus necesidades básicas (alimentos, educación, vivienda, transporte, vestido, asistencia médica, esparcimiento, etc.), es inherente a la persona y es, por lo tanto, un derecho imprescriptible, ello significa que quien tiene derecho a estos, no los perderá aunque pase el tiempo sin haberlos reclamado, pues "el fundamento de la imprescriptibilidad del derecho a los alimentos radica en que se trata de un derecho que nace y se renueva en forma permanente, ya que diariamente se modifican las necesidades del alimentado"[(1)]. Es decir, los alimentos es todo lo necesario para la subsistencia y poder llevar una vida digna, constituye un supuesto de las denominadas "obligaciones periódicas", que son aquellas que naciendo de una causa o antecedente único, brotan o germinan por el transcurso del tiempo, importando así a cada una de las cuotas una deuda distinta. Quien tiene derecho a los mismos, aunque no los reclame por largo tiempo, no pierde ese derecho, ya que la acción por alimentos no se funda en necesidades pasadas sino en las actuales del alimentado.

El artículo 472 del Código Civil lo define como: "lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo".

(1) BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, sexta edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, citado por BELLUSCIO, Claudio. *La prestación alimentaria. Régimen jurídico: Aspectos legales, jurisprudenciales, doctrinales y prácticos*. Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 62.

Como sabemos, la obligación alimenticia se funda en la filiación; es decir en la relación paternofilial derivada del acto natural de la procreación, no solo deriva de la patria potestad, por lo que aun cuando los padres hayan sido privados de esta, la obligación respecto a los alimentos se mantiene(2).

2. Características del derecho a alimentos

Algunas características de este derecho son:

a. Es un derecho personalísimo: El derecho a pedir alimentos es inherente a la persona, por tanto solo el alimentario tiene derecho a disfrutarlos. Por ello no puede trasmitirse ni por acto entre vivos, ni por causa de muerte; se dice entonces que es inalienable, esto es que no puede ser vendido, ni cedido de modo alguno. Este carácter hace que el derecho alimentario esté fuera del comercio.

   El maestro Cornejo Chávez(3), manifestaba que se trata de un derecho personalísimo, porque está dirigido a garantizar la subsistencia del titular del derecho en cuanto subsista el estado de necesidad, además, este derecho no puede ser objeto de transferencia inter vivos ni de transmisión mortis causa.

b. Es de orden público: Quiere decir lo anterior que el derecho a pedir alimentos hace parte de ese conjunto de principios fundamentales en que se cimienta la organización social.

c. Es irrenunciable: Por ser de orden público se prohíbe la renuncia al derecho alimentario. Este derecho a pedir alimentos se haya tutelado, aun contra la voluntad del titular.

d. No es cesible: Los alimentos futuros tampoco pueden cederse, lo que es consecuencia de ser un derecho inherente a la persona.

(2) Cfr. BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico de los alimentos. Cónyuges, hijos menores y parientes: Aspectos sustanciales y procesales*. 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 191.

(3) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 575.

e. Es incompensable: Porque el que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba al él, toda vez que los alimentos están llamados a satisfacer necesidades actuales.

f. Es inembargable: No podrá embargarse derechos personales e intransferibles.

g. Es imprescriptible: El derecho a reclamar alimentos es imprescriptible en razón de que la obligación alimentaria se renueva día a día en la medida en que nacen diariamente las necesidades del alimentario.

h. Es conciliable: La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, llamado conciliador.

Así, el derecho a pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible, incompensable y se extingue por la muerte del alimentante o del alimentista; además la pensión alimenticia es inembargable, determinable, variable y circunstancial.

Reconociéndose, entonces, que el deber alimentario paterno (referido a ambos padres) y, por extensión, a los responsables financieros del beneficiario de los alimentos, constituyen uno de los elementos de mayor incidencia en el desarrollo personal y se exige que tal conducta legal debe ser constantemente observada por los organismos de tutela y ser requerida al responsable, cuando se evidencia una insuficiente o inexistente prestación.

Por ello, uno de los problemas que más inciden para frustrar o entorpecer el pleno desarrollo del futuro adulto, generalmente está constituido por la inobservancia paterna del deber de asistencia en su aspecto alimentario, aspectos de indudable trascendencia en atención a los requerimientos propios del sujeto alimentado, al tratarse de menores de edad y en razón de sus particularidades, en cuanto a la necesidad de conformar su evolución psicofísica.

II. DERECHO DE ALIMENTOS DEL MAYOR DE EDAD

María Franca[4] manifiesta que el derecho de alimentos derivado de la patria potestad tiene un límite, que es el acceso a la mayoría de edad del hijo, que hace cesar ipso iure la obligación de los padres de continuar con el pago de la cuota alimentaria. Pero, a pesar de lo mencionado, el hijo mayor de edad tiene derecho a reclamar alimentos, ya que, si bien se extinguió la patria potestad, la ley prevé los casos especiales en los cuales será procedente el pedido del hijo mayor de edad.

Dentro de esta concepción, se contempla al derecho alimentario como parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado; evidenciando que la obligación alimentaria paterna se asienta en el vínculo parental que existe con el hijo, en tanto tal prestación está comprendida entre las derivadas de dicha relación.

Bossert[5] manifiesta que el hijo que llega a la mayoría de edad tendrá derecho a reclamar alimentos, para cuya procedencia debe demostrar que no le es posible proveer al propio sustento y a la atención de las necesidades.

El artículo 473 del Código Civil, modificado por Ley Nº 27646, establece que "el mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, solo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir (…)", por lo que es preciso señalar que en el supuesto que un hijo mayor de edad, adicto al consumo de drogas, o alcohol, cuyos vicios lo redujeron a un estado de inmoralidad, indigencia y latente estado de necesidad tendrá derecho a una pensión que le brinde lo estrictamente necesario para subsistir, como acota la norma.

Por otro lado, el artículo 424 del mismo texto legal regula la prolongación de dicha obligación hasta la edad de 28 años en caso que estos

(4) *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*. Colegio de Abogados de la Plata. La Plata, N° 63, año 47, diciembre, 2007, p. 193.
(5) BOSSERT, Gustavo A. Ob. cit., pp. 51-52.

últimos sigan estudios de profesión u oficio en forma exitosa y de los hijos e hijas solteros que no puedan atender su subsistencia por causas de incapacidad física o mental comprobadas, pero es importante señalar que no solo la legislación interna protege a las personas con incapacidad, muestra de ellos es el artículo 18 del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador"(6).

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce el derecho alimentario de los hijos mayores de edad, planteando en el artículo 483 del Código Civil (exoneración de la obligación alimentaria) que "(...) si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente".

Por lo que de no darse los supuestos previstos, se exoneraría al obligado a cumplir con la pensión alimenticia.

El derecho de alimentos que tienen los hijos mayores de edad encuentra un complemento normativo en el inciso 2 del artículo 423 del Código Civil(7) que señala que es deber de los padres en el ejercicio de la patria potestad dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

Pasemos ahora a analizar cada uno de los supuestos por los cuales se podría otorgar una pensión alimenticia a un hijo mayor de dieciocho años:

1. Estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas

Respecto al primer supuesto, es importante hacer referencia a qué se denomina jurídicamente incapacidad.

(6) Que sobre protección de minusválidos señala que: "toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad".

(7) **Artículo 423.-**
Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:
(…)
2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
(…).

1.1. Incapacidad

Es la falta de aptitud jurídica para que la persona por sí misma pueda ejercitar las facultades que la ley le confiere, asumiendo deberes y contrayendo obligaciones.

Los supuestos de incapacidad que señala la norma son dos: física y mental.

Bajo este supuesto, la norma contempla que la incapacidad sean debidamente comprobadas, siendo que para acreditar en la práctica tal condición en la persona, debe ser certificada, certificación que lo realizan todos los Hospitales de los Ministerios de Salud, Defensa y del Interior y del Seguro Social de Salud (EsSalud), según el artículo 76 de la Ley N° 29973[8] siendo que la evaluación, calificación y certificación de las referidas incapacidades, son gratuitas.

2. Alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente

En este segundo supuesto, el artículo 424 del Código sustantivo prevé que: "(...) subsiste la obligación de proveer el sostenimiento a los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad (...)". Es decir, que para que el alimentista mayor de edad sea beneficiario de este derecho, deben concurrir los requisitos de que sea soltero y cursar estudios "exitosamente", además de que este derecho solo será hasta los 28 años de edad.

Respecto al término exitoso la Dra. Clara Mosquera[9] señala que el término exitoso debe ser dejado a criterio del juez, considerando que en este extremo debe considerarse como estudios exitosos aquellos en los cuales el alimentista ha alcanzado notas superiores al promedio.

Ahora, nos preguntamos: ¿Cuál sería el parámetro? ¿Qué rango comprendería lo superior al promedio?, al que hace alusión la Dra. Mosquera ¿Se tendría que tener en cuenta el estado socioeconómico de alimentista?

(8) Ley General de la Persona con Discapacidad.
(9) MOSQUERA, Clara. "El hijo alimentista mayor de edad: ¿puede exigir alimentos?" En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 85, año 11, Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2005, p. 113.

Porque como sabemos no todos los estudiantes son iguales, por lo general, un estudiante que no cuenta con el apoyo del obligado a prestar alimentos, tiene que trabajar y estudiar al mismo tiempo.

El caso de los puramente alimentistas en la legislación es muy diferente, dado que el artículo 415 del Código Civil señala que les corresponde "(...) una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años. La pensión alimenticia continua vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a la subsistencia por incapacidad física o mental (...)", pero el mencionado artículo no hace ninguna referencia a los alimentos por educación, en el caso de los "hijos alimentistas".

Creemos que, además de ser un derecho los alimentos para el hijo mayor de edad, los padres tienen una obligación moral de ayudar a la formación y al proyecto de vida de sus hijos, haciendo la salvedad que desde nuestro punto de vista, este derecho está referido a cursar estudios y no –como algunas veces se pretende en vía judicial– que su duración sea hasta la obtención del título: profesional o de instrucción superior; ya que el tiempo que demandaría tal hecho, puede extenderse indefinidamente en el tiempo.

Lógicamente, uno de los objetivos es que cada hijo mayor de edad pueda lograr una autonomía material y emocional, promoviendo así su integración a una sociedad cada vez más competitiva donde el que no cuenta, al menos, con un mínimo de capacitación tendrá que verse relegado a un segundo plano siéndole más difícil alcanzar una independencia familiar y económica y se encontrará expuesto a situaciones de riesgo que abundan en nuestro país.

2.1. Estudios exitosos o satisfactorios

Respecto a este acápite es preciso preguntarnos: ¿Existe un criterio objetivo en la legislación peruana para determinar si unos estudios son o no exitosos? ¿Qué implica el éxito a nivel académico? ¿A caso no estaríamos expuestos a una valoración subjetiva dependiendo del "criterio" del juzgador? ¿La "discrecionalidad" de los jueces no podrían poner en riesgo la continuidad de la formación profesional de los estudiantes mayores de edad? ¿Podrá influir en el análisis del "éxito" en el hecho de estudiar una carrera universitaria o técnica?

Para lo cual es preciso señalar que a nivel de la doctrina no existe un parámetro definido a fin de determinar cuándo un estudio es exitoso o satisfactorio, por citar algunos ejemplos, existen normas que hacen alusión a estos términos, como son:

- Artículo 34 del Decreto Ley Nº 20530, sustituido por disposición del artículo 7 de 28449, publicado el 30 de diciembre de 2004, que señala que establece que solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de 18 años del trabajador con derecho a pensión. Cumplida esa edad, subsiste la pensión de orfandad para los hijos que sigan **estudios de nivel básico o superior,** siempre que se curse estudios de modo satisfactorio y dentro del periodo regular lectivo.

- Artículo 52 del Decreto Supremo Nº 002-72-TR, reglamento del Decreto Ley Nº 18846 que señala que solo podía mantenerse la condición de pensionista de orfandad hasta antes que cumpliera dieciocho años o veintitrés años de edad, siempre que en este último caso siga con éxito **estudios profesionales**.

Y cuando algunas causas ameritan un pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano, este órgano no desarrolla doctrina al respecto, no establece parámetros, se limitan a hacer mención a los términos estudios "exitosos" o "satisfactorios", muestra de ello son:

- Sentencia expedida en el Expediente Nº 3526-2011-PA/TC[10], respecto de la pretensión del demandante declaró improcedente la demanda, señalando que las decisiones judiciales han ingresado al análisis acerca de la **forma –satisfactoria o no**– en que los estudios profesionales fueron cursados por el actor. Cuando no le correspondía demandar por haber superado la edad de veintitrés años.

- STC Exp. Nº 050-2004-AI/TC y otros acumulados, establece que solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de 18 años del trabajador con derecho a pensión. Cumplida esa edad, subsiste la pensión de orfandad para los

(10) Expedida el 19/01/2012 interpuesto por Manuel Miguel Turpo Cayo.

hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, siempre que se curse **estudios de modo satisfactorio** y dentro del periodo regular lectivo. Al respecto, "(…) el demandante pretende seguir percibiendo la referida pensión acreditando que está continuando sus estudios superiores de manera ininterrumpida; sin embargo, no ha cumplido con demostrar que está siguiendo sus estudios de manera satisfactoria, tal como lo exige la norma antes señalada".

- Sentencia expedida en el Expediente N° 00108-2010-PA/TC[11] en el que el peticionante por medio de un proceso de amparo solicita se le restituya la pensión de orfandad conforme al Decreto Ley Nº 20530, en la cual la emplazada contesta la demanda alegando que el actor no cumple con el requisito de seguir estudios **en forma satisfactoria** para continuar gozando de la pensión de orfandad y es declara infundada finalmente.

CONCLUSIONES

1. La obligación alimenticia se funda en la filiación; es decir en la relación paternofilial derivada del acto natural de la procreación, no solo deriva de la patria potestad, por lo que aun cuando los padres hayan sido privados de esta, la obligación respecto a los alimentos se mantiene.

2. El derecho a alimentos es un derecho personalísimo, de orden público, irrenunciable, no es cesible, incompensable, inembargable, imprescriptible y conciliable.

3. La incapacidad es la falta de aptitud jurídica para que la persona por sí misma pueda ejercitar las facultades que la ley le confiere, asumiendo deberes y contrayendo obligaciones.

4. Los supuestos de incapacidad que señala la norma son dos: a) física y b) mental.

(11) Expedida el 26/05/2010 interpuesto por Carlo Vidal del Pino del Prado.

5. El derecho a pensión alimenticia del mayor de edad en un caso está referido a cursar estudios y no –como algunas veces se pretende en vía judicial– que su duración sea hasta la obtención del título: profesional o de instrucción superior; ya que el tiempo que demandaría tal hecho, puede extenderse indefinidamente en el tiempo.

6. Queda claro que las personas mayores de edad beneficiados con una pensión alimenticia serían los incapacitados, las personas declaradas en estado de interdicción y por excepción los hijos mayores de dieciocho años que cursen estudios "exitosos o satisfactorios" sin importar su condición de hijo matrimonial o extramatrimonial.

7. No existe un criterio objetivo en la legislación peruana para determinar con claridad cuándo unos estudios son o no exitosos.

8. El término "éxito" académicamente hablando, conlleva rasgos de valoración netamente subjetivos.

9. Se tendría que denominar "exitoso" el simple hecho de estar estudiando en un centro superior de estudios con notas aprobatorias.

10. Ante la falta de parámetros y criterios claros respecto a la existencia de estudios exitosos o satisfactorios estaríamos expuestos a una valoración subjetiva dependiendo del "criterio" del juzgador.

11. La "discrecionalidad" de la cual gozan los jueces a nuestro entender podrían poner en riesgo la continuidad de la formación profesional de los estudiantes mayores de edad.

12. El análisis del "éxito" en los estudios debe referirse respecto a estudiar una carrera universitaria o técnica.

13. Respecto a las opiniones de que la valoración respecto al éxito en los estudios del mayor de edad sea basándose en considerar "las notas superior al promedio", creemos que resulta inviable, dado que no existe un promedio establecido.

14. Nuestra opinión es que podríamos considerar estudios realizados con éxito a aquellos que cumplen con aprobar los cursos o asignaturas establecidas para la conclusión de estudios universitarios o técnicos, para lo cual el juzgador deberá tomar en cuenta diversas circunstancias como por ejemplo: si el alimentista contó o cuenta con apoyo económico del obligado a prestar alimentos, si el futuro beneficiado con la pensión alimenticia trabaja y estudia al mismo tiempo, o en el peor de los casos repitió un ciclo académico por circunstancias laborales antes de solicitar una pensión alimenticia al obligado; porque como sabemos no todos los estudiantes tienen las mismas condiciones socioeconómicas, siendo que por lo general en nuestro país, un estudiante que no cuenta con el apoyo del obligado a prestar alimentos, tiene que trabajar y estudiar al mismo tiempo; por lo que dependerá de la condición de cada alimentista. Siendo este punto un tema totalmente debatible, creemos que todo aporte es necesario a fin de establecer futuros parámetros, de ser el caso.

La asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida del país

Juan Jesús WONG ABAD(*)

INTRODUCCIÓN

Una de la mayores preocupaciones que tiene nuestro ordenamiento jurídico es la de cumplir con la tutela efectiva del derecho de alimentos, con tal fin ha creado todo un número de instituciones, principios y reglas, entre las que destacan la "asignación anticipada de alimentos" y el "impedimento de salida del país"; las que cuando se relacionan han dado lugar a más de una discusión.

Esta situación se justifica debido a las implicancias constitucionales y procesales que guarda toda resolución judicial que dispone el aseguramiento de la asignación anticipada de alimentos mediante la ejecución de una medida de impedimento de salida del país y es que en tales circunstancias resulta un imperativo asegurar tanto la tutela efectiva del derecho de alimentos del beneficiado, como la mínima intervención posible a los derechos del obligado a prestarlos.

En el presente ensayo, analizaremos el "derecho de alimentos" como base de un derecho a una vida digna y a una realización personal

(*) Abogado. Fiscal Adjunto Superior Civil y Familia de Chincha.

que no solo le corresponde al beneficiario sino también al propio obligado. Luego, nos concentraremos en el proceso y veremos cómo se utilizan los principios del "debido proceso" y la "tutela efectiva" y, finalmente pasaremos a estudiar a las llamadas tutela anticipada –a la cual consideramos una consecuencia de la tutela ejecutiva– y tutela cautelar y sus posibles aplicaciones a las figuras de la "asignación anticipada de alimentos" e "impedimento de salida del país".

I. EL DERECHO DE ALIMENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

A través de distintos artículos de nuestra Constitución se señala al contenido del derecho de alimentos, el que no se limita al sustento básico para nuestra subsistencia orgánica, sino que por el contrario se extiende y se enriquece de su interrelación con los demás derechos básicos o fundamentales, es así que cuando nuestra Constitución en su artículo 1 nos señala que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", o, en su artículo 2.1 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 (...)" y, en el artículo 6 señala que: "(...) Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (...)", se puede comprender que el derecho de alimentos se encuentra en todo aquello que nos permite vivir dignamente como persona humana.

De esta forma, el derecho de alimentos encuentra su real dimensión en su interrelación con los demás derechos fundamentales, tales como: la vida, la dignidad, la protección de la familia, la educación, el vestido, la vivienda, el ocio, los servicios sociales, el bienestar, la salud y por supuesto con la alimentación misma.

A nivel de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro ordenamiento, ha sucedido algo semejante, pues para definir el derecho de alimentos nos debemos valer de lo dicho en distintos tratados tan generales como el de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como también en Convenciones más específicas, como resulta ser la referida a los Derechos de los Niños; es así, por ejemplo, podemos afirmar que cuando la Declaración Universal de Derechos

Humanos en su artículo 25.1 señala que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad", o cuando la Convención sobre los Derechos de los Niños, en su artículo 27 nos dice que: "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social", dejan entender que el derecho de alimentos tiene su razón de ser en la medida que sustente la realización de otros derechos fundamentales.

En cambio, a nivel legislativo, nuestro Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 92, establece de manera más precisa que: "Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del posparto".

Asimismo, el Código Civil en su artículo 472 contiene una definición legal de alimentos que señala: "Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo".

En resumen y dado el tratamiento otorgado por nuestro ordenamiento jurídico podemos definir al Derecho de Alimentos como aquel derecho que busca asegurar las necesidades básicas bio-psico-sociales del ser humano, bajo la exigencia de preservar la dignidad de la persona humana y ser sustento de su realización personal.

II. EL DERECHO DE ALIMENTOS Y AL DE LA REALIZACIÓN PERSONAL

Luego de haberse establecido la importancia del derecho de alimentos, nos queda responder cuáles son sus límites frente a los derechos de los obligados a prestarlos.

Para ello, debemos tener presente que al igual que concluimos que en la concepción del derecho de alimentos confluyen más de un derecho fundamental que asegura y permite a un proyecto de vida digno, en el derecho del obligado a prestarlos también encontramos tales características, siendo que frente al beneficiario de un derecho de alimentos tenemos a una persona con iguales derechos para la realización de una vida digna.

Por lo que más allá de las razones establecidas por el ordenamiento jurídico de quienes y del porqué se encuentran obligados a prestar alimentos, queremos analizar ¿cuál es el derecho que se afecta cuando se impone la obligación de prestar alimentos?

Al respecto, Cecilia Gonzales nos señala que: "El derecho alimentario, siendo de primer orden y debiendo ser interpretado además al amparo del principio del interés superior del niño y la niña, cuando de ellos y de ellas se trata, requiere muchas veces ser atemperado y equilibrado en atención al derecho fundamental del obligado(a) alimentario(a) a alcanzar una vida digna. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho a que la remuneración asegure una existencia conforme a la dignidad humana, unido ello al derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. Siendo así, como hemos señalado en un trabajo anterior, la obligación alimentaria regulada sin la necesaria ponderación de derechos entre el(la) obligado(a) y el(la) beneficiario(a) pueden llegar a frustrar las razonables expectativas de mejora en la calidad de vida de una persona o comprometer gravemente su tranquilidad y estabilidad material y espiritual"[(1)].

En tal sentido, es importante el parámetro que encontramos en el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño[(2)], el cual

(1) GONZALES FUENTES, Cecilia. "El derecho de Alimento desde la perspectiva de los derechos fundamentales y su aplicación en un mundo cambiante y globalizado". En: "Situación del Derecho Alimentario: Avances y Desafíos". En: <http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/2011-3.pdf>, visto el 24 de febrero de 2014.

(2) **Artículo 27:**
1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

consideramos, es aplicable a todos los supuestos donde se reconozca una obligación alimentaria, el que refiere que la obligación y, por ende la limitación a los derechos del obligado, será mucho mayor dada la situación de desamparo que sufra el beneficiario y, por tanto, de igual modo, mayor será el sacrificio de realización personal del obligado; siendo que el quántum de su obligación estará supeditada a las posibilidades y medios económicos con los que cuente.

En este orden de ideas, será necesario tener en cuenta las reglas de interpretación constitucional, para establecer los derechos del beneficiado a recibir alimentos, como también del obligado a prestárselos; por lo que las reglas de razonabilidad y proporcionalidad, nos serán muy útiles –como veremos más adelante– para obtener una sentencia justa y efectiva.

III. LA TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS Y EL DEBIDO PROCESO O EL DERECHO A UNA SENTENCIA EFICAZ POR MEDIO DE UN PROCESO JUSTO

En el mundo del proceso se ha desarrollado dos principios muy importantes, los que aseguran uno de los objetivos básicos de todo ordenamiento jurídico, como es, el resolver un conflicto respetando el derecho de las partes mediante una decisión que se cumpla efectivamente.

El primero de estos principios es la "tutela efectiva de derechos", que en palabras de Priori es: "(...) es el derecho constitucional que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela de una situación jurídica que se alega está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías,

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, que desplegará efectos vinculantes"[3].

Es así, la tutela efectiva de derechos nos reconoce el derecho a acceder a la administración de justicia en procura que se nos proteja de una amenaza o vulneración de los mismos, a través de un proceso justo, el que concluirá con una decisión que debe hacerse efectiva.

Sobre esto último, al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 4119-2005-AA/TC lo ha detallado de la siguiente manera: "64. Tal como lo ha manifestado este Tribunal, el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en nuestra Constitución (artículo 139, inciso 3). Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la "efectividad" de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución (...)".

En tal sentido, Priori, nos dice: "Luego de haber accedido libremente a la justicia, y luego de obtener una sentencia fundada en derecho a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, es preciso que la sentencia se haga efectiva. Siendo ello así, podemos afirmar que una sentencia será efectiva cuando, luego de que dicha sentencia ha sido obtenida como consecuencia de un debido proceso, el mandato judicial que ella contiene es realmente cumplido por las partes"[4].

Sin embargo, tal como nos indica el Tribunal Constitucional, en la sentencia citada[5], el derecho a la ejecución de las sentencias tiene límites,

(3) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. ARA Editores, Perú, 2009, p. 71.

(4) Ibídem, p. 80.

(5) "**4.1. Límites del derecho a la ejecución de las sentencias**
66. No obstante, es necesario precisar que si bien el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales es un derecho fundamental, no es un derecho absoluto en su ejercicio. Por ello, en un Estado Constitucional y Democrático el ejercicio de los derechos fundamentales debe ser armonizado tanto con el ejercicio de otros derechos igualmente fundamentales, así como con los valores y principios constitucionales reconocidos en nuestra Constitución.

los que pueden ser divididos en formales –cuando la propia Ley así lo disponga– y, sustanciales cuando se debe respetar el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 200 de la Constitución.

Por otro lado, el "debido proceso" tiene su origen en el derecho anglosajón y en él, encontramos dos aspectos, uno sustantivo y otro adjetivo, el primero referido a la protección de los derechos fundamentales de las partes mediante la aplicación de los estándares de justicia y razonabilidad y el segundo al respeto de las garantías procesales que protejan tales derechos fundamentales.

Por su parte, Alarcón nos dice que el debido proceso sustancial: "(...) exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive sean justos, es decir sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez"(6).

En cuanto a la dimensión formal del debido proceso, Castillo Córdova nos precisa: "En lo que respeta a la dimensión formal, el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido. En este sentido, esta dimensión procedimental tiene que ver con las formalidades estatuidas en un proceso, y supone tomar en consideración "las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimientos preestablecido, derecho defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.).

De ahí que las limitaciones a su ejercicio puedan provenir del ejercicio de otros derechos y de la propia actividad legislativa en el afán de preservar también la protección de otros bienes constitucionales.
67. En este sentido, este Colegiado ha establecido cuando menos dos límites a las restricciones de los derechos fundamentales. En primer lugar, un límite formal, en el sentido de que toda restricción a los derechos fundamentales solo puede realizarse mediante ley del Congreso (principio de legalidad de las restricciones) y, en segundo lugar, un límite sustancial, en la medida en que las restricciones de los derechos fundamentales deben respetar el principio de proporcionalidad consignado en el artículo 200 *in fine* de la Constitución".

(6) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El derecho fundamental a un proceso justo - llamado también debido proceso". En: <http://www.isdeh.org/pdf/El_derecho_fundamental.pdf>, visto el 13 de febrero de 2014.

A esta dimensión corresponden todas las reglas procesales que anteriormente y desde los artículos 139 y 2.22 del CP, se han concluido como garantías del debido proceso"[7].

En este orden de ideas, vemos entonces que ante la afectación de un derecho fundamental –derecho de alimentos– el ordenamiento ha dispuesto al "proceso" como un mecanismo donde este puede de ser resuelto, cuidando para ello que la decisión judicial respete los derechos sustanciales y formales de las partes y se haga efectiva en todos sus extremos.

IV. LA TUTELA CAUTELAR Y ANTICIPADA COMO EXPRESIONES DE LA TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS

El proceso como una manifestación del ordenamiento jurídico busca que los conflictos que se suscitan, y que merecen su pronunciamiento, sean resueltos bajo los principios y reglas del debido proceso –de no ser así, el proceso no podría llamarse justo– y que la sentencia que ponga fin a tal conflicto se cumpla en todos sus extremos, ello en consonancia al principio de la tutela efectiva.

Es así, el debido proceso en su dimensión sustancial se preocupa que la sentencia que resuelva el proceso se sustente en el valor justicia, para sí asegurar su razonabilidad y proporcionalidad y, por otro lado, en su dimensión adjetiva se cumpla con los requisitos formales que el ordenamiento exige.

En cambio en la tutela efectiva de derechos no solo se da cabida a la demanda o a la emisión de una sentencia, sino también se exige que esta se cumpla en todos y cada uno de sus extremos. De no cumplirse tales principios en un proceso de alimentos, inexorablemente se estará conculcando el derecho a la realización personal del demandante o del demandado.

Sin embargo, dentro del campo de la tutela efectiva de derechos, salta más de una preocupación debido a las consecuencias que trae consigo

(7) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El significado iusfundamental del debido proceso". En: *El Debido Proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2010, p. 25.

el transcurso del tiempo frente a los efectos de la sentencia y a la necesidad del actor de gozar ya con lo reclamado.

En este sentido, nuestro ordenamiento se vale de la tutela cautelar y la tutela anticipada, las que responden a la necesidad de obtener una sentencia eficaz; sin embargo, sus naturalezas, presupuestos y consecuencias resultan ser distintos; es así, en el primero se busca asegurar el derecho del actor a gozar de todos los efectos de la sentencia, mientras en el segundo, se otorga al demandante de manera provisoria y anticipada el derecho reclamado.

A. De la tutela cautelar.- En cuanto a la tutela cautelar, Jiménez Vargas Machuca nos dice: "De ese modo, la jurisdicción cautelar es una modalidad de la actividad judicial que ha de encontrarse al alcance del justiciable cuando deban resguardarse bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica, pues de lo contrario se frustraría la eficacia de la función dirimente. Dicho resguardo se logra por la existencia de un género cautelar dentro del que se insertan medidas específicas. Por eso, con agudo acierto se ha dicho que la jurisdicción cautelar es el instrumento del instrumento (Calamandrei)"[(8)].

Por su parte, Pérez Ríos nos indica: "Como ya se señaló antes, la tutela cautelar contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; respecto al derecho sustancial es una tutela mediata, no obstante su dictado y ejecución anticipada. Las decisiones jurisdiccionales cautelares son medios predispuestos para el mejor éxito de las otras tutelas jurisdiccionales, se convierten así en instrumentos de instrumento[(9)]".

Sobre los requisitos para la concesión de una tutela cautelar, nuestro ordenamiento ha establecido: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la adecuación.

(8) JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. "Apuntes sobre medidas cautelares". En: <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>. Visto el 20 de febrero de 2014.

(9) PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. "Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso peruano". En: "Tesis para optar el grado de Maestro". Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010, p. 63. En: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1480/1/perez_rc.pdf>. Visto el 24 de febrero de 2014.

La "verosimilitud del derecho" o *fumus boni iuris* descansa en la premisa que el derecho que se pretende, sea para consideración del juez probablemente cierto o tenga la apariencia de serlo; sin embargo, debe dejarse claro que esta consideración del magistrado no significa necesariamente que la pretensión deba de ser declarada fundada.

En cuanto al presupuesto del peligro en la demora o *periculum in mora*, este consiste en la amenaza que por el transcurso del tiempo, la sentencia obtenida termine por ser ineficaz.

En este sentido, la jurisprudencia nacional nos señala: "La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son presupuestos de la medida cautelar contenidos en el artículo 611 del CPC. La verosimilitud o apariencia del derecho invocado, significa que el juez debe realizar una estimación o cálculo de probabilidad que le permite persuadirse que el derecho cuya cautela se pide, existe en principio. El peligro en la demora es la constatación por parte del juez, que si no concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice el cumplimiento del fallo definitivo es factible que este jamás se ejecute con eficacia"(10).

Por último, la "adecuación" de la medida cautelar, consiste en ponderar si la medida cautelar elegida resulta ser la más eficiente para asegurar la eficacia de la sentencia y, si ella a la vez resulta ser, la que menos limitaciones impone a los derechos del demandado.

Por otro lado, el test de proporcionalidad resulta ser una herramienta que nos es de mucha utilidad para analizar la medida cautelar que corresponde, el que gracias a sus presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, nos permite elegir la medida más adecuada, eficiente y respetuosa de los derechos de las partes.

El presupuesto de idoneidad, aplicado a la tutela cautelar, verifica qué medida es la que resulta apropiada frente a la pretensión a cautelar; para ello debemos responder dos preguntas: ¿si la medida cautelar adoptada alcanza el aseguramiento de la pretensión?, y, ¿si asegurando tal pretensión logramos proteger el derecho fundamental puesto en riesgo?

(10) Exp. Nº 3820-97, Data 35,000. Gaceta Jurídica.

Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0045-2004-AI/TC a fs. 38 nos dice: "La idoneidad consiste en 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. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fase: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –medio– y el objetivo, y (2) el de la relación entre el objetivo y finalidad de la intervención".

El presupuesto de necesidad, se refiere al análisis para determinar si frente a la medida cautelar elegida no existe otra igualmente efectiva, pero que suponga una restricción menor al derecho fundamental intervenido.

Según el Tribunal Constitucional: "(...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental" (Expediente N° 0030-2004-AI/TC, fs. 6).

Sobre el subprincipio de proporcionalidad en estricto, el Tribunal Constitucional nos dice: "Es la tercera exigencia del principio de proporcionalidad que se aplica solo a aquellas medidas que hayan superado previamente los análisis de idoneidad y necesidad. En virtud de esta exigencia, la limitación que una medida implica para el contenido del derecho fundamental afectado debe ser proporcionada en comparación con la finalidad que esta persigue, guardando con ella una relación de equilibrio razonable"(11). De tal manera que lo que busca la "proporcionalidad

(11) INDACOCHEA PREVOST, Úrsula y otros. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2012, p. 351.

en estricto" es lograr la mínima limitación de un derecho fundamental a cambio de lograr la máxima satisfacción de otro derecho fundamental.

B. De la tutela anticipada.- En cuanto a la tutela anticipada esta se construye como consecuencia de la llamada tutela ejecutiva(12) pues importa el goce anticipado del derecho pretendido antes de que se emita sentencia debido a la imperiosa necesidad de lo que muy probablemente obtendrá al momento de emitirse la sentencia.

Al respecto Martel nos señala: "Como podemos advertir entonces, la tutela anticipada es una tutela diferenciada de urgencia que con base en una cognición sumaria y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al peticionante otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material"(13).

En nuestro ordenamiento una expresión de la tutela anticipada la encontramos en las medidas temporales sobre el fondo(14), siendo la "asignación anticipada de alimentos" uno de sus supuestos específicos que nuestro Código Procesal Civil regula.

En cuanto a las medidas temporales sobre el fondo, Ledesma nos señala que: "Ingresamos a las medidas que anticipan el pronunciamiento final en el proceso principal. No importa una medida cautelar porque afecta o altera la relación sustancial al buscar satisfacer de manera anticipada la pretensión principal, pero siempre está a las resultas de la

(12) Merino Acuña dos define a la tutela ejecutiva como: "(...) aquella que permite satisfacer concretamente una pretensión cierta del titular de una determinada situación de ventaja. La certeza está constituida por una resolución judicial firme o por un título extrajudicial que la norma ha delimitado indudablemente como idóneo para la satisfacción efectiva del titular". MERINO ACUÑA, Roger Arturo. "La Ejecución forzada de las obligaciones de hacer". Visto en: <http://docs.com/WDZU>. Visto el 28 de marzo de 2014.

(13) MARTEL CHANG, Rolando. "Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil". En: *Tesis Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Título V Procesos Urgentes.* En: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/Martel_C_R/titulo5.pdf>, visto el 27 de febrero de 2014.

(14) **Artículo 674 del Código Procesal Civil:** "Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de esta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público".

sentencia definitiva. La medida temporal sobre el fondo no admite restitución de lo anticipado hasta el momento de la sentencia"[15].

Por su parte Pérez Ríos nos comenta: "Las medidas temporales sobre el fondo, como expresión de la tutela anticipatoria en nuestra legislación, es una de las tutelas diferenciada 'de urgencia' que, con base en una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material. Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva"[16].

En tanto la jurisprudencia nos dice: "La medida temporal sobre el fondo al pretender satisfacer anticipadamente el objeto pretendido resulta ser concedido excepcionalmente, requiriéndose en consecuencia que no sea suficiente la simple verosimilitud sino una fuerte probabilidad de que la posición de quien la solicita sea jurídicamente la correcta, además resulta insoslayable la exigencia que se compruebe prima facie el riesgo de perjuicio irreparable"[17].

En este orden de ideas, los presupuestos para el otorgamiento de una medida temporal sobre el fondo son: a) La necesidad impostergable, b) la firmeza del fundamento de la demanda, c) la posibilidad de reversión de lo anticipado y, d) la suficiencia probatoria; como bien se puede reparar, tales presupuesto coinciden como los ya conocidos *fumus boni iuris* y *periculum in mora* propios de la tutela cautelar; sin embargo, será el grado de probabilidad del derecho pretendido y del peligro que se perjudique tal derecho, lo que hará la distinción para el otorgamiento de la medida temporal sobre el fondo.

En cuanto a la necesidad impostergable o perjuicio irreparable e inminente del solicitante, este presupuesto se refiere a la urgente e imperiosa necesidad de la pronta satisfacción del derecho exigido, para ello el juez deberá evaluar si efectivamente de no gozar anticipadamente

(15) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil.* Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, p. 297.
(16) PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Ob. cit., p. 220.
(17) Exp. Nº 414-98-Lima. Data 35,000. Gaceta Jurídica.

del derecho pretendido dará lugar que el solicitante sufra un irreparable agravio.

Sobre la firmeza del fundamento de la demanda, podemos decir, como ya lo habíamos adelantado, que para el otorgamiento de la medida temporal sobre el fondo no bastará una mera apariencia o verosimilitud del derecho, sino que el grado de certeza sea mucho mayor que pueda requerirse para el otorgamiento de una medida cautelar. No olvidemos que estamos hablando que de otorgarse la medida temporal, el solicitante estará gozando de inmediato del derecho reclamado mucho antes que se expida la sentencia.

En este sentido Pérez Ríos nos comenta: "La *causa petendi*, esto es, la fundamentación fáctica y jurídica de la pretensión principal debe ser consistente, fiable y cercana a la certeza judicial: para su dictado se requiere que haya un estado de conocimiento suficiente, equivalente a la certeza provisional, superior a la sola apariencia o verosimilitud de derecho invocado, pero inferior a la certeza exigible para el dictado de las sentencias. De la firmeza del fundamento de la demanda, sustentada en los medios probatorios aportados, debe fluir como una consecuencia lógica la necesidad del otorgamiento de la medida cautelar solicitada"[(18)].

Sobre la posibilidad de reversión, este requisito presupone que en caso la sentencia sea declarada contraria al interés del beneficiado de la medida temporal sobre el fondo, este deberá devolver lo otorgado.

Por último la suficiencia probatoria, no solo se limita a la probanza de ser titular del derecho que se reclama, sino también al daño irreparable que se sufrirá en caso no se le conceda de manera anticipada.

V. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y LA TUTELA ANTICIPADA

Un tema necesario es deslindar la tutela cautelar de la anticipada, pues como ya lo habíamos mencionado si bien ambas responden a la necesidad de lograr una tutela efectiva de derechos, la primera la busca asegurando el derecho pretendido, para que una vez emitida la sentencia

(18) PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Ob. cit., p. 229.

pueda ser gozado; en tanto, en la anticipada, la tutela efectiva se materializa desde el momento mismo que el actor obtiene la satisfacción del derecho pretendido, ello a pesar de que no se haya emitido la sentencia. Esta característica, a nuestro entender la hace estar más próxima a la llamada tutela ejecutiva, pues su única diferencia con esta última sería, que no cuenta con una decisión definitiva.

Por su parte, nuestro Código Procesal Civil ha confundido a la tutela anticipada con la llamada la tutela cautelar, pues señala como una de las llamadas medidas "cautelares específicas" a las medidas "temporales sobre el fondo" y entre esta últimas a la asignación anticipada de alimentos.

Sobre esta confusión descrita en nuestro Código Procesal Civil, Cavani nos comenta: "Uno de los aspectos que ha sido oscurecido por el CPC de 1993 (siguiendo una fuerte tradición doctrinal y legislativa) es la diferenciación entre tutela cautelar o aseguratoria y tutela satisfactiva. Mediante la primera, únicamente, se puede obtener seguridad para una futura y eventual satisfacción del derecho. Se trata, en otras palabras, de una forma de tutela del derecho que, en vez de realizarlo, apenas lo reviste de una protección especial para garantizar su idoneidad en caso que sea reconocido por el juez. Cautelar algo implica apenas asegurar y nada más que asegurar.

Por su parte, "tutela satisfactiva" hace alusión a la realización del derecho, o sea, su concreción en el mundo fáctico. Poco importa si dicha realización se produce de forma anticipada o no, o si se otorga mediante un proveimiento provisorio o no. "Satisfacción" implica que quien pide tutela del derecho obtenga exactamente lo que desea, aquello que se encuentra plasmado en el pedido mediato, es decir, el pedido de tutela de derecho. Esta satisfacción, evidentemente, no está condicionada a un juicio de certeza revestido por la cosa juzgada. Por tanto, satisfactividad no se equipara a definitividad ni tampoco se contrapone a provisoriedad, sino, en realidad, a cautela, es decir, a no-satisfactividad.

Eso quiere decir que una medida que sea capaz de otorgar satisfacción anticipada no puede ser de ningún modo confundida con una medida cautelar"[19].

En este orden de ideas podemos señalar como semejanzas entre la tutela cautelar y la anticipada que:

a. Ambas son manifestaciones del derecho fundamental de la tutela efectiva, es así que ambas procuran que los efectos de la sentencia se cumplan en cada uno de sus extremos.

b. Ambas son provisorias y dada las circunstancias pueden cesar sus efectos. No constituyen cosa juzgada y,

c. Para su respectivos otorgamientos no es necesario se emita previamente una sentencia.

En cuanto a sus diferencias podemos mencionar:

a. La razón de la tutela cautelar resulta ser asegurar el goce de los efectos del derecho demandado luego de emitirse la sentencia, en cambio en la tutela anticipada se busca que con su otorgamiento el solicitante goce de manera anticipada de los efectos del derecho que deberá la sentencia amparar.

   Como muy bien señala Berizonce: "En las medidas anticipatorias, el peligro de la mora no consiste tanto en la dilación de la providencia de mérito –la cual pudiera alcanzar su efectividad con el aseguramiento de los bienes preventivamente por una medida conservatoria típica– sino más bien, en el prolongarse del estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte, lo que justifica, por un lado, la urgencia de la medida y por otro, la anticipación provisoria estimatoria de la demanda"[20].

(19) CAVANI, Renzo. "Todavía sobre tutela cautelar, tutela satisfactiva anticipada y técnica anticipatoria". En: <http://afojascero.wordpress.com/2013/03/03/todavia-sobre-tutela-cautelar-tutela-satisfactiva-anticipada-y-tecnica-anticipatoria/>. Visto el 3 de marzo de 2014.

(20) BERIZONCE, Roberto. "Medidas cautelares, medidas autónomas o autosatisfactivas". Lexis Nº 0003/1001255. En: <www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/.../Tutela%20 anticipada.rtf>, visto el 28 de febrero de 2014.

b. En la tutela cautelar se requiere de una verosimilitud del derecho y un peligro en la demora en el otorgamiento del derecho, en tanto la tutela anticipada se requiere de un alto de grado de certeza de ser el titular del derecho pretendido y además que la demora del goce de tal derecho resulte irreparable o sea de necesidad extrema.

c. En la tutela cautelar se exige una contracautela en tanto la tutela se exige su posible reversión.

d. La tutela cautelar caduca, la tutela anticipada no.

VI. LA ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS Y EL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS. DISTINGUIENDO LO CAUTELAR DE LO EJECUTIVO

Luego de haberse señalado las semejanzas y diferencias entre la tutela cautelar y la anticipada, nos toca analizar el artículo 563 del Código Procesal Civil: "A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria. Esta prohibición se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria".

De acuerdo a nuestro Código Procesal Civil la asignación anticipada de alimentos es una medida cautelar temporal sobre el fondo; sin embargo, tal como lo hemos expresado, considerarla de tal manera no resulta apropiado, pues dadas sus características y presupuestos su naturaleza responde a la llamada "tutela anticipada" y esta como lo hemos señalado anteriormente a la "tutela ejecutiva".

En cambio, la naturaleza de la medida de impedimento de salida del país será cautelar si se busca preservar el derecho pretendido o ejecutiva si lo que se persigue es el goce efectivo del derecho.

Si hemos concluido que gracias a la asignación anticipada de alimentos gozamos de los efectos de la sentencia, ¿cómo es que se le puede aplicar entonces una medida cautelar?, cuando muy bien sabemos que

una vez emitida una sentencia dejamos los dominios de la tutela cautelar e ingresamos a los de la tutela ejecutiva.

Sin embargo, como veremos, estas diferencias conceptuales no han sido tomadas en cuenta por muchos autores; es así, por ejemplo, Ovalle nos señala que: "En cambio, en Perú se regula a la asignación anticipada de alimentos como una medida de carácter cautelar, pues por un lado se dispone que las mensualidades adelantadas se descontarán de la asignación que se establezca en la sentencia definitiva; y por el otro, se prevé que si la sentencia es desfavorable al demandante, este quedará obligado a la devolución de la suma percibida, más el interés legal que será cuantificado por el secretario del juzgado"[21].

A lo dicho por Ovalle, consideramos que incurre en un error pues olvida que lo que distingue a la tutela anticipada de la cautelar, es el goce del derecho reclamado previo a la sentencia, ello a pesar que luego y debido a que la sentencia le sea contraria, el favorecido con la asignación provisional deba devolver lo percibido.

A nivel nacional, ocurre una situación similar pues se ha entendido que la asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida comparten la misma naturaleza cautelar.

Al respecto, pasaremos a revisar tres sentencias[22] del Tribunal Constitucional que fueron comentadas y pusieron además de lo mencionado otros temas sobre el tapete.

(21) OVALLE FAVELA, José. "Tutela anticipada en el proceso Iberoamericano". En: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/3/r3_9.pdf>, visto el 4 de marzo de 2014.

(22) Para un mejor análisis de las sentencias, hay que tener presente que originalmente el artículo 563 del Código Procesal Civil señalaba que: "A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país, mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada. Con tal objeto cursará oficio a las autoridades competentes"; posteriormente el mencionado artículo fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29279, publicada el 13 noviembre de 2008, cuyo texto es el siguiente: "**Artículo 563.-** Prohibición de ausentarse. Ha pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria. Esta prohibición se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria. Para efectos de dar cumplimiento a la prohibición, el juez cursa oficio a las autoridades competentes".

1. Sentencia recaída en el Expediente Nº 02207-2007-PHC/TC de fecha 6 de octubre de 2008

En esta sentencia el Tribunal Constitucional señaló:

a. "(...) El impedimento de salida del país tiene por objeto garantizar el pago de la asignación anticipada de alimentos y no el pago de la pensión de alimentos ordenada por sentencia firme" (fundamento 12).

b. "Al margen de lo expuesto, debemos precisar que el impedimento de salida del país no significa, pues, decretarse una vez y para siempre, sino como se dijo *supra*, solo para garantizarse el pago de la asignación anticipada de los alimentos; pues, de haber sentencia firme corresponderá al juez exigir al obligado que constituya 'garantía suficiente' para su cumplimiento" (fundamento 14).

Si bien es cierto, en aquel entonces el Código Procesal Civil regulaba el impedimento de salida solo para los casos de asignación provisional de alimentos, no vemos ninguna razón para que tal medida pudiese haber sido también ejecutada para asegurar la ejecución de una sentencia de alimentos, pues entendemos, que en tanto estemos frente a un conflicto de derechos fundamentales –derecho de alimentos y derecho al libre tránsito– cabe que el juzgador luego de ponderarlos, concluya adecuado, proporcionado y razonable disponer la ejecución de una medida de impedimento de salida del país para lograr una "tutela efectiva del derecho de alimentos".

Canales Torres al comentar la mencionada sentencia nos señala: "Antes de la modificación legislativa, el impedimento de salida del país tenía por objeto garantizar el pago de la asignación anticipada de alimento, y no el pago de la pensión de alimentos ordenada por sentencia firme, ahora tal medida coercitiva alcanza este último supuesto, lo cual a nuestro juicio es una medida muy extrema"[23].

(23) CANALES TORRES, Claudia. "La asignación anticipada de alimentos e impedimento de salida del país. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 126, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2009, p. 150.

Sin embargo, tal afirmación no es correcta, pues si bien es cierto, el impedimento de salida es una medida extrema, también a su vez puede ser adecuada, proporcionada y razonable para el cumplimiento de la tutela efectiva del derecho de alimentos.

2. Sentencia recaída en el Expediente Nº 04679-2009-PHC/TC de fecha 27 de enero de 2010

En esta sentencia el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

a. "En ese sentido, de lo expuesto se colige que mientras la asignación anticipada de los alimentos es una medida temporal sobre el fondo (ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia), el impedimento de salida del país es precisamente una forma de garantizar el cumplimiento de dicha medida temporal. Y es que, como dijimos *supra*, en tanto no esté debidamente garantizado el pago de la asignación anticipada, resulta totalmente válido decretar provisionalmente el impedimento de salida del país del obligado; ello por el especial carácter de la pretensión, así como por un sentido de justicia para quien lo solicita los alimentos que ha tenido que poner en marcha la maquinaria judicial, para recién poder percibir una pensión alimenticia". (Segundo párrafo del ítem: La asignación anticipada de los alimentos y el impedimento de salida del país).

b. "(...) si ya existe sentencia estimatoria firme que ordena el pago de los alimentos, resulta obvio que toda asignación anticipada de los alimentos ha cesado, por ser esta provisional e instrumental. De modo similar, si ya ha cesado la asignación anticipada de los alimentos, la medida de impedimento de salida del país que hubiere sido impuesta ha de ser levantada, precisamente por carecer de objeto. En ese sentido, cabe precisar que si bien es cierto el impedimento de salida puede resultar adecuado con el fin de garantizar el cumplimiento de la asignación anticipada solicitada por la parte demandante en un proceso civil de alimentos, esto no implica que dicha medida pueda permanecer en el tiempo de manera indefinida, pues ello vulneraría el carácter de provisionalidad que informa a las

> medidas cautelares". (Segundo párrafo del ítem: Sentencia firme y garantía suficiente para el pago de pensión alimenticia).
>
> En cuanto a la primera conclusión, Cavani nos comenta: "El Tribunal Constitucional se equivoca cuando, en su teorización, afirma que el impedimento de salida del país sirve para 'asegurar' la asignación anticipada (*rectius*: provisoria) de alimentos. Ello porque una medida cautelar no sirve para asegurar a otra, por más que sus efectos coincidan con los de la tutela final. La instrumentalidad de la medida cautelar se encuentra frente al proceso principal, más precisamente respecto del derecho reclamado en el pedido inicial; mientras que en la medida ejecutiva busca efectivizar el derecho reconocido"(24).

En ese mismo sentido, el equipo de *Diálogo con la Jurisprudencia* señala que: "(...) Pero quizá el mayor error del TC, producto de su desconocimiento sobre la materia sea inferir que el impedimento de salida sirve para 'asegurar' la asignación anticipada de alimentos. Así, según el entender del colegiado, el impedimento viene a ser una medida cautelar muy curiosa, porque serviría para asegurar el cumplimiento de otra medida cautelar: 'Mientras la asignación anticipada de los alimentos es una medida temporal sobre el fondo (ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia), el impedimento de salida del país es precisamente una forma de garantizar el cumplimiento de dicha medida temporal'. Es evidente que es impensable una medida aseguratoria que pretenda 'cautelar' a otra medida aseguratoria"(25).

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, pues si resulta factible que el impedimento de salida del país asegure el cumplimiento de una asignación anticipada de alimentos, en tanto se considere que esta última pertenece al campo de la "tutela anticipada y ejecutiva", pues como ya se ha explicado, estas otorgan al actor, el goce efectivo de lo reclamado y, por otro lado, desde

(24) CAVANI BRAIN, Renzo. "Opinión sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 04679-2009PHC/TC-Lima". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 147, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, p. 197.

(25) Nuestra Opinión. En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 147, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, p. 200.

que la medida de "impedimento de salida del país" garantiza el cumplimiento de una "asignación anticipada de alimentos" o "una ejecución de sentencia" deja de lado su naturaleza "cautelar" y asume una naturaleza ejecutiva, es decir pasa de solo "cuidar la existencia de un derecho" a "garantizar su goce efectivo".

En cuanto a la segunda conclusión del Tribunal Constitucional, De Almeida ha comentado lo siguiente: "Lo señalado concuerda con lo plasmado en el numeral 572 del Código Procesal Civil, que prescribe que 'mientras está vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, es exigible al obligado la constitución de garantía suficiente, a criterio del juez'. Por esta razón, cuando existe una sentencia firme que fija pensión de alimentos, lo procedente será que el juez exija al obligado la constitución de una garantía suficiente"(26).

Al respecto el equipo de *Diálogo con la Jurisprudencia* discrepa con razón de lo señalado por el Tribunal Constitucional y De Almeida, pero siempre en la línea de entender al impedimento de salida del país como un medida cautelar que asegura una asignación provisional de alimentos: "(...) este desconocimiento lo lleva a otra imprecisión: considerar que al extinguirse la medida de asignación anticipada por advertir la sentencia final se debe levantar el impedimentos de salida del país. Esta conclusión es muy peligrosa porque la asignación anticipada no es capaz, por sí sola, de satisfacer el derecho reconocido; después de la sentencia definitiva será necesario emplear las medidas ejecutivas que sean convenientes y dentro de ellas se incluye el impedimento de salida del país. Por lo demás, estamos de acuerdo que dicha medida no puede ser indefinida, sino que debe mantenerse vigente en tanto sea adecuada (esto es necesaria y proporcional) para la efectivización del derecho material del demandante"(27).

En cuanto si la medida de impedimento de salida del país que aseguraba la asignación anticipada de alimentos debe ser levantada una vez

(26) DE ALMEIDA SÁNCHEZ, Ana Sofía. "La asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida del país". En: *Gaceta Constitucional.* Tomo 29, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 307.

(27) Nuestra Opinión. En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 147, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, p. 200.

que se obtiene una sentencia estimatoria, entendemos que en tal supuesto el impedimento de salida del país resulta ser una medida ejecutiva, por lo que no hay razón para que no continúe asegurando el goce efectivo del derecho, ya no provisorio sino definitivo.

En este orden de ideas, las únicas razones por las que puede ser levantada la medida de impedimento de salida del país que asegura el cumplimiento de una asignación anticipada de alimentos son: 1) Se emita una sentencia contraria a lo pretendido por el actor; 2) Se ejecute totalmente la sentencia; 3) El juez la sustituya por otra medida ejecutiva que proteja mucho mejor los derechos del actor o limite, mucho menos, los del obligado.

3. Sentencia recaída en el Expediente N° 00213-2010-PHC/TC de fecha 22 de noviembre de 2010

En esta sentencia el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

a. "El artículo 563 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley Nº 29279, de fecha 13 de noviembre de 2008, dispone actualmente que 'a pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria, prohibición que se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria'. Antes de la modificación de este artículo, el impedimento de salida del país estaba vinculado únicamente al aseguramiento de la asignación anticipada de alimentos, impedimento que conforme a la modificación antes señalada, ahora también se aplica a efectos de asegurar el cumplimiento de la sentencia" (fundamento 4).

b. "Es así pues que el impedimento de salida del país, en cuanto medida provisional que restringe el derecho al libre tránsito de la persona, establecida mediante resolución jurisdiccional motivada para garantizar el pago de la asignación anticipada de alimentos (medida temporal sobre el fondo), se extingue al

emitirse sentencia firme, por lo que no puede pasar a resguardar de pleno derecho al pago de la pensión alimentaria una vez emitida la sentencia, a menos que se expida una nueva resolución debidamente motivada" (fundamento 6).

c. "En relación con el caso materia de análisis se infiere que la jueza emplazada mantuvo el impedimento de salida del país, inicialmente orientado a resguardar el cumplimiento de la asignación anticipada de alimentos, sin que se evidencie en autos resolución motivada que justifique dicha continuidad ya que la medida coercitiva de pleno derecho pasó a resguardar el pago de la pensión alimentaria (...), por lo tanto, este Tribunal considera que se ha vulnerado el derecho constitucional al libre tránsito del beneficiario, ya que correspondía a la juez evaluar en el proceso de alimentos, una vez emitida la sentencia, medidas menos gravosas pero igualmente satisfactoria y después considerar una medida de impedimento de salida, conforme a lo expuesto en los considerandos 7 y 8 *supra*, todo ello mediante resolución debidamente motivada" (fundamento 9).

Por nuestra parte, no entendemos la lógica del Tribunal Constitucional para resguardar la tutela efectiva de derechos, pues si para el Máximo Intérprete de la Constitución, resulta atendible que la medida de impedimento de salida del país "asegure" un "derecho provisorio", porque no entonces continúa de manera inmediata "asegurando un derecho firme y reconocido", ello en la medida, claro está, que cumpla con los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en estricto. ¿Acaso de esta manera no se cuida la tutela efectiva de los derechos del alimentista desde la interposición de la demanda hasta la ejecución de la sentencia?, por otro lado, si el obligado siente que la medida ejecutiva es desproporcionada puede bien apelar de ella o sustituirla por otra.

CONCLUSIONES

1. El derecho de alimentos no solo se limita al sustento orgánico de la persona, sino que se enriquece y se extiende de su relación con los demás derechos fundamentales con los que se alcanza su existencia y realización personal.

2. El beneficio de recibir alimentos importa una limitación a la realización personal de quien lo presta. Al concederse judicialmente un beneficio de alimentos debe cuidarse que esta decisión se cumpla efectivamente en todos sus extremos y a la vez, que la limitación a los derechos del obligado sea lo mínimo posible.

3. Para lograr este punto de equilibrio entre la máxima efectividad del derecho de alimentos y la mínima limitación a los derechos del obligado, el ordenamiento se apoya en los principios del "debido proceso" y la "tutela efectiva de derechos".

4. Como manifestaciones de la tutela efectiva encontramos a la tutela cautelar y a la tutela anticipada, las que comparten el objetivo de lograr la efectiva satisfacción de los derechos señalados en la sentencia. Sin embargo sus naturalezas, presupuestos y consecuencias son distintas.

5. La "tutela cautelar" tiene como papel "asegurar" la existencia del derecho luego de obtenerse la sentencia.

6. El test de proporcionalidad es una herramienta muy útil para analizar el otorgamiento de una medida cautelar, pues nos permite determinar de manera más objetiva cuál será la medida que asegure de mejor manera el derecho pretendido y a la vez, signifique la mínima limitación a los derechos del obligado.

7. La "tutela anticipada" es una consecuencia de la "tutela ejecutiva" y permite al solicitante gozar del derecho pretendido antes que se emita la sentencia debido a la extrema necesidad que sufre y al inminente peligro que el daño sea irreparable.

8. Nuestro Código Procesal Civil erróneamente ha clasificado a las medidas temporales sobre el fondo como una medida cautelar, lo cual ha traído confusiones en cuanto a si resulta propio la concesión del impedimento de salida del país para asegurar una asignación anticipada de alimentos.

9. Por nuestra parte, consideramos que la naturaleza "cautelar" o "ejecutiva" del impedimento de salida dependerá si se busca solo asegurar la "existencia de un derecho" o el "goce efectivo del mismo".

10. Si el objetivo del impedimento de salida del país es asegurar una asignación anticipada de alimentos, su naturaleza será ejecutiva pues lo que tutela es el goce del derecho pretendido. Si luego se emite la sentencia y se reconoce el derecho alimentario, entonces la medida ejecutiva deberá continuar asegurando ya no una situación provisional, sino una definitiva, salvo se la sustituya con una medida que resguarde mucho mejor los derechos del alimentista o cause menos limitaciones a los derechos del obligado.

11. Las razones por las cuales puede caducar una medida de impedimento de salida del país que asegura la eficacia de una asignación anticipada de alimentos son: 1) La sentencia desestima la pretensión de alimentos; 2) Se ejecuta plenamente la sentencia que estima la pretensión de alimentos; y 3) La medida ejecutiva de impedimento de salida del país es sustituida por otra, que resguarde mucho mejor los derechos del alimentista o cause menos limitaciones a los derechos del obligado.

Finalmente, más allá de la discusión doctrinal respecto a la naturaleza jurídica de la asignación anticipada de alimentos y del impedimento de salida del país o, si una medida cautelar pueda cautelar a otra; no debemos perder de vista que lo que realmente importa es el velar se cumpla efectivamente la tutela de los derechos de las partes.

La prescripción extintiva en materia alimentaria y la racionalidad del tiempo(*)

Jairo CIEZA MORA(**) (***)

I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PRESCRIPCIÓN ALIMENTARIA

El 9 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional emite una sentencia (Exp. Nº 02132-2008-PA/TC) por la cual, ante una pretensión de amparo de doña Rosa Felícita Martínez García, interpreta el artículo 2001 numeral 4) del Código Civil, señalando, en su considerando 36, que aquel:

> "Limita el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños y adolescentes a percibir alimentos -

(*) **Nota del editor:** Al estar esta obra en prensa, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 30179 (06/04/2014), mediante la cual se modificó el artículo 2001 del Código Civil, estableciéndose que la acción que proviene de una pensión de alimentos prescribe a los quince años. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que los comentarios del autor se han realizado sobre la base del texto anterior de dicha norma, el cual establecía que el mencionado plazo de prescripción era de dos años.

(**) Abogado. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Docente de Derecho Civil en el posgrado y pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima. Docente en Derecho y Literatura en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, Socio del Estudio Capuñay & Cieza Abogados.

(***) Agradezco la colaboración en el presente trabajo a Mijail Cienfiegos Falcón, alumno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y asistente legal del estudio Capuñay & Cieza Abogados.

determinados en una sentencia, no resulta **absolutamente necesaria** para la consecución del objetivo que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas del aludido derecho fundamental, como por ejemplo **el establecimiento de un plazo de prescripción mayor, más aún si se tiene en consideración que ya el inciso 1) del mencionado artículo 2001 del Código Civil establece la prescripción de la acción que nace de una ejecutoria (que puede versar sobre cualquier asunto) en un plazo de 10 años**. Resulta arbitrario que el legislador del Código Civil haya fijado un plazo de prescripción de 2 años para aquella acción que nace de una sentencia que fija una pensión de alimentos, pero que en el caso de la acción que nace de una ejecutoria que fija cualquier otro tipo de pago haya establecido un plazo de 10 años, más aún si se toma en consideración que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y del adolescente (el que se desprende del artículo 4 de la Norma Fundamental) exige un trato especial respecto de tales menores de edad, no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de estas. No se puede sostener que en un Estado Constitucional se respeta el principio de interés superior del niño y del adolescente cuando se verifica que existen, de un lado, leyes que establecen la prescripción en 2 años de la acción para cobrar las pensiones de alimentos de los niños y adolescentes y, de otro lado, leyes que establecen la prescripción en 10 años de la acción para cobrar cualquier otro tipo de deuda establecida en una ejecutoria.

Por lo tanto, habiéndose verificado que la medida estatal examinada no supera el examen de necesidad, y consecuencia que tal medio restringe injustificadamente los derechos de los niños y adolescentes a la efectividad de las resoluciones judiciales y a percibir alimentos, debe declararse la inconstitucionalidad de tal medida estatal (norma o sentido interpretativo), por resultar incompatible con la Constitución" (resaltado nuestro).

II. INCERTIDUMBRES ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DEJA SIN EFECTO EL ARTÍCULO 2001 INCISO 4) DEL CÓDIGO CIVIL, AMPLIANDO EL PLAZO PRESCRIPTORIO DE DOS A DIEZ AÑOS

Luego de haber leído el párrafo que corresponde al punto número 36 de la sentencia del Tribunal Constitucional, el lector coincidirá conmigo en que es la adopción de una medida radical ejercida por el órgano de control constitucional y que declara la salida del escenario jurídico del plazo prescriptorio de 2 años en lo referente a la acción que proviene de pensión alimenticia. ¿Por qué el Tribunal Constitucional, en aras de la defensa de los intereses del niño y del adolescente, interviene en la regulación de los plazos prescriptorios establecidos en el Código Civil? ¿Es sólido el argumento para modificar un plazo prescriptorio de dos años a diez años por considerar que "no resulta absolutamente necesaria (*dixit* Tribunal Constitucional)" la norma que establece el plazo de prescripción de 2 años? ¿Ha revisado el Tribunal Constitucional, qué dice al respecto la legislación y la doctrina comparada sobre esta regulación prescriptoria en materia alimentaria? ¿Ha verificado, nuestro ente de control de la constitucionalidad, lo que señalaba el Dr. Fernando Vidal Ramírez al momento de redactar los comentarios al artículo 2001 inciso 4) del Código Civil, o cómo se pronunció (o no) el Dr. Cornejo Chávez al respecto (argumento psicológico)? Trataré de dar respuestas a estas preguntas y evaluar algunos aspectos en materia de prescripción y de caducidad, que es una materia poco abordada por nuestra doctrina.

III. PROBABLES RESPUESTAS A LAS INCERTIDUMBRES SEÑALADAS Y NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de entrar al análisis del tema central, trataremos preliminarmente de esbozar una respuesta a cada una de las preguntas antes planteadas.

Con respecto a la primera (auto) pregunta, el argumento central del Tribunal Constitucional es la defensa del interés superior del niño y del adolescente, basándose en la ley interna y en los convenios

internacionales a los que el Perú se encuentra adscrito, destacando el Convenio sobre los Derechos del Niño; y, de manera parca, hace mención a la Ley Nº 27057 que adiciona un párrafo al artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes[1]. El argumento del Tribunal no me parece un argumento interpretativo suficiente, pues el hecho de que haya plazos de prescripción más breves (llamados **plazos breves** en otros ordenamientos jurídicos) no significa una vulneración a las situaciones jurídicas subjetivas de los niños o de los adolescentes sino que por el contrario, de la revisión de las normas de derecho comparado, aparecen como plazos prescriptorios que se originan en la sentencia ejecutoriada que resuelve un proceso urgente como es el de alimentos. **Argumento central para establecer el plazo breve por las legislaciones comparadas (incluyendo la nuestra) es el hecho de que estamos ante prestaciones periódicas cuya periodicidad es menor a un año. En el caso de las pensiones alimenticias, por lo general, la periodicidad ordenada por los jueces es mensual, por lo que, cuando se da esta figura de periodicidad de la prestación corta, el plazo prescriptorio es también breve.**

El plazo de dos años es un plazo prescriptorio breve, pues se infiere que la madre está urgida o necesitada para ejecutar las pensiones alimentarias de ella y/o de su hijo y no se podría comprender que, una vez que obtenga la sentencia ejecutoriada que ordena el pago de los alimentos, ante el incumplimiento del obligado alimentario, no solicite la ejecución de la sentencia durante dos años, máxime cuando la periodicidad de la prestación alimentaria ordenada es mensual. Esta inercia por parte del accionante alimentario solo se puede entender si es que no requiere con urgencia los alimentos y es por eso que el plazo para evitar inseguridad jurídica y deudas gigantescas imposibles de cumplir es un plazo razonado en el sentido comentado (o al menos así lo interpreto) y no debe ser cuestionado por el órgano constitucional que no analiza criterios privatísticos sino elabora una posición que, respetuosamente, considero superficial.

Con la lógica del TC, también podríamos decir que en virtud al principio *pro operario*, los tres años para ejercer la acción para el pago de

(1) "**Artículo 206.-** (…) es improcedente el abandono de la instancia en todos los procesos referidos a los derechos de los niños y adolescentes".

remuneraciones de servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral es insuficiente y deberían ser diez años, al igual que el plazo prescriptorio para la acción personal. El mismo argumento podría plantearse para la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual que también tiene dos años como plazo prescriptorio, y en donde el dañado puede ser un incapaz menor de edad, niño o adolescente, debidamente representado. También podríamos utilizar el argumento epidérmico del Tribunal Constitucional a fin de cuestionar el plazo prescriptorio para la acción contra los representantes de incapaces derivada del ejercicio del cargo, en donde este plazo también es de dos años ¿por qué no de diez años si estos incapaces pueden ser niños o adolescentes? Considero entonces, que una aparente defensa del interés superior del niño y del adolescente no hace más que ocultar un análisis muy básico que se tiene al momento de resolver un tema tan grave e importante como el de la prescripción sin efectuar un análisis jurídico sobre esta institución clave del Derecho Privado y, reitero, poco abordado. Efectivamente, esta institución jurídica, a veces, figura como un apéndice, del curso de Acto Jurídico, y, en la mayoría de casos, ni siquiera está en los *syllabos* de las facultades de Derecho, relegándose así una institución importante del Derecho Privado.

Sobre la segunda pregunta autoplanteada, considero que es incongruente señalar que "no es absolutamente necesario" el plazo de dos años y que, por lo tanto, sí sería absolutamente necesario el plazo de diez años. ¿No hubiese sido más comprensible que el Tribunal argumente simplemente que no es proporcional o no es adecuado o no es pertinente el plazo de dos años y no señale confusamente que "no es absolutamente necesario" el plazo de dos años? Lo que interpreto, respecto a lo que ha querido señalar el Tribunal Constitucional, es que es preferible un plazo de diez a dos años. Ahora, lo criticable es que el Tribunal no argumenta, a parte del manido fundamento del interés superior del niño, con solvencia jurídica un desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial sobre la institución civil de prescripción. Por lo tanto, considero que la argumentación expuesta por nuestro Tribunal Constitucional sobre la figura de la prescripción está vacía de contenido.

Sobre la tercera interrogante planteada, el Tribunal Constitucional no ha analizado normas referidas a la prescripción de otros ordenamientos

jurídicos y en especial, vinculadas a la prescripción de las acciones que provienen de la pensión alimenticia.

Así, a manera de referencia, tenemos que el artículo 2948 del Código Civil italiano establece que prescriben a los cinco años:

> "2. Las anualidades de las pensiones para alimentos"

Asimismo, el artículo 1966 del Código Civil español señala:

> "**Artículo 1966.-** Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:
>
> 1. La de pagar pensiones alimenticias (…)".

De otro lado, el Código Civil argentino establece:

> "**Artículo 4.027**. Se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos:
>
> 1° De pensiones alimenticias; (…)".

Como se puede apreciar, los ordenamientos jurídicos italiano, español y argentino, dentro de sus denominados plazos breves para prescribir, colocan el que se refiere a la acción para exigir el cumplimiento de pensión alimenticia. En ninguno de los ordenamientos jurídicos mencionados se coloca a la pretensión de ejecución de pensión alimenticia con un plazo prescriptorio largo como sucede con otro tipo de pretensiones. Entonces, considero que el Tribunal Constitucional no ha verificado la naturaleza o el objeto de los denominados plazos prescriptorios largos y no ha hecho un análisis comparado para llegar a la conclusión a la que ha arribado. Mi opinión respecto a los plazos breves de los ordenamientos jurídicos mencionados, incluyendo el ordenamiento jurídico peruano, se basa, como lo señala la doctrina más autorizada a nivel comparado (y que veremos más adelante), en que el plazo breve para la prescripción se da en los casos en que la periodicidad de las prestaciones periódicas exigibles es menor a un año (en el caso de alimentos es generalmente mensual) y por lo tanto es completamente razonable que el plazo prescriptorio para exigir el cumplimiento de dichas prestaciones de periodicidad corta sea uno breve. **Esto significa que ya no serán exigibles las**

pensiones alimentarias vencidas, cuando la inercia del vencedor en juicio para exigir las prestaciones alimentarias, haya sido mayor a dos años computados desde que la pensión alimentaria de periodicidad generalmente mensual haya sido exigible. Este argumento se complementa, al contrario de lo que piensa el TC, en la urgencia de la tutela de situaciones jurídicas subjetivas como la protección de los intereses del niño y del adolescente. De allí también la justificación de los plazos breves computados a partir de la exigibilidad de la pensión alimentaria. Del mismo modo, complemento lo indicado señalando que, consignar plazos largos en estos casos, lo único que hace es generar incentivos para que las pensiones requeridas judicialmente, por su incumplimiento, se eleven de manera astronómica y se conviertan en un mandato lírico o inclusive, en una estrategia procesal fraudulenta por parte de accionantes temerarios que en realidad, nunca han tenido interés en ejecutar con prontitud las pensiones alimentarias derivadas de un mandato judicial.

Finalmente, con respecto a la cuarta pregunta propuesta, debo señalar que la exposición de motivos del Código Civil, que es la fuente psicológica y autoritativa de la norma (soy consciente de que este tipo de argumentación jurídica debe ser complementado con otros, para una mejor interpretación del caso concreto), señala que es claro y no está en discusión que el derecho a solicitar alimentos es imprescriptible y se puede solicitar en cualquier momento por parte del alimentista o su representante; al mismo tiempo, esta situación jurídica subjetiva es irrenunciable, intransferible, inalienable e incompensable. Sin embargo, **lo que sí prescribe, dice el Dr. Vidal Ramírez, es la pretensión de solicitar la ejecución de la pensión alimenticia una vez que esta se encuentra incorporada en el mandato judicial y el plazo prescriptorio es de dos años.** Mi opinión es que el Tribunal Constitucional se ha dejado influenciar por lo "políticamente correcto", utilizando el argumento transitado de la protección de los niños y adolescentes cuando ni el mismo jurista Héctor Cornejo Chávez, en su clásico trabajo *Derecho Familiar Peruano*, cuestiona o critica el plazo prescriptorio establecido en el artículo 2001 inciso 4) del Código Civil. Cornejo Chávez aborda el fundamento moral y ético de la imprescriptibilidad del derecho alimentario pero, reiteramos, una cosa es el derecho alimentario que siempre va a existir hasta que se cumpla los requisitos para que el alimentista ya no tenga la facultad de

exigirlos y otra cosa es la prescripción de la acción que proviene de la pensión alimenticia, como lo hemos referido precedentemente.

Concuerdo con el profesor Roger Merino Acuña en el sentido de que se ha prestado poca atención a una institución tan importante como la prescripción y la caducidad y, muchas veces, decimos aparentes verdades de perogrullo como el que la prescripción extingue la acción y no el derecho y la caducidad extingue el derecho y la acción. Merino considera que la prescripción está vinculada a los intereses privados y su exigencia por parte del que se libera de la obligación hace que se extinga no solamente la acción sino toda la relación jurídica pues ¿qué derecho puede existir sin la posibilidad de accionar? En cambio, en el caso de la caducidad, la relación jurídica también es atacada en su integridad pero se produce de oficio y es el Estado quien está obligado a advertirla y a declararla.

IV. LA CORTE SUPREMA Y LA PRESCRIPCIÓN ALIMENTARIA

El veintidós de diciembre de 2011 se resolvió la Consulta Nº 3570 - 2011 por parte de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en un caso de alimentos y en donde se aprueba la sentencia del Juzgado Mixto de Castilla que declara inaplicable al caso de autos el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, es decir aquel que señalaba que prescribe a los dos años la acción que proviene de pensión alimenticia.

Estamos ante un caso de prescripción y, por lo tanto, las fechas son fundamentales. Sin embargo, vemos que en la sentencia mencionada hay, desde mi perspectiva, inconsistencias que no se pueden dejar de advertir. Primero, la derogación de una norma se da por sentencia del Tribunal Constitucional que declara su inconstitucionalidad. En este caso (constitucionalidad del artículo 2001 inciso 4) ya el Tribunal Constitucional había derogado esta norma con fecha nueve de mayo de 2011, como hemos señalado líneas arriba, por lo que La Corte Suprema debió invocar la sentencia del Tribunal Constitucional, situación que no se presentó, por lo que su análisis resulta no solamente tautológico sino que contraviene principios elementales del sistema jurídico. No había nada que discutir por la Corte Suprema, el plazo prescriptorio en casos de ejecución

de pensión alimenticia es de diez años, plazo largo, con el que discrepo, pero que no puedo, evidentemente, desconocer.

Otro tema de fechas que me llamó la atención es que se señala que la sentencia del Juzgado de Paz Letrado de Castilla es del 22 de junio de 2010 y en el párrafo siguiente se indica que la sentencia confirmatoria del Juzgado Mixto de Castilla, que fue materia de consulta a la Corte Suprema, es del 5 de enero de 2010. Imagino que es un error, pero estos errores son menos digeribles si de lo que se trata es de discutir un tema de tiempo en donde las fechas son lo fundamental.

Tengo la impresión, y esto agravaría la situación, que la Corte Suprema conocía bien la sentencia del Tribunal Constitucional (comentada por mí en *Revista Jurídica del Perú.* Nº 125, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2011, a cuyos argumentos me remito), pues, por ejemplo, el considerando noveno es casi una copia del considerando 36 de la sentencia del Tribunal Constitucional, antes reseñado.

Suponiendo que no haya existido la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada y comentada, no se tenía por qué inaplicar, en este caso, el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil (si estuviera vigente) porque el plazo de prescripción de dos años era para el cobro de un crédito alimentario, una vez que sea exigible la pensión alimenticia derivada de una sentencia ejecutoriada y no para la propia pretensión alimentaria, cuyo plazo es imprescriptible, como es el caso analizado, en donde se pretende cobrar por la demandante (dentro de los dos años a que se refería la norma derogada) de conformidad a la liquidación efectuada por el juzgado correspondiente, lo cual era perfectamente atendible sin necesidad de recurrir a esta audaz sentencia suprema.

V. BREVE ANÁLISIS COMPARADO DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD, CON INCIDENCIA EN LA PRESCRIPCIÓN ALIMENTARIA. DESARROLLO DE LOS CARACTERES ESENCIALES DE LA FIGURA Y LA RACIONALIDAD DE LOS PLAZOS BREVES

El tema que nos ocupa se refiere a los efectos desfavorables en determinadas situaciones jurídicas subjetivas, sin duda al hablar de prescripción debemos referirnos a la denominada **prescripción extintiva**. La

denominada prescripción adquisitiva que actúa básicamente en el campo de los derechos reales (modo de adquisición de la propiedad: art. 950 y ss. del CC) y se constituye en una institución independiente de la primera[2].

Autorizada doctrina italiana señala que: "La prescripción es un evento que está vinculado con el transcurso del tiempo; se distingue de la usucapión (llamada también prescripción adquisitiva). La prescripción es el modo o medio, con el cual mediante el transcurso del tiempo, se extingue (y se pierde) un derecho subjetivo –capaz de reiterado o prolongado ejercicio– por efecto de la falta de ejercicio. Presupuesto de ella, es pues, la inactividad del titular del derecho, prolongándose por el tiempo (más o menos largo) que está fijado por la ley (art. 2934)"[3].

En opinión de la doctrina seguida, "para que la prescripción se verifique, la ley no exige que la inercia del titular sea voluntaria o sea efecto de negligencia; ella se refiere al hecho genuinamente objetivo, de la falta de ejercicio[4].

Sobre el aspecto teleológico de la prescripción se dice que: "la razón de ser de la prescripción debe buscarse en exigencias de orden social. En efecto, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercitado; de manera que, si no es ejercitado durante, un cierto tiempo notablemente largo, mientras podía ser ejercitado, debe considerarse como renunciado por el titular. Por lo tanto el presupuesto de la prescripción y de su efecto, es un comportamiento de inactividad del titular del derecho que, por lo general, se debe a negligencia, o a incuria, o sea, ha hecho voluntario *(dormientibus iura non sucurrunt).* El ejercicio del derecho debe concebirse*,* por consiguiente como una carga a la que el titular debe someterse, si quiere, impedir el efecto desfavorable para él, de la extinción del derecho mismo. De este

(2) Se sostiene, con razón, que de ninguna manera pueden reunirse ambos fenómenos en una sola definición. De modo que cualquier análisis que busque tratarlos de manera conjunta sería "impertinente". Así: BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco Donato. *Derecho Civil.* Tomo I, Vol. I. Traducción de la edición italiana de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 488.

(3) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile, 1970, p. 60.

(4) Ibídem, p. 61.

modo, el ordenamiento jurídico viene a atribuir indirectamente al ejercicio del derecho, la función de conservar el derecho, o sea, de evitar su extinción por prescripción; y estimula al titular a ejercitarlo"[5].

Otro sector de la doctrina italiana señala: "El Código Civil, al disciplinar la institución de la prescripción, la define como un modo (general) de extinción de los derechos derivada de la falta de su ejercicio por parte del titular durante el tiempo determinado por la ley (art. 2934, c.c ital.). En especial, la reglamentación de dicho fenómeno está contenida en el capítulo I, título V, del libro VI (relativo, como es sabido a la "tutela de los derechos": arts. 2934-2963)"[6].

Con razón se señala que: "La justificación práctica tradicionalmente adoptada como fundamento de la prescripción extintiva suele ser el principio, tan conocido como vago, de la "certeza de las relaciones jurídicas"[7]. La certeza de las relaciones jurídicas es una de las vertientes del sistema jurídico que busca en ciertos casos la consolidación de situaciones de hecho para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales. Aquí se puede discutir la aparente contradicción entre justicia y seguridad que bajo la perspectiva jurídica han de complementarse, pues no existe justicia sin seguridad. Una situación jurídica no consolidada, dubitativa, inestable contribuye a la incertidumbre y por lo tanto a situaciones inequitativas e injustas.

Aspecto a resaltar y que debe advertir nuestra repetitiva doctrina es lo señalado en el sentido que: "De este modo el legislador le puso fin a la antigua disputa sobre el objeto de la prescripción; la prescripción se decía, extingue la acción concedida en defensa del derecho, **pero no el derecho**: este último continúa viviendo, aun cuando resulte desprovisto de tutela en juicio (art. 2135 cód. civ, 1865). **En el Código vigente, por el contrario, se acoge la teoría de la extinción del derecho"** (Passarelli) (resaltado mío)[8]. Efectivamente es común escuchar a los abogados e inclusive en las clases de derecho una repetición no meditada de nuestra

(5) Ibídem, p. 66.
(6) BRECCIA, Humberto. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Normas Sujetos y Relación Jurídica. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, p. 487.
(7) Ibídem, p. 489.
(8) Ibídem, p. 487.

legislación, en el sentido que la prescripción extingue la acción y no el derecho y la caducidad extingue el derecho y la acción, sin siquiera preguntarnos cómo será posible que se mantenga un derecho sin la posibilidad de tutelarlo mediante una acción.

Otro sector de la doctrina italiana señala: que: "la influencia que el tiempo, como duración concreta, ejercita sobre la potencia de la pretensión, como su posibilidad de imponerse a la voluntad ajena, constituye el objeto en sentido propio del derecho de la prescripción"(9). Este mismo autor en una interesante posición sobre la extinción progresiva de la relación señala: "En efecto, sobre la base de este aspecto se ha proyectado que **la prescripción es un caso de extinción 'progresiva' de la relación** (Auricchio), avanzando la hipótesis que la prescripción actúe en una de las dos situaciones jurídicas antes de determinar la extinción de la otra, ya que las dos posiciones de derecho y de obligación no deben necesariamente extinguirse contemporáneamente, donde puede acontecer la liberación del deudor, aun antes de la pérdida del derecho por parte del acreedor. Se deriva que el derecho no se modifica ni se extingue en virtud de la prescripción, mientras se extingue la relación jurídica, la vinculación entre situación jurídica activa y pasiva"(10).

Como se puede apreciar la prescripción es entendida no solamente como la extinción del derecho, sino también como la extinción progresiva de la relación con una fundamentación, en ambos casos, más rigurosa que nuestra extinción de la acción más no del derecho.

Autorizada doctrina española señala que: "Por lo que respecta al fundamento de la prescripción parece acertada la idea de que es una institución necesaria para el orden social y para la seguridad jurídica, introducida en atención al bien público"(11). Orden social y seguridad jurídica

(9) MONATERI, Giuseppe. "Naturaleza, régimen y objetivos de la prescripción". En: *Observatorio de Derecho Civil*. Registros Públicos, Prescripción y Caducidad. Traducción de Yuri Tornero Cruzatt, Volumen VIII, Motivensa, Editora Jurídica, 2011, p. 77.

(10) Ibídem, p. 80.

(11) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil.* Volumen I, Décima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 433. Con respecto a la *Firmeza de las relaciones jurídicas* se ha señalado que "(…) La sentencia del 10 de octubre de 1977 declaró que "un derecho no está en condiciones de ser reclamado en tanto no se conozca su existencia, contenido alcance y efecto", pero estas circunstancias han de interpretarse de una manera objetiva, prescindiendo de las condiciones personales del que pueda ejercitarlo. Así lo

son conceptos abstractos y de ardua complejidad abarcante por lo que son adaptables a distintos sistemas jurídicos que pueden ser hasta antagónicos, piénsese en un orden social socialista y uno liberal para darnos cuenta de la dificultad de llenar el contenido de tales figuras, sin embargo, a pesar de la dificultad teórica es necesario afrontar el reto de abstracción jurídico-político.

Aspecto interesante que viene a colación con la materia del presente artículo es señalar la **necesidad de sentencia firme***,* como efectivamente se dice por la doctrina española que vengo citando: "b) El artículo 1971 del CC contiene otra regla especial al declarar que el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme"(12). Por ejemplo para el caso de las pensiones alimentarias, estas deben derivar de sentencia consentida y/o ejecutoriada, que las envuelva de la potencia de exigibilidad.

Sobre el **interés público y privado de la prescripción** se ha señalado que: "Si bien es cierto que en la prescripción existe una razón de utilidad social, no lo es menos que tutela un interés privado; el interés del demandado sujeto pasivo del derecho. La prescripción es un medio de defensa o de tutela de que este dispone para paralizar o enervar la pretensión del demandante. De ahí la admisibilidad de algunos negocios jurídicos sobre la prescripción como el de su renuncia"(13).

Se ha establecido que **el ordenamiento determina la prescripción** al señalar que: "En efecto, la extinción del derecho debería depender de manera objetiva de un hecho predispuesto como idóneo a determinarlo por parte del ordenamiento, y no podría depender de un hecho de la contraparte"(14). En el caso peruano el ordenamiento establece de manera taxativa y bajo el númerus clausus, las instituciones sujetas a plazos de

exige la necesidad de dar firmeza, cuanto antes, a las relaciones jurídicas, el no resucitar pretensiones cuya memoria se haya perdido con el transcurso del tiempo, en definitiva, la paz y seguridad jurídica, finalidades en las que en última instancia sirve la prescripción". DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 436.

(12) Ibídem, p. 437.

(13) Ibídem, p. 439.

(14) MONATERI, Giuseppe. Ob. cit., p. 79.

prescripción. De no encontrarse en este "inventario" los supuestos de hecho no estarán sujetos a plazos prescriptorios.

Otro sector de la doctrina italiana señala lo siguiente: "La prescripción constituye un modo general de extinción de las relaciones jurídicas por inercia del titular del derecho. Según el artículo 2.924 (CC. Ital.), todo derecho se extingue por prescripción cuando el titular no lo ejercita por un periodo de tiempo determinado por la ley. Existen, no obstante, excepciones, que son las indicadas en el mismo artículo. Esta regla se refiere preferentemente a los derechos patrimoniales, por qué en el campo de los derechos personales encontramos frecuentemente la nota de la imprescriptibilidad"(15).

Valiosa es la apreciación de la doctrina italiana seguida sobre **prescripciones presuntivas***,* señalando que: "Existen prescripciones breves que se denominan presuntivas por sus características especiales. El transcurso del tiempo no produce el efecto extintivo sobre el derecho, pero el Código, transcurrido el plazo indicado, presume (presunción *iuris tantum)*, que la obligación ha sido cumplida (en este caso, presunción de pago)"(16). Se complementa esta definición con lo indicado en el sentido que: "Ahora bien, la característica de las prescripciones presuntivas se

(15) TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, Traducción de la décimo quinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez Calcerrada, 1966, p. 137. **La Justificación de la prescripción** se expresa de la siguiente forma: "Las razones aducidas para justificar la prescripción varían según los tiempos y las concepciones doctrinales. Algunos piensan que con ella se tutela la certidumbre de las situaciones jurídicas: no existiría seguridad si, después de un silencio de varios años, pudieran revivirse antiguas pretensiones; otros ven en ella una pretensión de renuncia por parte del titular que no ejercitó el derecho; finalmente, en épocas actuales en las que domina el concepto de la responsabilidad social, en el goce de los derechos privados se fundamenta en la necesidad de castigar la negligencia de los que no usaron su propio derecho. A nuestro modo de ver la prescripción, cualquiera que sea su justificación, responde a una exigencia social; y así la encontramos admitida en el derecho de todos los países", p. 138. Asimismo es **de orden público** pues: "La prescripción es una institución jurídica de orden público, por lo que su regulación no puede ser derogada por la voluntad de las partes. Esto ni implica que el juez pueda declarar de oficio la extinción de un derecho por prescripción; aquel contra el que se invoque un derecho tendrá la carga (*supra*, parágrafo 22) de probar la prescripción (art. 2.938). El interesado podrá renunciar a la prescripción únicamente cuando esta hubiera concluido (art. 2937).

(16) Ibídem, p. 139.

halla en que el acreedor dispone de un medio para que su derecho sea reconocido”[17].

Un sector de la doctrina española señala como **objeto de la prescripción extintiva a la acción**. Así: “la acción hay que considerarla aquí como la facultad o poder de exigir a otro un comportamiento, activo o positivo, para la satisfacción de nuestro interés, y se reclama del órgano judicial. En otros términos, la acción es el derecho a la tutela concreta de un determinado derecho subjetivo o parte del mismo (p. ej., quedará sujetas (sic) a la prescripción extintiva las acciones para reclamar rentas atrasadas, pero no el derecho de arrendamiento”[18]. Pero se dice también que: “frente a la tesis de la prescripción de acciones se alza otra, más seguida, según la cual lo que prescribe es el derecho. Se argumenta que un derecho subjetivo que no pudiese hacerse valer en un juicio es un derecho desnaturalizado”[19]. Estamos de acuerdo con esta posición, que como hemos visto, no es original, sino que tiene como referente el CC italiano y la doctrina italiana. Ya el jurista español lo señala con claridad quitar la accionabilidad al derecho no hace más que desnaturalizar su visión.

Asimismo, un sector de la doctrina francesa señala lo siguiente, como objeto de la prescripción: “su motivo y función cuando el acreedor permanece por mucho tiempo sin actuar, la ley lo priva de su acción. El motivo que ha hecho introducir la prescripción extintiva es el de impedir los juicios difíciles de fallar. En interés del orden y de la paz sociales, importa liquidar lo atrasado y evitar discusiones, cuyos contratos o hechos cuyos títulos se han perdido, o cuya memoria se ha borrado. La razón de ser de la prescripción en materia de créditos, son las que las de prescripción en materia de propiedad; únicamente su función es diferente: mientras que en relación a los derechos reales, la prescripción es, al mismo tiempo, extintiva y adquisitiva; respecto de los créditos únicamente funciona como una causa de extinción”[20].

(17) TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., p. 140.
(18) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 434.
(19) Ídem.
(20) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Derecho Civil*. Primera Parte, Volumen 8, Biblioteca Clásicos del Derecho, Oxford, 1999, p. 726.

Asimismo, otro sector de la doctrina española señala: "(…) ya que esta (la prescripción) parte de la idea de la falta de ejercicio de un derecho vivo, es decir, de un derecho que pudiéndose ejercitar, no lo fue por abandono, desidia u olvido de su titular, siendo a estos efectos indiferente que se trate de un derecho temporal y de un derecho perpetuo"(21).

En materia de prescripción, el tiempo es un elemento central que ha sido y es materia de estudio. Así se señala que el tiempo es un "modo de ser del hecho jurídico", puesto que toda valoración jurídica es esencialmente de "proyección": se proyecta en el tiempo y en el espacio; en cambio el decurso del tiempo es un hecho que puede concurrir con otros hechos a la producción de efectos adquisitivos o extintivos" (MOSCATI. *Tempo, Noviss.* DI, xviii, 1971, 1114-1118, 1115-1116).

El tiempo entendido como concepto de relación se explica así: "La innovación más sistemática, más evidente de la normativa en vigor, con respecto a la disciplina del Código de 1865 que mostraba más la tradición del derecho romano, por la vía del modelo francés (Fadda) consiste en el abandono de regular de manera unitaria las instituciones en las cuales el tiempo con el concurso de otros factores parece operar como causa de adquisición y pérdida de derechos (Ferrucci). La limitación de una sistematización de esta índole, en el plano teórico fue percibida en la tendencia a considerar el tiempo como un hecho autónomo o, como parecería más correcto, como un concepto de relación"(22).

Siguiendo con el análisis del tiempo y las relaciones jurídicas se ha indicado: "**El tiempo en las relaciones jurídicas.-** Las relaciones jurídicas, como vínculos que se establecen entre dos o más personas, se encuentran sometidas, como estas, a la ley del tiempo; pueden hallarse dirigidas a una mayor o menor permanencia, ser su finalidad, producir cambios en una determinada situación, como ocurre con las relaciones obligatorias, o, por el contrario, encaminarse a asegurar vínculos dotados de estabilidad mayor o menor, como ocurre con las relaciones del derecho de familia o con las relaciones reales; pero, en definitiva, todas ellas nacen y mueren en un acontecer temporal, ya que son esencialmente

(21) DE COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo I, Editorial Alianza Universidad, Textos, 1977, p. 194.
(22) BRECCIA, Humberto. Ob. cit., pp. 487-488.

fenómenos históricos (…)"[23]. El análisis del tiempo es filosófico, no hay como definir al tiempo, no me refiero al **hecho jurídico natural**, sino a una definición de una **cosa** que se nos diluye, que se nos escapa, pero con esa difuminación o delicuescencia genera efectos jurídicos como la prescripción.

En nuestro medio, Augusto Ferrero ha seguido la pista del desarrollo histórico de la prescripción desde el Derecho Romano hasta la entrada en vigencia del Code Napoleónico, señalando que en los periodos finales del Imperio Romano de Occidente, se establecieron los distintos plazos prescriptorios para las acciones como respuesta a la necesidad ya mencionada. Por ejemplo, Teodosio II dispuso un plazo de 30 años permitiéndose al poseedor de mala fe y sin justo título cesar en su exposición a la *rei vindicatio* del propietario, Anastasio estableció 40 años para todas aquellas acciones que no tuviesen plazo prescriptorio definido. Posteriormente, en la edad media, los glosadores entendieron que la voz *praescriptio* tenía por objeto designar la pérdida o adquisición de los derechos por el transcurso del tiempo y colocaron bajo este concepto la usucapión y la prescripción[24].

Esta concepción de los glosadores se mantuvo vigente durante varios siglos y fue trasladada al *Code* de 1804 y de este a los códigos sobre los cuales ejerció influencia, entre ellos el peruano de 1852[25].

Sobre la caducidad también se afirma que tiene un origen romano. En efecto, esta institución se remonta a las llamadas *Lex Caducarias* (dadas durante el gobierno de Augusto): la *lex Julia de maritandis ordinabus* y la *lex Papia Poppaea*, complementaria de la anterior. Estas leyes imponían a los célibes y a los casados que no tuviesen descendencia, la privación de las liberalidades que les fueran dejadas en un testamento, a los primeros, y una caducidad de la mitad, a los segundos; y en los 100 días siguientes al fallecimiento del testador, de no haber contraído matrimonio o haber procreado, las liberalidades quedaban sin efecto,

(23) DE COSSIO, Alfonso. Ob. cit., p. 194.
(24) FERRERO COSTA, Augusto. *La prescripción extintiva*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1974, p. 16. Citado por VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La prescripción y la caducidad*. Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 94.
(25) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. ult. cit.

caducaban. Esta leyes, pues, alentaban el matrimonio y la procreación de hijos legítimos[26].

Efectivamente teniendo en consideración que es común a la prescripción y a la caducidad el transcurso del paso del tiempo, así como los efectos para la pérdida o adquisición de un derecho es que siempre se ha dado la confusión entre estas dos figuras jurídicas, cuyo derrotero histórico nos da los primeros elementos diferenciadores y que en las líneas siguientes pasamos a desarrollar con mayor amplitud.

Acabada esta breve referencia histórica, que es importante porque ayuda a esclarecer los conceptos involucrados[27], pasemos a las teorías sobre la prescripción y la caducidad.

Sobre las **diferencias entre prescripción y caducidad** en primer término se dice, refiriéndose a los posibles abusos: "Así, en otros ordenamientos, el disfavor frente a la actitud inerte del titular del derecho se ha remitido expresamente a la tutela de la confianza depositada por la otra parte en el hecho de que la pretensión no sería ejercitada. En especial en Alemania, la figura de la llamada *Verwirkung* se ha justificado con relación a la necesidad de cancelarle en tales casos al titular el ejercicio del derecho (inclusive independientemente de la maduración definitiva del término prescripción o de caducidad)"[28].

Con respecto a **la caducidad**, un sector de la doctrina italiana señala: "La prescripción se refiere a un derecho adquirido, la caducidad al ejercicio de un poder reconocido al sujeto para la adquisición de un derecho. En la caducidad se halla implícito un *onere*: el derecho puede ser adquirido, pero solo en el breve periodo de tiempo establecido por la ley o por los sujetos interesados. Mientras la prescripción debe ser probada por el que la opone, la caducidad no"[29]. Esta postura es interesante y esclarecedora, pues declara que la prescripción implica un derecho con el que contamos pero que lo perdemos por nuestra inercia, mientras que

(26) Sobre las Leyes Caducarias ver: PETIT, Eugen. *Derecho Romano*. pp. 572 y 573.
(27) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 197: "(…) para delimitar los conceptos adecuadamente, es imprescindible partir de su origen histórico".
(28) BRECCIA, Humberto. Ob. cit., p. 490.
(29) TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., p. 142.

la caducidad implica la existencia de un poder, de una situación de ventaja, para, en un corto tiempo, obtener determinado derecho.

Es un hecho que percibimos, la **dificultad de distinguir entre prescripción y caducidad**, y sobre el particular se ha establecido que: "La ley no siempre distingue que plazos son de prescripción y cuáles de caducidad; el intérprete debe indagarlo atendiendo a las circunstancias concurrentes, lo cual no será siempre fácil, sobre todo tratándose de plazos de pequeña duración"(30).

La prescripción y la caducidad tienen diferencias que son explicadas por un sector de la doctrina española así: "La diferencia esencial entre los unos y los otros estriba en que los términos de prescripción, como luego veremos, son susceptibles de ser interrumpidos por cualquier acto de ejercicio o de reconocimiento de los mismos, en tanto que los de caducidad exigen el ejercicio de la acción judicial dentro del término legal señalado"(31).

Así se ha dicho por reconocida doctrina española que "la construcción del instituto de la caducidad fue primeramente doctrinal a partir de la obra De Buen, Alas y Ramos, y después sobre todo jurisprudencial, partir de la sentencia del 30 de abril de 1940. Dice así el primero de los considerandos de esta sentencia:

> "Dos maneras tiene la ley procesal civil de impedir que prosperen ante los tribunales los derechos cuya virtualidad se ha extinguido por el transcurso del tiempo prefijado, su eficaz ejercicio, la caducidad y la prescripción, conceptos no bien diferenciados ni defendidos, pero que, aun respondiendo ambos a la misma finalidad de que permanezcan indefinidamente inciertos los derechos y fundándose en una común presunción de abandono, ofrecen la nota diferencial, entre otras, de que mientras la prescripción es renunciable, por lo que solo cuando se

(30) TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., p. 142. Por ejemplo en nuestro ordenamiento civil, el artículo 92 establece que dentro de los 60 días de tomado un acuerdo se puede impugnar y dentro de los 30 días si se trata de acuerdo inscribible, pero no señala si es plazo de prescripción o de caducidad, a diferencia de nuestra Ley General de Sociedades que especifica que el plazo para impugnar acuerdos es de caducidad.

(31) DE COSSIO, Alfonso. Ob. cit., pp. 194-195.

> alega puede ser estimada, la caducidad no requiere su alegación y opera por sí misma, obligando al juzgador a declararla de oficio"[32].

Existen **criterios de distinción entre caducidad y prescripción** que se señalan de la siguiente forma: "Un criterio de distinción aceptable es el derivado de la naturaleza del derecho objetivo de presunta caducidad, pues esta recae en lo que en su momento hemos llamado derechos potestativos o facultades de configuración o modificación de una situación jurídica preexistente"[33].

El autor que vengo siguiendo para zanjar las diferencias señala: "En definitiva, podemos decir que la diferencia entre la figura de la caducidad y de la prescripción, se explica desde el punto de vista del interés jurídico protegido"[34].

En lo que respecta a la **suspensión e interrupción de la prescripción** esta queda suspendida:

> "Entre cónyuges, entre quien ejerce la patria potestad y las personas que están sometidas a ella, entre el tutor y el pupilo mientras no se haya aprobado la cuenta final, entre el curador y el menor emancipado, o el inhabilitado, entre el heredero y la herencia aceptada con beneficio de inventario; entre las personas cuyos bienes están sometidos (por ley o providencia judicial) a la administración de otro, y el administrador, hasta la aprobación definitiva de la cuenta; entre las personas jurídicas y los administradores, mientras están en el desempeño del cargo, en cuanto a las acciones de responsabilidad contra ellos; entre el deudor (que haya ocultado dolosamente la existencia de la deuda) y el acreedor mientras el dolo no haya sido descubierto (art. 2941, c.c. ital)"[35].

Sobre la **interrupción de la prescripción**, se ha señalado:

(32) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 445.
(33) Ibídem, p. 446.
(34) Ídem.
(35) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., pp. 69-70.

"C) El periodo de inercia, que haya comenzado a correr, queda interrumpido (civilmente) por algunos actos, provenientes del titular del derecho subjetivo o de su representante, a cuyo cargo se ha iniciado la prescripción; o sea:

a) Desde la notificación del acto (citación, recurso [escrito], precepto [de ejecución] con que se instaura un juicio (de cognición, conservativo o ejecutivo), aun cuando el acto se proponga en curso de juicio o ante un juez incompetente (art. 2943, primero, segundo y tercer apartados, y cfr. art. 1957, cuarto apartado).

   Obsérvese que el efecto interruptivo reside, no en la providencia del juez que siga al acto introductivo del juicio, sino en este último, considerado por la ley como manifestación de ejercicio del derecho. Por lo tanto, puede favorecer, a los fines interruptivos, el acto indicado, aunque se realice con la certeza de ser vencido en juicio.

b) De cualquier otro acto que constituya en mora al deudor (art. 2943, cuarto apartado).

   En los casos a y b, para que sea válida la interrupción, es necesario que el acto provenga, no de un tercero, sino del titular del derecho (o de su representante).

c) Igualmente, la prescripción se interrumpe por acto proveniente de aquel a favor del cual la prescripción está en curso (propietario gravado o deudor), con el cual él haga reconocimiento (declaración de conocimiento) del derecho (real o de crédito) de aquel a cargo del cual la prescripción había comenzado a correr (art. 2944) (…).

Por lo tanto, la interrupción de la prescripción impide la realización de esta. Para que se produzca es necesario que –cesada la causa de la interrupción– corra entero un nuevo periodo prescripcional, de manera que, a los efectos de tal producción, no deba computarse el periodo de tiempo transcurrido

antes de que sobrevenga el acto interruptivo (art. 2945, primer apartado)"[36].

Con respecto a **la suspensión e interrupción de la prescripción** se ha señalado por otro sector de la doctrina italiana que: "La suspensión se da únicamente en aquellos casos en que el legislador ha reconocido expresamente la imposibilidad o dificultad de ejercitar el derecho". Por la situación subjetiva del titular: como el caso del menor o interdicto mientras se hallen privados de representante legal o el militar en tiempo de guerra[37].

De manera didáctica la doctrina que vengo siguiendo señala: "El periodo de tiempo en el que actúa la suspensión no se calcula a los efectos de la prescripción; o sea que, para determinar si ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, deberá sumarse al tiempo de inercia anterior a la concesión, el transcurrido con posterioridad. Por ejemplo, Ticio tiene un crédito y no lo exige; pasados cinco años de su vencimiento; Ticio es movilizado y permanece en el ejército los dos años que dura la guerra; más tarde, desmovilizado, empieza a correr de nuevo la prescripción, de forma que se producirá una vez que pasen otros cinco años después de su retorno. En consecuencia, será preciso que transcurran doce años sin que se ejercite su derecho, dentro de los cuales se comprenden los dos años de la movilización, del acreedor por causa del conflicto bélico"[38]. En el caso de nuestro país en materia de responsabilidad civil extracontractual la prescripción para accionar es de dos años, según lo señalado en el artículo 2001 del Código Civil y se comienza a computar desde la producción del daño o la vulneración del deber genérico de no dañar (*neminen laedere)*, pero este plazo prescriptorio se suspende durante la vigencia del proceso penal que se pueda iniciar como consecuencia del hecho dañoso y se volverá a computar desde que el proceso penal concluya.

La doctrina que sigo, refiriéndose a la interrupción señala que: "la interrupción se produce fundamentalmente cuando el titular realiza un acto del que se infiere su voluntad de ejercitar el derecho; a él se equipara

(36) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., pp. 69-70.
(37) TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., p. 140.
(38) Ibídem, p. 141.

el reconocimiento del derecho por parte de aquel que pretende alegar en su favor la prescripción. El efecto de la interrupción es el de que, a partir de su fecha, corre un nuevo periodo de prescripción, siempre que el titular siga sin ejercitar su derecho (artículo 2.945)"[39].

Las causas de la interrupción son, desde una perspectiva, clasificadas en civiles y naturales, como la interposición de una demanda (civiles) o el ejercicio de una servidumbre (naturales).

De esta manera el artículo 1.973 del Código Civil español declara que: "La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de deuda por el deudor". Para que la interrupción judicial produzca sus efectos, es necesario que la demanda reúna todos los requisitos legales, que el actor no dejare caducar la instancia y que la demanda no sea desestimada (art. 1.946), entendiéndose que la interrupción se produce en el momento de la citación al demandado, aunque sea hecha por juez incompetente (art. 1945).

El acto de conciliación produce también la interrupción de la prescripción, siempre que dentro de los dos meses siguientes a su celebración sea presentada la demanda judicial (art. 1947)"[40].

No es posible la suspensión ni interrupción en la caducidad ya que "esta posibilidad de interrupción no se da, en cambio, cuando el término señalado por la ley es un término de caducidad, ya que se entiende que este surge cuando la ley o la voluntad de los particulares señala un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que, transcurrido el término, no puede ya ser ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos potestativos, y más que a ellos, propiamente hablando, a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica y que a diferencia de la prescripción, pues así como esta tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, en la caducidad se atiende solo

(39) Ibídem, p. 141.
(40) DE COSSIO, Alfonso. Ob. cit., p. 195.

al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto de hablarse aquí de un plazo preclusivo”[41].

Otro sector de la doctrina española acerca de la interrupción de la prescripción señala que:

> “La causa de la prescripción es el ‘silencio de la relación jurídica’, es claro que la ruptura del silencio impedirá que la prescripción se produzca. Por ‘interrupción de la prescripción’ conocemos, pues, las causas que determinan un impedimento de la prescripción e imponen que el tiempo tenga que volver a contarse de nuevo por entero”[42]. La misma autorizada doctrina ha establecido con respecto a la diferencia entre interrupción y la suspensión que: “La interrupción es figura netamente distinta de la suspensión de la prescripción. En la suspensión hay una paralización del plazo prescriptivo, pero conserva su eficacia, pues el tiempo posterior a la suspensión se suma a él. La interrupción, por el contrario, lo borra, y el tiempo debe contarse de nuevo una vez cesada la eficacia de la causa interruptiva”[43].

Un sector de la doctrina italiana señala en cuanto a la **interrupción de la prescripción** que: “Aquí indudablemente, la actividad más frecuente se da en materia de créditos, donde el reconocimiento de la deuda (art. 1988) sirve para interrumpir la prescripción del derecho del acreedor”[44].

Dentro de los efectos de la prescripción podemos hablar del **efecto liberatorio de la prescripción**. Así se señala que: “efecto complementario y simétrico de la realizada extinción de derecho es, para el contra-interesado (propietario, deudor), la liberación de un derecho respecto de un límite, o, más a menudo, de un fundo respecto de una carga (arts. 954, 970, 1014, 1073, 1166 segundo apartado) o la liberación respecto de una obligación. Este ulterior efecto de la prescripción se hace valer

(41) DE COSSIO, Alfonso. Ob. cit., p. 196.
(42) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 437.
(43) Ídem.
(44) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 63.

por el derecho habiente, oponiéndolo como excepción, y puede hacerse valer por el acreedor del derechohabiente, o por otro interesado, si el derecho habiente renuncia a él: artículo 2939. Por lo tanto, cuando hace de medio de extinción de la obligación, la prescripción puede llamarse liberatoria"(45).

De otro lado se habla también de eficacia perentoria, señalándose que: "A veces, el efecto de la prescripción, es la adquisición de un derecho por parte de otro sujeto. La prescripción, operando en daño del titular del derecho, opera con eficacia perentoria, en el sentido de que el efecto extintivo que sigue a esa prescripción, no puede ser neutralizado o debilitado, por la oponibilidad de pruebas en contrario, tendentes a demostrar que la liberación del deudor, o del titular (propietario) del bien gravado, no ha tenido lugar, y que el derecho de crédito o el derecho real sobre cosa ajena no está extinguido"(46).

Siguiendo con el efecto de la prescripción, autorizada doctrina italiana señala que: "en tal sentido, el efecto de la *fattispecie* prescripcional es el de extinguir la accionabilidad de la pretensión sobrevenida de la violación del derecho de la contraparte"(47).

Sobre el silencio de la relación jurídica, la doctrina española dice que: "La falta de ejercicio del derecho es la inercia o la inactividad del titular (p. ej., acreedor que no reclama el pago de la deuda, propietario que no impide que un tercero usufructúe su finca). No obstante, esta falta de ejercicio debe ir unida a una falta de reconocimiento del derecho por parte del deudor o sujeto pasivo de la pretensión que contra él se tiene. Por esto algunos autores hablan de la necesidad del "silencio de la relación jurídica" (Alas, De Buen, Ramos). Esta idea es más apropiada para los derechos de crédito que para los derechos reales. En aquellos el acreedor no exige y el deudor no cumple ni reconoce nada; en los últimos, hay una actividad de tercero sobre la cosa (la posee) sin que su propietario reaccione"(48).

(45) Ídem.
(46) Ídem.
(47) MONATERI, Giuseppe. Ob. cit., p. 83.
(48) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 433.

Se ha indicado que **se sanciona la falta de defensa del derecho**. Así se ha señalado que: "en realidad, la prescripción extintiva no sanciona tanto la inercia del titular del derecho como la falta de defensa del mismo, según observó Carnelutti. El propietario que no goza de la finca no pierde nada, solo si frente al goce de un tercero que se inmiscuye en ella no reacciona ejercitando la acción oportuna"[49].

Con respecto al **momento inicial de la prescripción** y el **término prescripcional**, doctrina italiana señala: "Dicho con otras palabras, el término prescripcional (cualquiera que sea) fija el periodo de tiempo durante el cual el titular del derecho puede abstenerse impunemente del ejercicio del mismo: esto es, sin que el derecho se extinga; mientras que el derecho se extingue si la abstención se prolonga más allá del término prescripcional establecido en concreto por la ley"[50]. Así, con respecto al inicio del término se señala: "Acerca del transcurso del término, debe advertirse por una parte, que comienza a correr solamente desde el día en que pudo ser hecho valer (artículo *2935; infra n. 7 letra a*); y, por otra parte, que, aun tratándose de derecho que podía hacerse valer, la prescripción comienza a correr desde el último acto de ejercicio del derecho; sin embargo, en varios casos (cfr. Art. 2947, primer apartado, 2951, cuarto apartado, 2952, primer apartado, 2957) el inicio de la prescripción se puede fijar en un momento diverso"[51].

Sobre el **momento inicial de la prescripción sujeta a acto material**, se ha establecido que: "La prescripción se encuentra impedida, o sea que no puede comenzar a correr, mientras el derecho (aunque válido) no sea eficaz (hecho impeditivo objetivo: *arg.* Arts. 480, segundo y tercer apartados, 1166, parágrafo 168, parágrafo (sic), de la ley de quiebra); y, por consiguiente, no puede legalmente hacerse valer (*arg.* Art. 2935: *actioni nondum natae, non praescribitur).* Por lo tanto el momento inicial de la prescripción no coincide con aquel en que el titular tiene interés en obrar (o en hacer declarar la certeza del derecho), sino solamente con el momento en que puede ejercitar el derecho.

(49) Ídem.
(50) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 66.
(51) Ídem.

Sin embargo, el principio que se acaba de exponer queda modificado en que el curso de la prescripción opera igualmente cuando la eficacia del derecho a ejercitarse dependa de una mera declaración de voluntad del interesado (*toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris, o a voluntate creditoris pendet),* mientras que vuelve a valer el no transcurso de la prescripción cuando la eficacia dependa del cumplimiento de un acto material: en este segundo caso la prescripción corre solamente desde el cumplimiento del acto. Caso de falta de inicio del curso de la prescripción es, por ejemplo, el de los derechos sometidos a condición (suspensiva), o a término (inicial), puesto que no tendría sentido pensar en la inercia del titular, respecto de un derecho que él no puede todavía ejercitar"(52).

Sobre la **ubicación jurídica de la prescripción** se ha señalado: "Por ello, la prescripción se ubica entre los fenómenos de control de eficacia. Esto como *fattispecie* impeditiva de los efectos de otra *fattispecie* (Allara). Ya que refiere a la accionabilidad de la pretensión, la prescripción cursa desde el momento en el cual surge la pretensión misma, como consecuencia de la realización de un estado de hecho contrario al derecho del titular, como requerimiento concreto a una persona determinada, entonces, desde el momento de la violación del derecho del titular que concretiza el surgimiento de una pretensión"(53).

Volviendo al **comienzo del plazo prescriptorio** autorizada doctrina española ha señalado que: "En lo que la ley no disponga otra cosa es claro que se aplican las reglas generales de la prescripción. Y así para el comienzo del plazo que no tenga marcado otro momento, regirá el artículo 1969 (c.c. español), de modo que la prescripción empezará su curso desde el día en que pudo ejercitarse la acción de que se trate"(54).

Con respecto a la **renuncia de la prescripción** Messineo señala que: "El régimen legal de la prescripción es de derecho coactivo y, por tanto, inderogable por los particulares (art. 2936). La prescripción es de

(52) Ibídem, p. 67.
(53) MONATERI, Giuseppe. Ob. cit., p. 84.
(54) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La prescripción extintiva*. 2ª edición, Centro de Estudios del Colegio de registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 152.

orden público y, por consiguiente, puede ser opuesta en todo tiempo y en cualquier grado de la causa. Al deudor, y respectivamente al propietario del fundo gravado con carga, no le está permitido renunciar a los efectos de la prescripción, sino cuando la misma haya sido cumplida (art. 2937, segundo apartado); esto, porque hay también y sobre todo, un interés público en que la prescripción produzca su efecto; solamente después que este se ha producido, está en el poder dispositivo del individuo anular tal afecto, con un acto de voluntad contrario (expreso o tácito: art. 2937 tercer apartado). Y para efectuar válidamente la renuncia, es necesario el poder de disponer del derecho (art. 2937, primer apartado)"[55].

Sobre el mismo tema la doctrina española señala que: "Por si tenemos en cuenta que el favorecido con la prescripción puede renunciar a ella expresa o tácitamente (art. 1935 del CC), es claro que no es una institución que el juez deba estimar de oficio, sino que luego se deja a voluntad exclusiva del interesado o favorecido, que es quien ha de oponerla frente a la reclamación o ejercicio intempestivo del derecho"[56].

Otro aspecto interesante a tratar es el de **la prescripción como excepción y como derecho**. Sobre el tema se ha indicado que: "Así como si se tratase de una *fattispecie* impeditiva, este derecho se ejercita en el juicio como excepción en sentido propio. Tratándose más bien de un derecho, este es disponible por la parte misma, y puede ser renunciado, una vez que haya surgido. La renuncia es un verdadero negocio abdicativo que, removiendo los efectos de la *fattispecie* impeditiva, restituye la eficacia de la *fattispecie* originaria. Entonces, la *fattispecie* prescripcional es objetiva, también si no actúa de pleno derecho, presentándose a la disponibilidad de la parte el derecho que de esta llegue a paralizar la accionabilidad de la pretensión ajena. Esto significa que el crédito es "prescrito" cuando haya transcurrido el tiempo establecido, independientemente de cualquier pronunciamiento judicial"[57].

(55) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., pp. 53-54.
(56) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 438.
(57) MONATERI, Giuseppe. Ob. cit., p. 84.

Sobre la tesis del **crédito imperfecto** se ha señalado que: "En efecto la prescripción del crédito importa que tal crédito no sea más perfecto, sino subsista como crédito imperfecto" (Trabucchi)[58].

Con respecto a la **posición sobre la naturaleza procesal de la prescripción** se ha indicado que: "Actualmente, el mayor propugnador de la naturaleza procesal de la prescripción (Panza), arriba en efecto, a sus conclusiones sobre la base de la dificultades lógicas de la teoría de la extinción del derecho, y llega a la conclusión del efecto prescripcional como caducidad de la accionabilidad de la prescripción, que es hecha valer a merced de la excepción. Pero, precisamente, esta reconstrucción no justifica la adscripción del fenómeno prescripcional en el ámbito procesal"[59].

La tesis adoptada por Monateri es la **tesis sustancialista***,* la que refiere así: "Entonces, la tesis sustancialista (Coviello, Pugliese, Stolfi, Carnelutti. Grasso) es inmediatamente confirmada. Estamos en presencia de una *fattispecie* impeditiva de carácter sustancial, la que la norma considera incompatible con la verificación del caso de la relación. Ya que el contrario de la *fattispecie* impeditiva no es más que un hecho jurídico de eficacia positiva, se puede concluir que *fattispecie* impeditiva y hecho jurídico contrario a eficacia positiva son dos caras de la misma consideración normativa, y naturalmente la prueba de la *fattispecie* impeditiva incumbe a cualquiera que está interesado a la ausencia del caso, donde desciende su oponibilidad en vía de excepción[60].

En definitiva la **posición sustancialista de Monateri** se expresa de la siguiente forma: "Para concluir, la excepción en sentido propio, no es más que una locución que toma a merced el aspecto procesal al comprobarse la sustancialidad de una *fattispecie* impeditiva normativamente prevista (Falzea). Asimismo, como nosotros hemos especificado, la casuística prescripcional pertenece no tanto a la acción, sino a

(58) MONATERI, Giuseppe. Ob. cit., p. 85. El autor citado define la prescripción así: "Con base en este ítem, desde nuestra perspectiva, se arriba, entonces, a un concepto de prescripción, congruente con el tejido normativo del régimen codicístico de la misma, como *fattispecie* impeditiva de los efectos de otra *fattispecie*, que determina un fenómeno de ineficacia parcial de la *fattispecie* originaria", p. 85.

(59) MONATERI, Giuseppe. Ob. cit., p. 86.

(60) Ídem.

la deductibilidad en el proceso de la pretensión, que, sin extinguirla, la hace imperfecta, donde, precisamente, se trata de un fenómeno exquisitamente sustancial y, en efecto, procesal"[61]. Complementando su posición sustancialista el autor que vengo citando señala: "Francamente no se entiende ni siquiera el sentido de la objeción sino que esta es fundada sobre una evidente equivocación. Eficacia impeditiva de la *fattispecie* no significa ni eficacia preclusiva, ni eficacia extintiva: significa que si es verificada una contra eficacia, esto es una situación opuesta a la precedente. Precisamente, en cuanto el transcurso de la prescripción no extingue el derecho, ni la acción, esta no debe ser dirigida ni en vía preliminar, ni en vía principal. Y, en efecto, así como la pretensión (imperfecta) puede continuar a ser dirigida también sucesivamente al transcurso de la prescripción, la parte puede tener interés principalmente a desarrollar sus defensas de cumplimiento, por ejemplo, salvo a hacer resaltar ya no la extinción de la relación, sino verificar una *fattispecie* de opuesta eficacia"[62].

Sobre la **imprescriptibilidad de derechos** se habla de la **imprescriptibilidad de los derechos personalísimos, indisponibles** de la siguiente manera: "En tal sentido, no puede haber ninguna duda de la imprescriptibilidad de aquellas situaciones que atañen a la personalidad del sujeto (ej. El derecho a la integridad física, el nombre a la imagen: art. 5, 6,10). Puede tratarse de derechos connaturales a la existencia misma de la persona física, o de derechos adquiridos posteriormente en virtud de un hecho distinto del nacimiento (piénsese por ejemplo en el derecho moral de autor). Y de otra parte, la dificultad de identificar la estructura precisa de las figuras pertenecientes a una categoría tan vasta (como resulta de la propia directriz del art. 2 de la Const.: *retro,* n. 23; cap. IV, n. 16 ss.) refleja la necesidad de una precisa identificación del área de los derechos imprescriptibles (así, por ejemplo: si bien es ciertamente imprescriptible el "derecho del trabajador al descanso semanal y a vacaciones remuneradas" –art. 36, inc. 3º. Const.–, generalmente se piensa que no lo son los derechos del trabajador, considerados relativamente

(61) Ibídem, p. 87.
(62) Ibídem, p. 88.

irrenunciables e intransigibles por el art. 2113, en cuanto derivados de las normas inderogables de ley)[63].

La doctrina que vengo siguiendo indica que son imprescriptibles: Los derechos indisponibles como los derechos de la personalidad (ejemplo, el derecho personal de autor) y los derechos familiares personales (arg. art. 124) en cuanto sean conexos a la persona; el derecho de propiedad, las potestades, los derechos facultativos, el derecho de hacer y declarar la nulidad de los negocios jurídicos, la petición de herencia, el derecho de pedir la división, la impugnación de reconocimiento de hijo natural.

Otro tópico importante a tratar en materia de prescripción son las **obligaciones naturales**. Así se habla de **obligación natural (negromante)** señalándose que: "no solo se adhiere a la idea según la cual el pago del débito prescrito con efecto de *soluti retentio,* puede intervenir, no solo en la expiración del tiempo legislativo previsto, sino sucesivamente a la sentencia que se haya pronunciado sobre la intervenida prescripción, cuando el deudor habría antes determinado la extinción judicialmente acertada del propio débito y posteriormente lo hubiera revocado en vida cumpliéndolo, como si hubiese continuado a subsistir a la misma extinción. El deudor sería un negromante de los deudores"[64].

Sobre la coherencia del sistema y la *soluti retentio* se ha indicado que: "Entonces, el punto esencial es que cualquier relación debe permanecer en vida para justificar la *soluti retentio* del art. 2940 del CC, el cual, más bien, presenta la intervenida prescripción, donde, necesariamente, esta no puede determinar una extinción, sino debe, por necesidad, determinar cualquier otro efecto, si se quiere que la entera construcción, del artículo 2934 al 2940 del CC, sea tomada conjuntamente como sistema"[65].

Sobre la **prescripción de pensiones alimenticias y plazos breves**, así como la **prescripción quinquenal** se establece:

(63) BRECCIA, Humberto. Ob. cit., p. 392.
(64) MONATERI, Giuseppe. Ob. cit., p. 80.
(65) Ibídem, p. 81.

> "Dice el art. 1966 del CC español que:
>
> "Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:
>
> 1º **La de pagar pensiones alimenticias**
>
> 2º La de satisfacer el precio de los arriendos, sean estos de fincas rústicas o de fincas urbanas.
>
> 3º La de cualesquiera otros pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves" (resaltado mío).

Asimismo, la doctrina española que sigo, refiriéndose a los **pagos periódicos**, señala que: "Sin duda que en los tres casos que comprende, el artículo se dicta para pagos periódicos, porque aunque solo en el apartado 3ro se refiera expresamente a la periodicidad (al decir 'por años en plazo más breves'), en el 1º y en el 2º se da también esta, ya que se trata del pago de pensiones o de arriendos, pagos que también son periódicos"(66).

Así la racionalidad o el **fundamento para el plazo breve** se explica así:

> "Yo creo que esta, pues aunque la ley no lo diga expresamente (como tampoco dice que a la otra ni pone tiempo máximo de periodicidad ni para alimentos ni para arrendamientos) está claro que **la idea del legislador es recortar el tiempo de prescripción de quince años a cinco si la periodicidad de pago no *supra* el año**, y fuera de eso aplicar los quince años del plazo normal de prescripción, amén de que tiene dicho el T.S. (así en la sentencia de 20 de junio de 2001) que, en la duda, hay que optar por el plazo más largo de prescripción, no es sino aplicación de que el criterio de que la prescripción es de interpretación restrictiva por ser un instituto 'no fundado en la intrínseca justicia' como dice el T.S., luego, cuando menos, se la facilite, y no se la facilita, si se aplica el plazo más largo, más se restringe su aplicación" (resaltado nuestro)(67).

(66) ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit., p. 153.
(67) Ibídem, pp. 153-154.

En estricto sobre la prescripción de pensiones alimenticias se señala: "**2.** PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR PENSIONES ALIMENTICIAS.

Dice el artículo 151 que: "No es renunciable ni transmisible a tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas". Y agrega el artículo 1814 que: "No se puede transigir (…) sobre alimentos futuros".

De esos dos artículos, que sustraen a la libre disponibilidad de los interesados el derecho a percibir alimentos, queda claro que la disposición del art. 1966, 1º, de prescribir a los cinco años de pagar pensiones alimenticias, se refiere solo a las pensiones alimenticias atrasadas (según dice el art. 151, 2º, "pensiones alimenticias **atrasadas**"), es decir, que se deben porque, no pagadas a tiempo, están todavía por cobrar, pero no son necesarias para la subsistencia ahora del alimentista. Como dice el T.S. en su sentencia de 7 de octubre de 1970: "(…) debiéndose, por tanto, distinguir, como bien hicieron los juzgadores de instancia, entre el derecho de alimentos en sí, que según se ha dicho, no puede prescribir, y las concretas pensiones alimenticias ya devengadas a las que afecta el plazo del mencionado artículo 1966 (…)". Y en la sentencia del 24 de febrero de 1989 insistió el T.S. en que el artículo 1966, 1º, se refiere a las pensiones alimenticias correspondientes a los cinco años anteriores a la reclamación (F. de D. primero, "la prescripción que reconoce [el art. 1966] con relación a las pensiones alimenticias ya devengadas se refiere a las que provengan del periodo de tiempo precedente a los indicados cinco años anteriores a la presentación de la demanda en que se solicitan [los alimentos]"[(68)].

(68) Manuel Albaladejo, refiriéndose a la doctrina española más autorizada señala que: "El problema que dice Reglero (...) plantea el segundo inciso del artículo 148, 1º, sobre si el derecho a recibir alimentos solo nace desde la reclamación judicial, o si nace desde que concurre la necesidad de los mismos y la posibilidad de prestarlos, a mí me parece que hay que resolverlo entendiendo el texto legal en el sentido de que los pagos de la pensión, hay que abonarlos desde la demanda (en el sentido de abonar desde entonces los pagos de la pensión, que se produzcan en adelante, no de pagar desde entonces, los pagos que habrían debido hacerse desde que existió la necesidad de alimentos. Con diversas opiniones sobre el tema y recogiendo a otros autores". ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit., p. 154.

Así como las pensiones alimenticias, vencidas y no pagadas prescriben, ni el derecho a exigir alimentos, aunque se esté mucho tiempo teniéndolo y no ejercitándolo, ni las pensiones que vencerán en el futuro no son prescriptibles ahora, entre otras razones, porque no vencidas todavía, evidentemente no cabe que pueden comenzar a prescribir ya. La prescriptibilidad quinquenal que establece el artículo 1966 1º, de las pensiones alimenticias atrasadas, alcanza a los alimentos entre parientes de los arts. 93, 964 y 1408 del CC.) o procedentes de negocio jurídico (así los arts. 508, 879, etc.), siempre que se trate de pagos con periodicidad anual o inferior. Para concluir el presente número, solo señalar que las pensiones alimenticias que no sean de alimentos entre parientes, a los que alcanza el art. 148, para que deban abonarse no hace falta que se interponga demanda reclamándolas, sino que se deben abonar según que sea establecido en cada caso que sea" (resaltado nuestro)[69].

Es interesante y sugestiva la revisión del libro del autor que vengo citando, pues es un análisis integral de la prescripción en España. Me remitiré a informar de algunos de los puntos que en materia prescriptoria ha tratado con minuciosidad y haciendo gala del conocimiento de la jurisprudencia hispana desde inicios del siglo XX (y hasta antes) hasta la más actual. Así tenemos:

- Prescripción de los intereses.
- Prescripción quinquenal de los intereses compensatorios.
- Prescripción de los intereses moratorios.
- Sentencias que niegan la prescripción quinquenal de los interés.
- Prescripción trienal.
- La prescripción de las acciones de cobro de los profesionales jurídicos.
- La prescripción de reclamación de honorarios de otros profesionales.
- La prescripción de las acciones de cobro de créditos procedentes de otros servicios.

(69) Ibídem, pp. 154-155.

- La prescripción de cobro de créditos por hospedaje.
- La prescripción de las acciones de cobro del precio de los géneros vendidos.
- La prescripción anual.
- Daños extracontractuales.
- El caso de la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y otras materias que el autor citado trata de manera particular.

Siguiendo con los **plazos breves y largos**: "La ley prevé también plazos más breves y más largos. Recordaremos entre los más importantes, el de cinco años para pedir el resarcimiento de los daños derivados del hecho ilícito (art. 2947, que establece una excepción pare el caso que los daños se hubieran producido como consecuencia de la circulación de vehículos, en cuyo supuesto la prescripción será de dos años), para solicitar el cobro de las rentas de los arrendamientos, para el cobro de las anualidades de pensiones vitalicias y de alimentos, para demandar los intereses y demás pagos que deban realizarse mensual o anualmente, para el cobro de las indemnizaciones debidas por cesación de la relación laboral (art. 2.948) (…)"[70].

En la doctrina española que aborda la **prescripción de alimentos** se ha señalado que: "También ha de excepcionarse de la prescripción extintiva la acción para reclamar alimentos al que debe prestarlos por disposición legal en los supuestos de deuda alimenticia entre parientes, si bien lo imprescriptible acá es el derecho a reclamarlos, no las pensiones devengadas y no exigidas. Se considera que el derecho de alimentos es esencial para la vida del necesitado de ellos y no puede extinguirse nunca (art. 151 del CC)" (resaltado nuestro)[71].

La doctrina que vengo siguiendo al referirse a **la prescripción de pensiones alimenticias** señala que: "El artículo 1966 del CC enumera además dos obligaciones específicas:

(70) TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., p. 139.
(71) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., pp. 434-435.

1º la de pagar las pensiones alimenticias. El derecho de alimentos no prescribe nunca. El padre, por ejemplo, tiene derecho a reclamarlos de su hijo siempre que los necesite para su subsistencia. Pero establecida la obligación del hijo de pagarlos por meses anticipados (art. 148 del CC), cabe la prescripción de la obligación de pago referente a cada uno de los meses en que no la haya cumplido. En suma, solo prescriben las pensiones devengadas y no satisfechas(72).

La doctrina francesa al referirse a la **prescripción de cinco años**, señala que: "su importancia: gran número de acciones están sometidas a una prescripción de cinco años, cuya importancia práctica es considerable, y cuya aplicación es cotidiana (art. 2277). Según la fórmula general con que termina este artículo, los créditos a él son aquellos que se "pagan por anualidades o en plazos periódicos más breves". Pero es necesario que el crédito tenga carácter de fijeza. Más adelante veremos que existen prescripciones más rápidas, para ciertos créditos periódicos.

Su origen y desarrollo parece que fue establecida por la ordenanza de Luis XII, en junio de 1510 (art. 71) que contiene numerosas disposiciones reglamentarias sobre la prescripción, y que estableció, principalmente, la prescripción de diez años para las acciones de rescisión. Al principio la prescripción de cinco años solo se aplicó a las pensiones de las rentas constituidas, y permaneció en ese estado durante un periodo de tres siglos. El decreto del 20 de agosto de 1792 la aplicó a las rentas prediales, el de 24 de agosto de 1793, a las rentas vitalicias dedicadas por el Estado: el artículo 2277 del Código Civil le dio un alcance mucho más amplio, aplicándola a todas las rentas pagaderas anualmente, o en intervalos periódicos más cortos. Por tanto la disposición general del artículo 2277 se aplica a todas las deudas periódicas, exceptuándose las que están sometidas, por textos especiales por prescripciones más rápidas, como las deudas de suministros y de salarios previstas por los artículos 2271 y 2272. El Código Civil realizó un progreso que Michelle de Marilhac inútilmente había intentado lograr en su ordenanza de 1629, la que fracasó ante la implacable oposición de los funcionarios judiciales" (resaltado nuestro)(73).

(72) Ibídem, p. 435.
(73) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Ob. cit., p. 728.

Así la legislación francesa establece que: "prescriben a los cinco años:

'4) Las **pensiones alimenticias insolutas** (art. 2277). Dado que estas pensiones son vitalicias resulta inútil que se hayan enumerado separadamente'"[74]. En la legislación francesa también prescriben a los cinco años la exigencia de:

- Las rentas de los arrendamientos de bienes inmuebles
- Los intereses de los capitales
- Las pensiones de las rentas vitalicias o perpetuas (art. 2277). Estas pensiones determinaron el establecimientos de la prescripción de cinco años.
- Los sueldos de los funcionarios
- Los salarios de los dependientes y empleados que se paguen mensualmente
- La acción de restitución de los documentos confiados a un juez o a un abogado[75].

En el caso de la doctrina nacional sobre **prescripción** y **caducidad** se ha indicado que la primera teoría (concepción unitaria) tiene como premisa el hecho de que la prescripción extintiva y la caducidad son dos aspectos distintos de una misma institución. Este planteamiento es el recogido por el *Code*, el cual no establece distinción alguna. Sobre el particular dice Marcial Rubio: "En la historia del Derecho, no ha existido un concepto claro sobre la prescripción extintiva, principalmente, en cuanto atañe a su diferencia con la caducidad"[76].

Roca Sastre citado por Puig Brutau en su famoso texto sobre caducidad y prescripción extintiva ha escrito: "En la caducidad, la ley o las partes establecen: tal derecho solo tendrá una duración de tantos días o

(74) Ídem.
(75) Ídem.
(76) RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, p. 25.

años a contar de determinada fecha; en la prescripción la ley dice: tal derecho subsistirá mientras no se produzca el hecho de no ejecutarlo o de permanecer inactivo durante tantos años o días. La caducidad es un hecho simple, de fácil comprobación y puro automatismo; por eso no requiere litis y todo funcionario puede declarar que la misma se ha producido. No así la prescripción, pues esta es un hecho complejo, dados sus problemas de cómputo, interrupción, etc.”(77).

Por su parte, Fernando Vidal precisa que: “La doctrina ha prestado poca atención a la caducidad y la codificación civil no ha relevado su tratamiento, habiéndosele confundido con la prescripción y, es más, subsumido sus plazos dentro de los de esta”(78).

Como dijimos precedentemente entre la caducidad y la prescripción extintiva existe una afinidad que “se sustenta en el transcurso del tiempo y, por eso, por largo tiempo, en la doctrina y en la codificación se les confundía, entendiéndose a la primera como una forma de la segunda”(79). El mismo Fernando Vidal ha resaltado este dato al manifestar que: “La caducidad, como la prescripción extintiva, produce su efecto por el mero transcurso del tiempo y ello era lo que producía la confusión”(80).

La situación de las instituciones tratadas en el código vigente es descrita con claridad pedagógica por Marcial Rubio, quien señala:

“El Derecho Civil, y nuestro Código vigente, contienen dos conceptos distintos denominados como prescripción, y otros dos conceptos nombrados bajo la palabra caducidad (…). Prescripciones y caducidades tienen, todas, un factor común: están referidas a ciertos efectos que, en el Derecho, produce el transcurso del tiempo. Sin embargo, los efectos son distintos en cada uno de los cuatro casos.

Las prescripciones se dividen en adquisitiva y extintiva. La prescripción adquisitiva es un modo de adquisición de la propiedad en el

(77) PUIG BRUTAU, José. *Caducidad y prescripción extintiva*. Bosch, Barcelona, 1986, p. 8, citando a Ramón M. Roca sastre y Luis Roca - Sastre Muncunill. *Derecho Hipotecario*. 7ª edición, tomo IV-2, Barcelona, 1979, p. 1.216.
(78) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 197.
(79) Ibídem, p. 203.
(80) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Comentario al artículo 2003”. En: *Código Civil comentado.* Gaceta Jurídica, Lima, p. 341.

que confluyen dos factores determinantes: el transcurso de un cierto lapso, y la existencia de una determinada calidad de posesión sobre el bien materia del caso (…). La prescripción extintiva es una institución jurídica según la cual, el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene, para exigir un derecho ante los tribunales. Consustancial a la prescripción extintiva es la despreocupación del sujeto para exigir su derecho durante el lapso mencionado. De esta manera, la diferencia fundamental entre las dos prescripciones consiste en que la adquisitiva permite adquirir la propiedad sobre un bien; en tanto que la extintiva hace desaparecer la acción que respalda al derecho que se tiene (…). En lo que se refiere a la caducidad, ella tiene dos variantes: existe la que se refiere a instituciones y actos; y la que se refiere a acciones y derechos.

La caducidad de instituciones y actos, consiste en la extinción de este tipo de figuras jurídicas. Así, en el Código Civil peruano se dice que caducan los poderes (art. 264)[81]; los testamentos (arts. 715-720)[82]; la

(81) **Artículo 264.-** El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de celebración. El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente. El poder **caduca** a los seis meses de otorgado".

(82) **Artículo 715.-** El Testamento Militar **caduca** a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias. El plazo de caducidad se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador sin perjuicio del término de la distancia. Si el testador muere antes del plazo señalado para la caducidad, sus presuntos herederos y legatarios pedirán ante el juez en cuyo poder se encuentre el testamento su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los artículos 707, segundo párrafo a 711. Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 712 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

Artículo 720.- El testamento marítimo **caduca** a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador. Si muere antes del vencimiento de este plazo, sus presuntos herederos y legatarios pedirán al juez en cuyo poder se encuentre, su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los artículos 707, segundo párrafo, a 711. Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 716 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

oferta (art. 1385)[83]; la facultad de revocar donaciones (art. 1639)[84]; el crédito del hospedante dentro del contrato de hospedaje (art. 1725)[85]; y, el plazo para que el comitente comunique al contratista las diversidades o vicios de la obra sometida al contrato de obra (art. 1783)[86].

A su lado, existe la caducidad simultánea de acciones y derechos, señalada en el artículo 2003 del Código Civil: "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente"[87].

Este mismo autor señala más adelante las siguientes ideas que nos sirven para identificar su concepción sobre la prescripción extintiva, indicando al respecto:

> "(…) el artículo 1989 del Código Civil establece que la prescripción es una institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la acción, dejando subsistente el derecho que le sirve de base. Ello nos lleva a discutir los conceptos de acción y de derecho (…). Tal como queda configurado en el artículo 1989, el Derecho es lo que en doctrina se denomina derecho subjetivo, al que se define de muchísimas maneras pero que, en esencia, es la potestad o atribución que

(83) **Artículo 1385.-** La oferta **caduca**:
1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por este.
3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con esta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

(84) **Artículo 1639.-** "La facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637" (causas de indignidad y desheredación).

(85) **Artículo 1725.-** El crédito del hospedante **caduca** a los seis meses contados a partir del momento de la terminación del contrato.

(86) **Artículo 1783.-** El comitente puede solicitar a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño. Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios. El comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recepcionada la obra. Este plazo es de **caducidad**. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra.

(87) RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 15 y ss.

> se encarna en una persona, a partir de un texto normativo, para perseguir legítimamente su interés o beneficio"[88].

El concepto de acción ha recibido diversas definiciones. Para el autor en mención la acción es la atribución que tienen las personas de recurrir ante los tribunales para que, poniéndose en movimiento la maquinaria de administración de justicia, se les reconozca o se mande hacer efectivo su derecho"[89]. En este sentido Rubio manifiesta que: "(…) la prescripción de que tratamos, tiene como efecto directo la generación de obligaciones naturales, es decir, de derechos subjetivos desprovistos de acción, pero que aún conservan un mínimo respaldo 'pasivo' del Estado"[90].

En España la diferencia entre prescripción extintiva y caducidad se consolida a partir de la obra de Alas, de Buen y Ramos, **De la prescripción extintiva**, publicada en Madrid allá por 1918[91]. Siguiendo a autores alemanes e italianos, establecen claramente la diferencia. En la caducidad el tiempo fija el principio y fin del derecho. "Tanto tiempo, tanto derecho", se dice en alemán (*wie viel Frist, so viel Recht)*[92] . En el Derecho español la jurisprudencia había abordado con claridad meridiana lo referente a la distinción entre prescripción y caducidad, ya desde la década de los años 50 del siglo precedente. Así, por ejemplo, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sido clara y reiterativa a través de sus pronunciamientos, como la sentencia del 25 de setiembre de 1950 (Aranzadi, número 1.406)[93], que declaró que la prescripción descansa en la

(88) Marcial Rubio explica que: "Salvo ciertas excepciones específicamente establecidas en la legislación (como por ejemplo la no exigibilidad por acción de las deudas de juego y apuesta no autorizados ni prohibidos de que habla el artículo 1943 del mismo Código), a todo derecho subjetivo acompaña el derecho de acción". RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 27.

(89) RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., pp. 26 y 27.

(90) Ibídem, p. 28. Este respaldo "pasivo" es explicado por el autor de la forma siguiente: "(…) existe también un respaldo pasivo del Estado, y consiste en que si bien en ciertos casos no se otorga la acción al derecho subjetivo, sí se protege al acreedor frente al cual el deudor cumple con su obligación, tales son, a manera de ejemplo, los preceptos contenidos en los artículo 1725 y segundo párrafo del artículo 1943, en los que establecen que no hay lugar a repetición (es decir, devolución), cuando se paga una deuda prescrita, o cuando se paga una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados".

(91) ALAS, Leopoldo; DE BUEN, Demófilo y RAMOS, Enrique. *De la prescripción extintiva*. Imprenta Ibérica, Madrid, 1918.

(92) Citado por PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., p. 8.

(93) Citada por PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., p. 8.

necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos y en la presunción de abandono por parte del titular, al paso que la caducidad "se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo, siendo la prescripción estimable solo a instancia de parte y la caducidad también de oficio por el Tribunal, susceptible la prescripción de interrupción por actos del que por ella puede resultar perjudicado, al paso que la caducidad no admite en ningún caso la interrupción del tiempo cuyo simple transcurso la origina"(94). En opinión con la que concordamos, el destacado jurista citado(95) concluye resumiendo que: "los conceptos de caducidad y prescripción se distinguen profundamente, pues el primero responde a una situación temporalmente delimitada de antemano, de manera que se sabe cuándo se iniciará y al propio tiempo cuándo terminará, mientras que la prescripción afecta derechos que, en principio, no tiene una limitación temporal, pero con la posibilidad de que el transcurso de un periodo suficiente para su normal ejercicio permita al obligado considerarse liberado de tener que realizar necesariamente su prestación".

(94) Así también es importante destacar la sentencia del 22 de diciembre de 1950 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Núm. 1.846): "En la prescripción extintiva a diferencia de lo que ocurre en la caducidad de derechos, acciones o exigencias, el factor tiempo señalado por la ley puede ser detenido en su marcha, tendente a la extinción de relaciones jurídicas, si median determinados actos obstativos al designio prescriptivo, que no siempre producen los mismos efectos, pues unas veces suspenden el curso del plazo liberatorio –*prae scriptio dormit*– sin anular el transcurrido anteriormente, el cual será unido, en el cómputo del plazo prescriptivo al que transcurra después de cesar la causa de la suspensión, y otras veces no solo paralizan el curso del plazo mientras dicha causa actúa, sino que interrumpen en sentido jurídico o invalidan el tiempo pasado anterior, comenzando a correr de nuevo la prescripción al cesar el acto obstativo, como si hasta este momento no hubiera existido la inactividad, silencio o no ejercicio del derecho que, por razones de interés social, no ha venido con una prolongada incertidumbre jurídica, constituye el fundamento de la prescripción" (citado por PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., p. 9). Con suma claridad la sentencia del 5 de julio de 1957 (RJA, núm. 2.554) expresa: "Cuando se otorga un tiempo determinado para su ejercicio, se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual el derecho de que se trata ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuanta por el juzgador aun cuando solo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor expresa, pues de oficio ha de ser acordada; mientras que por el contrario la prescripción hace referencia tan solo a las pretensiones que las partes pueden deducir, no a los derechos que les afectan, quedando estos solo paralizados mediante la excepción que se promueve, excepción que solo cabe admitir cuando por la parte expresamente se articula; respondiendo aquella, la primera, a la necesidad de dar seguridades al tráfico jurídico, y estando la segunda, la prescripción, fundada en la conveniencia de poner término a la incertidumbre de los derechos, entendiéndolos abandonados cuando su titular no los ejercita" (citada por PUIG BRUTAU, José, p. 10).

(95) PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., p. 11.

La inercia del pretensor hace fenecer el derecho que a reclamar tenía. Por regla, todos los derechos patrimoniales son, así, susceptibles de prescripción. Este tiene lugar, pues, trátese de derechos crediticios o de derechos reales. No funciona tratándose de derechos relativos al estado de las personas, ni a los de familia, por regla general"(96). Más adelante acota que: "La prescripción funciona específicamente contra la pretensión del acreedor de un derecho. La prescripción paraliza esta pretensión, pero ello no significa en puridad de principio, que destruye el derecho mismo. Esto se comprueba, pues aun prescrita la acción, el derecho puede suscitar efectos jurídicos: pago con no repetición, reconocimiento de la obligación, constitución de una seguridad, novación"(97).

Sobre el interés público o privado de la prescripción, Marcial Rubio muestra su discrepancia sobre aquellas opiniones que identifican a la prescripción con una finalidad de interés público, expresando que: "(...) el debate que la doctrina ha planteado entre un interés público frente al transcurso del plazo de prescripción (hasta que ella es ganada), y luego la existencia de un interés individual (que puede o no alegar la prescripción), es equivocado en su fundamento. Dentro de la prescripción coexisten siempre un interés público en el sentido de que las acciones tengan un término final (salvo las imprescriptibles), y el interés individual de beneficiarse primero con la no interrupción del plazo por acto propio unilateral y, luego, el interés individual de alegar la prescripción lograda. Estos dos intereses (público y particular) siempre coexisten, y, en cualquier momento, el interés individual puede ser renunciado, bien interrumpiendo el plazo que corre, bien no alegando la prescripción obtenida"(98).

(96) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo VIII, WG Editor, Lima, 1992, p. 81.

(97) Ibídem, p. 82. Es interesante destacar dos ideas más del maestro: "El efecto de la prescripción es hacer inexigible la obligación. Es por eso, un medio extintivo de las obligaciones. Esto es lo característico de la figura. No es pertinente, pues, ver en ella un elemento presuntivo de liberación del deudor por causa distinta, como por ejemplo por pago efectuado por el deudor, por remisión de la deuda, o cualquier otro motivo presuntivo". "Si la prescripción solo otorga al deudor un medio defensivo para oponerse a la exigencia del acreedor, pero no es una causa destructiva del derecho mismo de este, la obligación prescrita queda en la condición de una natural, y de aquí que no puede repetirse lo pagado en virtud de una obligación prescrita". p. 85.

(98) RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 34.

Sobre el carácter de la prescripción extintiva como un mecanismo de defensa primordialmente, Eugenia Ariano lo ha desarrollado con prolijidad, señalando que:

> "(…) el artículo 1989, siguiendo una larga tradición, ha establecido que el objeto de la extinción por prescripción es la acción y no (directamente) la relación jurídica sustancial, queriéndose evidenciar que el fenómeno prescriptorio opera, en definitiva, privando de concreta **tutelabilidad** a aquellas situaciones jurídicas subjetivas sustanciales que han permanecido inactuadas durante un tiempo"(99). La misma autora resalta las "fases" del fenómeno prescriptorio(100):
>
> a) Preliminar: va desde el surgimiento de la relación jurídica (y de las consecuentes situaciones jurídicas subjetivas: activas o de ventaja, y pasivas o de desventaja) hasta el vencimiento del periodo de tiempo señalado por ley.
>
> b) constitutiva: se perfecciona el fenómeno prescriptorio por el actuar de quien se beneficia con él.

VI. COMENTARIO FINAL Y LA NECESIDAD DE RACIONALIZAR EL TIEMPO

Como hemos apreciado a lo largo del presente análisis el argumento de quienes propugnan la ampliación del plazo presciptorio de dos a diez años (inclusive a quince años en un reciente proyecto de ley) para poder exigir las pensiones alimenticias derivadas de una sentencia judicial carece de un basamento sólido, recurriendo al emotivo pero insuficiente argumento del interés superior del niño, cuando precisamente este interés requiere de normas que incentiven la ejecución de las pensiones alimentarias en plazo corto, así lo demuestra la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparada.

(99) ARIANO DEHO, Eugenia. "Comentario al artículo 1990". En: *Código Civil comentado.* Ob. cit., p. 258.
(100) Ibídem, p. 259.

Reitero, la posición del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y del Congreso de la República (ampliación legislativa del plazo prescriptorio de dos a quince años), en este caso concreto, no me parece una posición lo suficientemente analizada y meditada, pues el hecho de que hayan plazos de prescripción más breves (llamados plazos breves en otros ordenamientos jurídicos) no significa una vulneración a las situaciones jurídicas subjetivas de los niños o de los adolescentes sino que, por el contrario, de la revisión de las normas de Derecho comparado, aparecen como plazos prescriptorios que se originan en la sentencia ejecutoriada que resuelve un proceso urgente como es el de alimentos. **Argumento central para establecer el plazo breve en materia de prescripción alimentaria por las legislaciones comparadas, es el hecho que estamos ante prestaciones periódicas cuya periodicidad es menor a un año. En el caso de las pensiones alimenticias, por lo general, la periodicidad ordenada por los jueces es mensual, por lo que, cuando se da esta figura de periodicidad de la prestación corta, el plazo prescriptorio debe ser también breve.**

De esta manera, ya no serían exigibles las pensiones alimentarias vencidas cuando la inercia del vencedor en juicio, para exigir las prestaciones alimentarias, haya sido mayor a dos años computados desde que la pensión alimentaria de periodicidad, generalmente, mensual haya sido exigible. Si se desea se puede evaluar la posibilidad de aumentar el plazo prescriptorio para la exigibilidad de las pensiones alimenticias derivadas de una sentencia judicial a cinco años, pero no por los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional, por la sentencia de la Corte Suprema analizada y menos, por el inmotivado proyecto de ley del Congreso de la República que busca elevar el plazo indicado a quince años.

Finalmente, sirva este ensayo para invocar la necesidad de ampliar el interés académico sobre instituciones tan importantes como la prescripción y la caducidad para, de tal manera, tratar de llenar el vacío de investigaciones en materias tan importantes pero tan poco tratadas con rigor. Ello, sin duda, es una inercia que puede extinguir nuestro derecho al conocimiento y utilización racional del tiempo.

El nuevo plazo de prescripción que proviene de las pensiones alimenticias

María Isabel SOKOLICH ALVA(*)

I. EL PLENO JURISDICCIONAL DE HUÁNUCO (2011)

Recientemente se ha promulgado la Ley N° 30179, que modifica el inciso 4 y adiciona el inciso 5 al artículo 2001 del Código Civil(1), de tal forma que se establece que: "la acción que proviene de la pensión alimenticia prescribe a los quince años". El cambio normativo resulta interesante analizar, más aún si se tiene en cuenta que no ha existido uniformidad de

(*) Fiscal Adjunto Supremo Titular. Ex Fiscal Superior Penal Titular y ex Fiscal Provincial de Familia Titular. Doctorando en Derecho y magíster en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia. Docente de la Maestría de Derecho Civil con mención en Derecho de Familia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé), en la Maestría en Derecho de Familia de la Universidad de San Martín de Porres y en la Maestría de Derecho de Familia y de la Persona de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

(1) Antes de la modificación la norma estaba redactada en los términos siguientes:
Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:
1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
2. A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.
3. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.
4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.

criterios al aplicar el plazo de prescripción previsto por el mencionado inciso 4 cuando estaba en discusión la pensión de alimentos a favor de los niños, niñas y adolescentes; ello motivó, por ejemplo, que en octubre del año 2011, los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, reunidos en Pleno acordaran "por mayoría" respecto del tema "La prescripción de la pensión de alimentos devengados" lo siguiente:

> "Las pensiones alimenticias devengadas son consecuencia de una ejecutoria, por lo tanto el plazo de prescripción aplicable es el previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, precisando que en caso de solicitarse la suspensión de la prescripción tratándose de personas menores de edad debe aplicarse lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 1994 del Código Civil que establece que se suspende la prescripción, entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela".

El sustento del acuerdo fue el siguiente:

- Los devengados de la pensión de alimentos nace de una ejecutoria (sentencia de alimentos).
- Se prioriza el principio del interés superior del niño, toda vez que al efectuarse una ponderación entre el derecho alimentario de un menor de edad y el derecho prescriptorio como efecto liberatorio de una obligación, debe primar el primero por su condición de vulnerabilidad.
- Teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional en derechos pensionarios como gastos de sepelio y luto ha establecido que tiene el carácter de alimentario y, por ende, es imprescriptible, con mayor razón tratándose de pensiones alimenticias devengadas de menores de edad.

Como es de advertir, los magistrados coincidieron, en cuanto al aspecto procesal, que no resultaba atendible aplicar el plazo de prescripción de dos años establecido por el aludido numeral 4 del artículo 2001 del Código Civil por cuanto el mismo dispositivo legal en su numeral 1 fijaba un plazo mayor tratándose de la acción que nace de una ejecutoria (10 años), lo cual resultaba un contrasentido si se tiene en cuenta

que toda resolución judicial recaída en un proceso de alimentos que ha adquirido la calidad de cosa juzgada constituye una ejecutoria.

En cuanto al aspecto sustantivo, ante la necesidad de ponderación de los derechos en conflicto en, de un lado, el derecho alimentario de un niño y, de otro, el derecho a la prescripción a efectos de extinguir obligaciones, se privilegia el primero, en clara observancia del principio del interés superior del niño consagrado por el artículo 3 de la Convención[(2)] y, a nivel nacional por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que conforma el bloque de constitucionalidad a que se refiere el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, que supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.

II. EL PLENO JURISDICCIONAL DE ICA (2011)

Ahora bien, en noviembre del mismo año, en la ciudad de Ica, se realizó el Pleno Nacional de Familia, entre cuyos temas igualmente se analizó si era "procedente la prescripción de las pensiones alimenticias cuyos beneficiarios son menores de edad". Las ponencias debatidas fueron las siguientes:

> **Primera ponencia**:
>
> No es aplicable el plazo de prescripción previsto en el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil cuando el beneficiario de la pensión de alimentos es menor de edad, pues el plazo de prescripción se halla suspendido en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1994, inciso 8 del Código Civil.
>
> **Segunda ponencia**:
>
> Si es procedente solicitar la prescripción de la obligación alimentaria, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil.

(2) Vease: Convención sobre los Derechos del Niño.

Tercera ponencia:

Si es procedente solicitar la prescripción de la obligación alimentaria, pero el plazo de prescripción debe ser de diez años en aplicación de lo dispuesto por el artículo 2001, inciso 1 del Código Civil.

La conclusión del pleno fue optar por la primera ponencia; sin embargo, consideramos oportuno analizar el fundamento jurídico que sustentaron cada una de las ponencias sometidas a debate.

1. Primera ponencia

Ante una sentencia que ordena al demandado el pago de una pensión alimenticia, resulta de aplicación el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial concordado con el artículo 139, inciso 2 de la Constitución Política del Estado[3], por lo que el demandado se encuentra obligado a satisfacer dicha obligación.

Resulta de aplicación el artículo 1994, inciso 4 del Código Civil que establece que se suspende la prescripción "entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o tutela" de tal forma la

(3) **Constitución Política**
Artículo 4.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.
Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.
Esta disposición no afecta el derecho de gracia.
Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(…)
2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

prescripción suspendida comienza a correr desde la fecha en que el alimentista se encuentre en la potestad de ejercer directamente su derecho; cumplida la mayoría de edad y transcurrido el plazo prescriptorio de dos años regulado en la Ley, entonces corresponde declarar la prescripción de la obligación alimentaria.

Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes referente al principio del interés superior del niño, siendo así, aun cuando hubiese transcurrido el plazo de prescripción previsto en la Ley, el menor no está posibilitado de accionar por sí mismo y, por lo tanto, la inacción de la madre no puede perjudicarlo y conllevar a la pérdida de la pensión de alimentos que asegure su subsistencia.

2. Segunda ponencia

Es jurídicamente admisible que se solicite la prescripción extintiva de los devengados de las pensiones alimenticia y que esta se declare fundada, por cuanto la prescripción se da en razón de la inacción del titular del derecho (o representante legal y/o procesal) que a través del tiempo genera efectos jurídicos, pues considerar que no prescribe el cobro de devengados impediría uno de los fines del Derecho como es la seguridad jurídica.

Tratándose del cobro de devengados de pensión alimenticia el no reclamo oportuno de los mismos importa el desinterés en su cobro; la prescripción extintiva reconoce a la parte pasiva de la relación jurídica la liberación de las pretensiones como consecuencia de la inacción y el transcurso del tiempo, conforme al inciso 4) del artículo 2001 del Código Civil.

3. Tercera ponencia

Se sustenta en los alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de mayo de 2011 recaída en el Exp. Nº 02132-2008-PA/TC.

La ponencia asumida por mayoría, fundamentada en lo establecido por el artículo 1994, inciso 4 del Código Civil y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, parte de una premisa clara, desde nuestro punto de vista, “siendo obligación del Estado

y la sociedad prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño en todos los temas que los involucre, dada su condición de vulnerabilidad, no resultaba coherente ni justo trasladarle las consecuencias de la inacción de su representante legal".

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (EXP. Nº 02132-2008-PA/TC)

Esta primera conclusión, de alguna forma se desarrolla en la sentencia recaída en el Exp. Nº 02132-2008-PA/TC(4), cuyos hechos, historia procesal y fundamentos reproducimos brevemente a continuación.

1. Hechos

Se trata del recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Felícita Elizabeth Martínez García contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que revocando la apelada declaró improcedente la demanda de amparo.

La actora con fecha 17 de setiembre de 2004 interpuso demanda contra el Tercer Juzgado de Familia de Ica, el Primer Juzgado de Familia de Ica y el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Ica, con el objeto que se declaren nulas las resoluciones: i) Nº 5, de fecha 19 de marzo de 2004, que confirmó la resolución Nº 79 de fecha 16 de diciembre de 2003, que a su vez declaró la prescripción de la ejecución de sentencia de las pensiones alimenticias devengadas; ii) Nº 8, de fecha 1 de abril de 2004, que resolvió integrar la Resolución Nº 5 estableciendo la prescripción de la ejecución de sentencia de las pensiones alimenticias desde el 21 de febrero de 1994 hasta el 20 de febrero de 2001; y iii) Nº 10, de fecha 22 de mayo de 2004, que declara improcedente la nulidad deducida por la recurrente; resoluciones todas sobre aumento de alimentos en favor de su menor hija A.F.S.M.

Sostiene la accionante que las cuestionadas resoluciones judiciales han vulnerado su derecho al debido proceso, a la igualdad ante la ley y a la protección especial del niño y del adolescente, pues han declarado la prescripción de ejecución de la sentencia sobre pensión alimenticia

(4) Véase <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>.

en aplicación del artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, sin verificar la interrupción de la prescripción y sin pronunciarse respecto de la Ley Nº 27057, que modifica el Código de los Niños y Adolescentes.

2. Historia procesal

Con fecha 28 de diciembre de 2005 la Sala Civil de Vacaciones de la Corte Superior de Ica declara fundada la demanda en el extremo que solicita se declare nulas las Resoluciones Nºs 5, 8 y 10; e improcedente sobre el pago de indemnización de daños y perjuicios.

Con fecha 21 de agosto de 2007, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, revocando la apelada, declara improcedente la demanda por considerar que la resolución del juez, confirmada por el superior, que declaró la prescripción (en parte) del cobro de las pensiones devengadas ha sido expedida con arreglo a ley, no existiendo irregularidad alguna ni vulneración del derecho al debido proceso.

3. Fundamentos

El problema central del presente caso se circunscribe a verificar si en la etapa de ejecución del proceso de alimentos cuestionado es de aplicación o no el artículo 2001, inciso 4) del Código Civil, que establece un plazo de prescripción de dos años para aquella acción que pretenda el cobro de la pensión fijada en una sentencia.

Las resoluciones judiciales cuestionadas en el proceso constitucional de autos se fundamentan en la aplicación del inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, el que, a su vez, limita el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños y adolescentes a percibir alimentos –determinados en una sentencia–, entre otros aspectos.

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental en cuanto establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (…)”. Tal contenido es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado

peruano mediante Resolución Legislativa Nº 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990.

El objetivo de la disposición que establece la prescripción en un plazo de dos años de las pensiones de alimentos establecidas en una sentencia, es impedir situaciones de indefinición respecto del cobro de pensiones fijadas en tal sentencia ante la inacción de quien se encuentra legitimado para exigir tal cobro, evitando así supuestos que afectan la seguridad jurídica y el orden público. Tal es el estado de cosas pretendido por el artículo 2001 inciso 4 del Código Civil. Este objetivo se justifica con la prosecución de determinados principios constitucionales tales como el principio de seguridad jurídica y el principio de orden público, los cuales se desprenden de la fórmula de Estado de Derecho contenida en los artículos 3 y 43 de la Constitución.

El artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, que limita el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños y adolescentes a percibir alimentos –determinados en una sentencia–, no resulta absolutamente necesaria para la consecución del objetivo que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas del aludido derecho fundamental, como por ejemplo el establecimiento de un plazo de prescripción mayor, más aún si se tiene en consideración que ya el inciso 1) del mencionado artículo 2001 del Código Civil establece la prescripción de la acción que nace de una ejecutoria (que puede versar sobre cualquier asunto) en un plazo de 10 años. Resulta arbitrario que el legislador del Código Civil haya fijado un plazo de prescripción de 2 años para aquella acción que nace de una sentencia que fija una pensión de alimentos, pero que en el caso de la acción que nace de una ejecutoria que fija cualquier otro tipo de pago haya establecido un plazo de 10 años, más aún si se toma en consideración que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y del adolescente (el mismo que se desprende del artículo 4 de la Norma Fundamental) exige un trato especial respecto de tales menores de edad, no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de las mismas.

No se puede sostener que en un Estado Constitucional se respeta el principio de interés superior del niño y del adolescente cuando se

verifica que existen, de un lado, leyes que establecen la prescripción en 2 años de la acción para cobrar las pensiones de alimentos de los niños y adolescentes y, de otro lado, leyes que establecen la prescripción en 10 años de la acción para cobrar cualquier otro tipo de deuda establecida en una ejecutoria.

Estando a que la medida estatal examinada no supera el examen de necesidad y, consecuentemente, que tal medio restringe injustificadamente los derechos de los niños y adolescentes a la efectividad de las resoluciones judiciales y a percibir alimentos, debe declararse la inconstitucionalidad de tal medida estatal (norma o sentido interpretativo), por resultar incompatible con la Constitución.

Si bien la medida estatal examinada se encuentra justificada (debido a que existe un elevado grado de realización de la seguridad jurídica y el orden público frente a una grave restricción del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a percibir alimentos –determinados en una sentencia–), dada la naturaleza del presente caso, en el que precisamente se encuentran involucrados los derechos fundamentales de una niña y atendiendo a que de la Norma Fundamental (art. 4) se desprende el principio constitucional de protección del interés superior del niño y del adolescente, entonces tal aparente empate debe ser resuelto a favor de los derechos de niños, niñas y adolescentes, de modo que la medida estatal cuestionada no supera tampoco el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, debiendo, como ya se ha afirmado antes, declararse inconstitucional.

En suma, la aludida medida estatal examinada (norma el sentido interpretativo del artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, que establece que prescribe a los 2 años la acción que proviene de aquella pensión alimenticia a favor de menores de edad fijada en una sentencia), al no superar los exámenes de necesidad y ponderación resulta incompatible con la Norma Fundamental, existiendo otras medidas tales como aquella contenida en el inciso 1) del mencionado artículo 2001 del Código Civil –que establece la prescripción de la acción que nace de una ejecutoria en un plazo de 10 años–, que logra el mismo fin constitucional (impedir situaciones de indefinición respecto del cobro de pensiones fijadas en tal sentencia ante la inacción de quien se encuentra legitimado para

exigir tal cobro), pero con una menor restricción de los derechos de los niños y adolescentes a la efectividad de las resoluciones judiciales y a percibir alimentos.

Esta sentencia que data del 9 de mayo de 2011, esto es, antes de la realización de los plenos jurisdiccionales aludidos, fue en parte el sustento de la ley *in comento.* Es así que del "Diario de los Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria del 2013", segunda sesión, realizada el 13 de marzo de 2014, se colige que el dictamen aprobado por mayoría por la Comisión de Justicia, derivado de los Proyectos de Ley Nº 933-2011 y Nº 1902-2012, planteó la ampliación del plazo de prescripción de las acciones que derivan de la pensión de alimentos en atención, entre otros, al fundamento jurídico 40 de la referida sentencia, por el que se señala que el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, al no superar los exámenes de necesidad y ponderación orientados a verificar si la medida estatal es adecuada para lograr un objetivo basado en un fin de relevancia constitucional, resulta incompatible con la Norma Fundamental.

Al respecto, es necesario enfatizar que el sustento de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional y el de los plenos jurisdiccionales coincide en que el plazo de prescripción regulado por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil al ser tan corto afectaba el derecho a percibir una pensión alimenticia determinada en una sentencia de **un grupo social especialmente vulnerable, como el conformado por los niños, niñas y adolescentes**, postura que resulta coherente con la naturaleza jurídica del principio del interés superior del niño(5).

(5) El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 13 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 02079-2009-PHC/TC respecto del principio del interés superior del niño señala lo siguiente: "(...) el deber especial de protección sobre los derechos del niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por lo tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la

IV. A QUIÉNES ALCANZA LOS BENEFICIOS DE LA NUEVA NORMA

Este aspecto es importante tener en cuenta, toda vez que más allá del plazo de prescripción fijado en quince años por la Ley Nº 30179 –que para algunos es excesivo y atenta contra los principios de seguridad jurídica y orden público– lo cierto es que la norma es aplicable **sin excepción** a todos aquellos que tengan reconocida una pensión alimenticia, como, por ejemplo, los mencionados por los artículos 326, 350, 415, 424, 474 y 766 del Código Civil[6]; lo que desnaturaliza el rol tuitivo postulado por el máximo intérprete de la Constitución.

---

etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos (...).

(6) **Código Civil**

Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En **este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos,** además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido (resaltado agregado).

Artículo 350.- Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, **el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel.**

El excónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su excónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso (resaltado agregado).

Artículo 415.-Derechos del hijo alimentista

Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción **una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años**. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez

En efecto, como se ha enfatizado en los párrafos precedentes, tanto el Tribunal Constitucional como los operadores de justicia consideraban que no era justo trasladar al menor de edad alimentista las consecuencias de la inacción o negligencia de su representante legal para solicitar en forma oportuna la ejecución de la sentencia de las pensiones alimenticias devengadas; pero la pregunta que surge es la siguiente: ¿qué sucede con los alimentistas mayores de edad, que gozan de capacidad plena de ejercicio y que, por ende, son los responsables directos de la ejecución oportuna de la sentencia expedida a su favor, correspondía también darles un trato preferente?

Si bien el razonamiento en uno y en otro caso es distinto, intentando brindar una respuesta que justifique el sentido de la norma, debemos resaltar que independientemente de quien sea el beneficiario de una pensión alimenticia, lo cierto es que esta se fija por sentencia al haberse acreditado tanto las necesidades del alimentista como las posibilidades económicas del obligado, conforme así lo

científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo.
Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre (resaltado agregado).
Artículo 424.- Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas (resaltado agregado).
Artículo 474.- Se deben alimentos recíprocamente:
1.- Los cónyuges.
2.- Los ascendientes y descendientes.
3.- Los hermanos.
Artículo 483.- El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.
Tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, esta deja de regir al llegar aquellos a la mayoría de edad.
Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.
Artículo 766.- El legado de alimentos, si el testador no determinó su cuantía y forma de pago, se cumple asignando al legatario una pensión que se regirá por lo establecido en las disposiciones de los artículos 472 a 487 (resaltado agregado).

establece el artículo 481 del Código Civil, por lo que se debe garantizar su cumplimiento.

Ello nos lleva a señalar, que atendiendo a que la prescripción a la que alude la norma es de la pensión, mas no del derecho a pedir alimentos, la intención del legislador al fijar un plazo tan largo ha sido el posibilitar de forma efectiva su cobro, lo cual se justifica tratándose de menores de edad o, en todo caso, de adultos con discapacidad; en cambio, si los beneficiarios de una pensión son mayores de edad la inacción o no cobro de las pensiones podría fácilmente suponer que no tienen apremio de estas por gozar de los recursos económicos suficientes para atender directamente sus necesidades.

De ser este último el supuesto, el obligado a prestar la pensión alimenticia tiene expedito su derecho a accionar respecto de la obligación alimentaria que lo vincula con el beneficiario; para cuyo efecto es menester recordar lo siguiente: a) la pensión puede incrementarse o reducirse según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla; b) el obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere del pago de la pensión si sus ingresos disminuyen al punto que de satisfacerla corre peligro su subsistencia; y, c) tratándose de hijos menores de edad, la pensión alimenticia fenece al adquirir aquellos la mayoría de edad, salvo que subsista el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o que el hijo estudie una profesión u oficio en forma exitosa(7).

CONCLUSIÓN

Finalmente, a pesar de los cuestionamientos que pudieran haber surgido con motivo de los alcances de la Ley Nº 30179, lo cierto y verdadero es que por dicha medida estatal se logrará no solo uniformizar los

(7) **Código Civil**
Artículo 424.- Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas deincapacidad física o mental debidamente comprobadas.

fallos judiciales, sino, sobretodo resolver un problema social ligado a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad, la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la efectividad de las resoluciones judiciales en materia de alimentos.

Pretensión de reducción de alimentos: ¿Es posible su ejecución anticipada?

Sheila VILELA CHINCHAY(*)

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La ejecución anticipada de la pretensión de reducción de alimentos podría ser una necesidad imperante para un sujeto x, al que por vía de sentencia se le ha impuesto la obligación de asistir a otro sujeto con una determinada pensión de alimentos. ¿Es posible ejecutar anticipadamente un pedido de tal naturaleza? Es esta una cuestión procesal que en su respuesta debe atender a las exigencias de un especial derecho material: el derecho alimentario.

Recordemos que para el caso del sujeto acreedor de la prestación de alimentos existe la asignación anticipada, esta en una medida temporal sobre el fondo con la que se anticipa la ejecución de lo que sería el pronunciamiento final en un proceso principal. Una medida que tiene por finalidad satisfacer anticipadamente la pretensión del proceso principal pero que está condicionada al resultado de la sentencia definitiva.

(*) Profesora de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Se trata de una medida de carácter excepcional que responde, precisamente, a las exigencias de ese especial derecho material llamado "alimentos". Una patente adecuación del instrumento procesal al derecho material. Así, la medida no solo responde a un propósito asegurativo, en cuanto se asegura la ejecución de la decisión final, sino que responde al principio de necesidad porque se trata de una situación concreta en la que posponer la ejecución de la pretensión significaría una flagrante denegación de justicia.

Luego, respecto al tema que nos ocupa en el que se plantea si es posible la ejecución anticipada de la pretensión de reducción de alimentos, ha de ser necesario dilucidar si existen las circunstancias que permitan una regulación de esta naturaleza. Habrá que analizar, las exigencias de una medida temporal sobre el fondo y el derecho que asiste al deudor de la prestación alimentaria en relación con el principio del interés superior del niño.

II. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO QUE SUSTENTA LA PRETENSIÓN DE REDUCCIÓN DE ALIMENTOS

1. Interés superior del niño

Es un principio reconocido a nivel legislativo y jurisprudencial. La Constitución peruana establece en su artículo cuarto el deber de la comunidad y el Estado de proteger especialmente al niño y por su parte la Ley Nº 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y los Adolescentes, en su artículo IX del Título preliminar establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales sus demás instituciones, así como en la acción de la Sociedad se considerará el interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos.

La jurisprudencia recoge este mandato constitucional y legal en varias sentencias, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, así tenemos por ejemplo:

La Casación Nº 1006-2007-Lima de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, aplicando el principio del interés superior del niño, declara la nulidad de la sentencia que deniega la tenencia solicitada por un padre que fue demandado por alimentos:

> "(…) Sexto: (…) habiéndose examinado lo actuado en el presente caso, esta Sala Suprema llega a la conclusión que las instancias de mérito no habrían valorado en forma conjunta y razonada las pruebas, de acuerdo a lo ordenado por el numeral ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, en concordancia con el principio referido al Interés Superior del Niño, puesto que en primer término, la Sala se limita a desamparar la demanda, en virtud del análisis del informe psicológico elaborado al recurrente y además en virtud de lo dispuesto en el numeral noventa y siete del Código de los Niños y Adolescentes (…)".

La sentencia del TC expedida en el Exp. Nº 02132-2008-PA/TC-Ica en el fundamento 10 señala lo siguiente:

> "(…) 10. (…) De este modo, el principio constitucional de protección del interés del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior, no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos, claro está, el padre, la madre o quien sea responsable de velar por sus derechos fundamentales".

Este pronunciamiento se sustenta, de acuerdo a la misma sentencia, en un pronunciamiento anterior del TC, en el que se establece:

> "(…) Dentro del orden de prelaciones y jerarquías existente al interior de una constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la familia y más aún si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus

fundamentos en el artículo 1 de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio de Dignidad de la Persona, a la larga , del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valor preciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si la colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección de la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto (Exp. Nº 0298-1996-AA/TC)".

La regulación normativa y su acogimiento por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, nos permite constatar la trascendencia atribuida al principio en mención. En ese sentido, el TC al calificar el principio le atribuye fuerza normativa y limitativa de la función legislativa y judicial(1).

En doctrina se sigue la misma línea, así D´Antonio, citado por Méndez Costa, "(…) identifica el interés superior del niño como estándar jurídico, por lo que entiende una medida media de conducta social correcta, en concepción de Pound, un límite autonómico de la voluntad decisoria (legislativa, judicial, administrativa, de instituciones públicas o privadas de bienestar social) con caracteres cambiantes, flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares (…)".

El carácter superior del principio justifica, en definitiva, ese límite autonómico de la voluntad decisoria. Más aún, cuando para nuestro TC del cumplimiento y respeto al principio del interés superior del niño depende la vigencia y eficacia del principio de seguridad. No obstante, no

(1) "Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el interés superior del niño, adquiere la fuerza de una gestación normativa. Si en un primer momento la lectura de cuál es dicho de interés se nutre de cuál es la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacios de la ley o de neutralizar la aplicación de ciertos preceptos. Es decir la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación que alimenta el cambio legal". GROSMAN, Cecilia P. *Los derechos del niño en la Familia: Discurso y realidad*. Universidad, Argentina, 1998, p. 24.

perdamos de vista su carácter flexible y evolutivo ceñido a las contingencias particulares al que hace referencia D′Antonio.

Esta consideración de las contingencias particulares, nos exige pensar en que es necesario delimitar el alcance de tal calificación. Para Grosman el calificativo superior quiere poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado(2).

Ahora, este concepto que se traduce en una "atribución de poder" como la denomina Grosman y que ha quedado claramente diseñado en la teoría, puede traernos algunas dudas en su aplicación práctica. Así, nos preguntamos si es posible concebir la existencia de límites o por lo menos parámetros objetivos en su aplicación, teniendo en cuenta, como dice Grosman, cuando se defiende el interés del niño, se defiende un interés privado, pero al mismo tiempo, el amparo de un interés social que no puede desconocer la existencia de otros derechos de los que los adultos son titulares y que también merecen protección.

Este planteamiento va de la mano con la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones, de modo tal que no se pierda de vista la insuficiencia de la referencia abstracta al principio para sustentar una decisión tanto en el plano legislativo como en el judicial.

Así, la viabilidad de la ejecución anticipada de una pretensión de reducción de alimentos nos plantea una primera inquietud práctica. La primera respuesta a esta planteamiento podría ser la negación por estar de por medio el interés superior del niño, sin embargo, debe quedar claro que no bastará con hacer una declaración romántica de la superioridad de este principio, es necesario justificar su aplicación, ya que como señala Igartua, contra el riesgo de la arbitrariedad no se conoce otro antídoto que la motivación(3).

(2) GROSMAN, Cecilia P. Ob. cit., p. 40.
(3) IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Civitas, España, 1998, p. 77.

2. El derecho que sustenta la pretensión de reducción de alimentos

En doctrina se ha señalado que es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de fijación de pensiones alimentarias y así lo han aceptado y reconocido nuestros órganos jurisdiccionales(4). Esta afirmación descansa en la posibilidad que existe de solicitar, con posterioridad a la emisión de la sentencia, el aumento, la reducción, la exoneración o prorrateo de la pensión de alimentos.

Observamos tres derechos que sustentarán una posible pretensión futura. El primero de estos derechos le asiste al acreedor de los alimentos y los otros dos favorecen al deudor. A nivel legislativo, al dar una primera mirada, podríamos concluir en la existencia de una limitación al principio en materia de alimentos: "No goza de la garantía de la cosa juzgada".

La posibilidad de solicitar el aumento de una pensión de alimentos, aun cuando pueda catalogarse como negación de la cosa juzgada, sería congruente con la consideración de valor superior atribuido al principio de interés superior del niño. Sin embargo, no sucede lo mismo con los otros derechos contenidos en el artículo 482 del Código Civil en tanto benefician al deudor alimentario.

Sobre este tema, Ariano Deho, indica que: "(…) no es que una sentencia de alimentos no sea susceptible de adquirir autoridad de cosa juzgada, pues, una vez que queda FIRE es efectivamente inmutable en los términos del artículo 123 del CPC; si la sentencia declaró infundada la demanda, será ya inmutable el que el (alegado) alimentista no tiene derecho a los alimentos. Viceversa si se declaró fundada, será ya inmutable que aquel tiene derecho a los alimentos. En tales casos se producirá el consabido efecto negativo de la cosa juzgada, no podrá haber un nuevo proceso entre las mismas partes sobre lo mismo –*ne bis in idem*–

(4) Por ejemplo: Cas. Nº 1700-2004-Piura o lo resuelto en el Exp. Nº 4670-2006, que en su considerando sétimo señala: "(…) Sétimo.- Que, para ello, es pertinente considerar que, a diferencia de la generalidad de las sentencias que tienen calidad de consentidas o ejecutoriadas, la recaída en un proceso de alimentos no tiene la calidad de cosa juzgada, en razón de que los alimentos pueden ser sujetos de aumento, disminución, exoneración, cese, entre otros, según sean las necesidades del alimentista o la capacidad del obligado; por lo tanto, los procesos de los cuales derivan permanecen siempre abiertos y no se consideran concluidos (…)".

y si así se hace operará la excepción de cosa juzgada como mecanismo específico para hacerla valer (…)”[5].

En este sentido si han variado las circunstancias que determinaron la fijación judicial, agrega la autora, podrá pedirse el aumento, reducción, exoneración o prorrateo de la pensión y estas constituirán una nueva y distinta pretensión. Ergo no puede señalarse que la sentencia de alimentos no adquiere la calidad de cosa juzgada.

Bien, con este análisis se despeja nuestra primera duda sobre la limitación del principio a través de negación de la autoridad de cosa juzgada, sin embargo, aun es necesario explicar la razón de ser de la existencia de la pretensión de reducción de alimentos a favor del deudor alimentario.

El derecho a la reducción de alimentos está regulado en la primera parte del artículo 482 del Código Civil:

> “La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla (…)” .

La inclusión de esta cláusula normativa establece dos criterios que permitirían acceder a la reducción de los alimentos: primero, la disminución de las necesidades del alimentista y segundo, la disminución de las posibilidades del obligado a prestar alimentos. El primer criterio, consideramos, no presenta dificultad alguna en relación con el respeto irrestricto del interés superior del niño, toda vez que se refiere al estado de necesidad del acreedor alimentista. No sucede los mismo respecto del segundo criterio.

El segundo criterio que sustenta el pedido de reducción de alimentos gira sobre el eje de los intereses del sujeto obligado a prestar los alimentos. Cómo se superponen estos intereses al interés superior del niño catalogado con **valor superior con fuerza normativa**.

(5) ARIANO DEHO, Eugenia. “Sentencia de alimentos y cosa juzgada, *rebus sic stantibus*”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 111, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2007, p. 21.

Méndez Costa señala con acierto que "(…) la calificación de superior en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos deben armonizarse con las necesidades de toda la familia dentro de una lógica de integración. La expresión ha tenido la intención de energizar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Igualmente alienta la idea de que la voluntad o deseo de los progenitores o sustitutos deben ceder ante lo que resulte más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional (…) Los derechos del adulto no quedan fuera de la consideración. En caso extremo puede ser preciso ajustar estos derechos a la conveniencia del menor o de los menores y ajustar no es invadir ni menos destruir"[(6)].

Este reconocimiento ha llevado al legislador peruano a considerar como criterio para fijar una pensión de alimentos, las posibilidades del deudor. Es importante considerar las cargas y obligaciones económicas que reducen las verdaderas posibilidades del deudor, más aún cuando el incumplimiento de este tipo de obligaciones puede acarrear una condena penal[(7)].

Es este un límite mínimo esencial que debemos reconocer y considerar al momento de aplicar el principio del interés superior del niño. Luego nos preguntamos si este argumento también puede justificar una ejecución anticipada de la pretensión de reducción de alimentos. Para plantear una respuesta es necesario recurrir al análisis del principio de proporcionalidad.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DECISIONES LEGISLATIVA Y JUDICIAL

El principio de proporcionalidad alberga tres requisitos: idoneidad, necesidad y el requisito de proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros pertenecen al plano de lo fáctico y nos obligan a perforar la

(6) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia.* Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 2006, pp. 320 y 321.

(7) Ver: Cas. Nº 870-2006-Puno: "aquella situación de necesidad descrita debe tener su contrapartida en un estado de suficiencia del alimentante, pues no se explicaría de otra manera cómo podría exigírsele el pago de dicha obligación sin tener aquel los medios económicos suficientes para cubrir tal necesidad".

corteza de los hechos, mientras que el último pertenece al plano de lo jurídico.

Esto se desprende de las funciones que cumple este principio. Sobre este tema Méndez Costa indica que el principio de proporcionalidad es uno de efectividad inmediata, en las siguientes vertientes:[8]

- Como pauta de interpretación del Derecho escrito llegando a contradecir sus disposiciones.
- Como integrador del ordenamiento colmando sus lagunas.
- Como inspirador e impulsador de medidas concretas de acción positiva.

1. El requisito de idoneidad

La medida ha de ser adecuada para conseguir una determinada finalidad. Este requisito tiene forma de regla jurídica, es decir obliga a rechazar aquellas medidas que no sean aptas para conseguir una determinada finalidad. La idoneidad se basa en consideraciones fácticas: La adecuación o inadecuación de una medida no depende de sus consecuencias jurídicas o de su mayor o menor incidencia en ámbitos protegidos constitucionalmente, sino únicamente de su capacidad para conseguir la finalidad perseguida[9].

Al efectuar el análisis de idoneidad, debemos considerar que en caso de duda se debe estar a favor de la idoneidad. Asimismo, no cabe exigir la realización total del fin buscado, basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parciales"[10].

El reconocimiento del derecho a solicitar la reducción de alimentos contenido en el artículo 482 del Código Civil, tiene por finalidad proteger el derecho a los alimentos con base en realidad y garantizar la posibilidad de que el acreedor de los mismos los percibirá. Asimismo,

(8) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., pp. 323.
(9) GONZALES BEILFUS, Markus. *El principio de proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional*. Thomson Aranzadi, España, 2003, pp. 124 y 125.
(10) CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonablidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. 2ª edición, Ábaco, Argentina, 2009, p. 78.

constituye finalidad de esta norma, la protección del deudor frente a un posible incumplimiento que podría conllevar una sanción de tipo penal.

Asimismo, la referencia a la clasificación de los alimentos en "necesarios" y "congruos" puede ayudarnos a entender la finalidad de la norma. Los alimentos congruos se fijan teniendo en consideración la situación social y económica de las partes, entonces, se fijarán congruentemente o pertinentemente, según cómo se hallan las partes desde el punto de vista social y económico. Es esta una referencia que nos permite sustentar que si inicialmente se fijó una pensión de alimentos, por poner un ejemplo, que cubría más allá de las necesidades básicas (alimentos necesarios), también será posible atender a una reducción en función de los cambios en la situación económica.

Es en ese sentido que el legislador considera las posibilidades económicas del obligado como criterio para fijar la pensión por alimentos. Como lo señala la Casación Nº 870-2006-Puno "(…) no se explicaría de otra manera cómo podría exigírsele el pago de dicha obligación sin tener aquel los medios económicos suficientes para cubrir tal necesidad (...)"[11].

Pero ¿cómo opera el requisito de idoneidad respecto a la tutela anticipada para el supuesto de reducción de alimentos? ¿Cuál sería la finalidad a lograr con la creación de esta tutela? Intentaremos una respuesta en el último apartado sobre tutela anticipada.

2. El requisito de necesidad

Llamado también juicio de **indispensabilidad**, subprincipio del medio más benigno o subprincipio de la intervención más restringida posible[12].

Constituye una regla jurídica que obliga a rechazar la medida objeto de control si existe un modo alternativo menos gravoso y de igual eficacia para alcanzar la finalidad perseguida con el mismo. El juicio de necesidad

(11) Para mejor comprender este requisito, podemos referirnos al caso de la regulación de la asignación anticipada de oficio a través de la modificación de los artículos 608 y 675 del CPC. Las críticas a esta decisión legislativa estaban dirigidas a la eficacia de la medida, es decir, se cuestionó su capacidad de lograr el efecto esperado, es decir asegurar la supervivencia, el desarrollo físico y mental de los alimentistas.

(12) CIANCIARDO, Juan. Ob. cit., p. 82.

no se centra pues, en la relación medio-fin, sino en la comparación entre las diversas alternativas existentes para alcanzar un mismo fin[13].

El gravamen[14] de una medida y su eficacia constituyen aspectos que al igual que en el caso anterior, pueden ser contrastados a partir de consideraciones fácticas[15].

Volvemos sobre el derecho a la reducción de alimentos y nos preguntamos sobre qué medidas podrían resultar eficaces para no desconocer los derechos del deudor y contar con una regulación del derecho a los alimentos con base en una realidad concreta. En análisis nos lleva a una sola respuesta y como tal no cabe un examen sobre el requisito de necesidad. Veremos qué sucede más adelante con la ejecución de la pretensión de reducción anticipada.

3. El requisito de proporcionalidad en sentido estricto

Para este requisito ya no es necesario contrastar la medida adoptada con su finalidad desde la perspectiva de su causalidad, como sucede con el requisito de idoneidad, sino comparando su respectiva entidad o peso. Este requisito no se mueve en el plano de lo fáctico sino de lo jurídico[16].

La exigencia consiste en armonizar el derecho cuya protección se reclama con otros derechos y con el bien común. Precisamente en este punto es imperativo considerar la relación entre el derecho a la reducción de los alimentos y el interés superior del niño a la que nos hemos referido líneas arriba.

IV. TUTELA ANTICIPADA DE LA REDUCCIÓN DE ALIMENTOS: ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD

Las medidas temporales sobre el fondo son proveimientos destinados a satisfacer anticipadamente el derecho reclamado. Están relacionadas con el mérito del proceso, con la *res in iudicium deducta*. Esta

(13) GONZALES BEILFUS, Markus. *El principio de proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional*. Thomson Aranzadi, España, 2003, p. 128.
(14) Referido al impacto que puede casar sobre un derecho fundamental.
(15) GONZALES BEILFUS, Markus. Ob. cit., p. 129.
(16) Ibídem, p. 133.

anticipación se sustenta en una realidad especial, esto es, que el mantenimiento de la situación durante el juicio frustre la solución con que la sentencia pretende ofrecer tutela jurisdiccional efectiva.

Son reguladas de modo excepcional en nuestra normativa procesal, siendo necesario para su concesión acreditar la necesidad impostergable del que la pide, la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, que los efectos de la decisión sean de posible reversión y, no afecten al interés público.

La necesidad impostergable, se sustenta en el peligro de sufrir daños, sea que se deriven de acontecimientos específicos o sea que resulten de la indisponibilidad del derecho. Los temas de familia, constituyen precisamente el ejemplo tipo en los que podríamos vernos en la imperiosa necesidad de proveer de modo anticipado una tutela jurisdiccional.

Se trata de una necesidad impostergable que además se sostiene sobre la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada. Existe la obligación de lograr el convencimiento del juez en un grado superior al de la simple verosimilitud del derecho, al de la simple apariencia de la existencia y posesión del derecho invocado. Frente a esta exigencia, la prueba ha de ser en **estricto útil y pertinente** para acreditar la existencia del derecho.

Si bien, la tutela anticipada se brinda solo frente a la firmeza del fundamento y la prueba aportada, dado que se trata precisamente de la ejecución anticipada de lo que se resolverá en sentencia y siempre existirá la posibilidad de que luego de la cognición plena el resultado sea distinto al ejecutado, los efectos de dicha ejecución deben ser pasibles de reversión y no han de afectar el interés público.

En relación con el derecho de alimentos el legislador ha regulado su asignación anticipada en el artículo 675 del CPC:

> "En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil. En los casos de hijos menores con

> indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda. El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva".

El grado de protección del interés superior del niño está en su máxima expresión, pues incluso se ha regulado la actuación de oficio del órgano jurisdiccional cuando el interesado no solicita la medida. Una regulación en la que se hace de lado el principio dispositivo que rige el proceso civil en aras de la protección del interés superior del niño. Esta regulación al parecer es una manifestación de la preeminencia del derecho. Con esta consideración, la posibilidad de plantear una reducción anticipada de los alimentos podría perder sustento.

La peculiar pretensión de ejecutar anticipadamente la reducción de los alimentos, no ha sido incluida de modo expreso en el CPC. Sin embargo, a favor de la posibilidad de solicitar esta medida, desde el punto legal podríamos afirmar que ello no es argumento suficiente para denegarla, puesto que no podemos olvidar la existencia del mandato de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

Asimismo, se puede esgrimir como argumento a favor de su aplicación la **potestad cautelar general**. Esta potestad general se ha justificado desde siempre señala Podeti, porque satisface "(…) la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales (…)"[17]. Esta potestad general está recogida en el artículo 629 del CPC que permite solicitar una medida cautelar no prevista, pero que asegure de forma adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva[18].

(17) PODETI J., Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. Ediar, Argentina, 1956, pp. 45-46.

(18) La adecuación, a que hace alusión el citado artículo, ha sido definida por la jurisprudencia en el Exp. Nº 934-2010 de la Cuarta Sala civil de la Corte Superior de Lima: "no es otra cosa que la correlación que debe existir entre el pedido cautelar y la situación jurídica de la que es objeto, también se le conoce como la relación de coherencia y adecuación entre lo que se intenta garantizar y la medida solicitada como garantía (...)". En: AA.VV. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 365.

La existencia de estos argumentos podría justificar la posibilidad de plantear esta solicitud pero, es preciso aclarar que no son suficientes para exigir su concesión, es necesario analizar los elementos objetivos que determinarían su viabilidad.

Hablar de la idoneidad de una medida como la de ejecución anticipada, exige atender a la finalidad de la misma. En el apartado 2 señalábamos, citando a Méndez Costa que la calificación de superior que se otorga al principio del interés superior del niño en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar y dejar los derechos del adulto fuera de consideración. Es importante, decíamos, considerar las cargas y obligaciones económicas que reducen las verdaderas posibilidades del deudor, más aún cuando el incumplimiento de este tipo de obligaciones puede acarrear una condena penal.

Ahora si los derechos del adulto se están viendo vulnerados por el cumplimiento de una pensión de alimentos, será preciso salvaguardar este derecho a los alimentos pero sin invadir ni destruir los derechos del adulto. Entonces, la finalidad de una medida anticipada en el caso de la reducción de alimentos, cuando existe una necesidad impostergable, no es otra que la de salvaguardar la integridad del deudor de los alimentos.

Califica como necesidad impostergable, por ejemplo, el despido laboral, la adquisición de una enfermedad grave, la privación de la libertad. Así las cosas, podemos concluir que la regulación de esta medida cumple con el requisito de idoneidad.

Luego, la pregunta que a continuación nos hacemos es si existen otras medidas, igualmente eficaces, a través de las cuales ajustando los derechos del acreedor alimentario se salvaguarde la integridad del deudor cuando existe una necesidad impostergable de reducir la pensión de alimentos. La respuesta es negativa y frente a ello, termina nuestro análisis sobre el requisito de necesidad.

Por último, analizando la proporcionalidad en sentido estricto, debemos atender a la naturaleza del derecho a los alimentos y al principio rector en temas de familia: el interés superior del niño.

En este punto, la pregunta es si de la ejecución anticipada de reducción de alimentos se derivan más beneficios o ventajas para el interés

general que perjuicios sobre los otros bienes o valores en conflicto. La respuesta es sí.

Creemos que no se trata de superponer o poner en conflicto el derecho un menor frente al de un adulto, se trata de ajustar las necesidades a una realidad y este ajuste se traduce en una aplicación razonable del derecho que al fin de cuentas garantiza el interés general. Más aún, se trata de una medida cuyos efectos son de fácil reversión en caso se obtenga una sentencia de mérito que niega el derecho a la reducción. Asimismo, terminado el proceso principal con sentencia favorable, nada obsta para que una vez superada la situación que generó la reducción se vuelva al estado inicial de las cosas.

Por último, la cantidad de desventajas que pudieran existir se reducen al establecer como exigencia el otorgamiento de la medida siempre con conocimiento de la otra parte.

CONCLUSIONES

- El interés superior del niño se constituye en un valor superior y límite autonómico de las decisiones administrativas, legislativas y judiciales, sin embargo su aplicación debe ser siempre motivada y no puede desconocer la existencia de otros derechos.
- Es posible solicitar una medida anticipada de reducción de alimentos con sustento en la potestad cautelar general atribuida al órgano jurisdiccional, pero ello no será suficiente para que sea concedida.
- El concesorio de la ejecución anticipada de la reducción de alimentos, se dará solo si se cumple con los requisitos generales de las medidas temporales sobre el fondo y además, con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El desarrollo de los procesos en la especialidad de familia y el contexto de género

Manuel BERMÚDEZ TAPIA(*)

I. EL BIZARRO CONTEXTO SOCIAL

En el desarrollo de los conflictos familiares judicializados, los jueces (y auxiliares jurisdiccionales) de la especialidad, deben afrontar un trabajo sumamente complejo que va desde la evaluación de los derechos, intereses y pretensiones que las partes exponen en la demanda y el desarrollo del proceso, hasta la ejecutabilidad de su propia decisión (sentencia), a sabiendas de que en cada etapa del proceso se presentarán nuevas circunstancias extremas y particulares.

Casos específicos de **filicidio** y/o **parricidio** en un contexto negativo y lamentable(1), hasta situaciones de **reconciliación de los litigantes** en situaciones de violencia extrema(2), que genera el abandono material

(*) Abogado. Magíster en Derecho. Docente de Posgrado en las Universidades Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Antenor Orrego, San Antonio Abad del Cusco, Hermilio Valdizán, San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura.

(1) Ver: Caso de caso de Isabel Tello Chanduvi que maltrató, violó y asesino a su menor hija Pierina en el 2011. En: <http://peru21.pe/actualidad/condenan-cadena-perpetua-isabel-tello-madre-asesina-nina-pierina-2156716>. Recuperado el 29 de enero 2014.

(2) Al respecto se sugiere la lectura de: DEZA VILLANUEVA, Sabina. "¿Por qué las mujeres permanecen en relaciones de violencia?". En: *UNIFE Revista de Psicología*. N° 1, 2012, pp. 45-55.

del proceso, son factores que terminan por abrumar la labor del magistrado, quien se **limita** en función a sus límites competenciales y en función al contexto jurídico normativo, a pesar de que puede **argumentar** una resolución con una posición que le permita apartarse de lo dispuesto en una ley, si las circunstancias se lo exigen.

Esta limitación es un problema de visión global del problema en ciernes, porque el contexto de la realidad social y familiar nacional se va modificando con el tiempo y ello ha impactado en el proceso judicial en los casos de la especialidad del Derecho de Familia.

Una muestra de esta situación la podemos encontrar en el problema de la participación e identificación de las partes procesales. Así, durante el proceso judicial se observa que procesalmente se debería contar con la participación de "personas" distintas a los demandantes y demandados, como son los **hijos, los ascendientes** (en casos de interdicción) y a terceros involucrados (nuevas parejas, nuevos hijos) por ejemplo en casos de evaluación de **alimentos**.

Particularmente lo descrito nos permite plantear la severa limitación del contexto procesal en la evaluación de los casos en la especialidad, porque en la práctica, los sujetos anteriormente descritos no **son** considerados como **partícipes directos** del proceso.

Surge entonces una primera cuestión a la manera tradicional de ver el proceso en la especialidad. El fondo del conflicto de las partes como es apreciado por abogados y magistrados resulta esquivo a la especialidad y por ello se necesita ampliar nuestro panorama profesional para así poder atender un **problema social** que se materializa en la elevada sobrecarga judicial en la especialidad en el Poder Judicial. Sobrecarga que supera a los casos penales y que provoca la desnaturalización del actual proceso de reforma de implementación del Nuevo Código Procesal Penal[3].

(3) En el 2013, el Ministerio de Justicia en participación con la GIZ desarrollaron un proyecto que buscaba atender las razones por las cuales el nuevo Código Procesal Penal no atendía preferentemente **delitos penales de naturaleza significativa**, en la mayoría de Cortes del país. El elevado porcentaje de causas por Delitos de Omisión de Asistencia Familiar provocó entonces la necesidad de observar las razones por las cuales el **proceso penal** quedaba vinculado al **proceso de familia**.

La complejidad del contexto familiar judicializado no encuentra a la fecha una solución objetiva, práctica y ejecutable por existir una visión relativizada en términos negativos en los agentes que se encuentran involucrados en el desarrollo, análisis y tratamiento de procesos judiciales en la especialidad. El problema no está en las **partes procesales**, está en los **legisladores, magistrados y abogados**, que nos limitamos a la búsqueda de una solución en una Ley y a nuestra propia visión **social** del contexto, a la cual le impregnamos nuestras **apreciaciones valorativas** tanto positivas como negativas.

Apreciaciones que resultan vinculantes a la evaluación final, porque le asignamos **relaciones** casi "naturales" a situaciones propias del contexto judicial, como por ejemplo que a la separación de una familia, sea la madre quien tenga la tenencia, como si el padre tuviere una **limitación**. En el mismo sentido, se **omite** toda apreciación y valoración del daño que produce una **obstrucción de vínculo** o **una alienación parental**, porque se asumen que dichos problemas no repercuten en el desarrollo psicológico de un menor de edad.

De esta manera, los agentes que analizan el **Derecho** no se apartan de una visión jurídica exegética y decimonónica, generando una limitación de los conflictos judicializados a un contexto procesal sin involucrar una real y material solución a las pretensiones, intereses y derechos de las partes, con lo cual el propio **derecho** desconoce su propio origen histórico: que es el de tratar de solucionar conflictos entre los ciudadanos.

Es la **realidad** la que supera a la ficción en la mayoría de las circunstancias que se analizan en los procesos judiciales de la especialidad y una muestra de ello es la **evolución y adecuación** del Derecho de Familia en toda su dimensión. El desarrollo conceptual constitucional, sustantivo, procesal y procedimental de nuevas figuras jurídicas, como la **tutela del vínculo familiar, la tenencia compartida, la obstrucción de vínculo, el síndrome de alienación**, etc., son una muestra de cómo la especialidad ha sido transformada a un nuevo contexto social, adaptando figuras romanas a una sociedad peruana de nuevo milenio.

Pero esta evolución en principio forzada por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, implementada progresivamente por el Congreso de la República, parte por resolver el

elemento "conflicto judicializado", sin tomar en cuenta la verdadera atención a las partes del conflicto.

La explicación de este panorama, a nuestra opinión, se debe a que los agentes involucrados en el desarrollo, análisis y tratamiento de procesos judiciales en la especialidad del Derecho de Familia, relativizan los efectos públicos de los ámbitos privados del ámbito familiar.

Sobre este punto, la ONG Manuela Ramos (2014) detalla que el **machismo** social ha impregnado la conciencia de los magistrados, quienes ante situaciones de violencia extrema, proveen resoluciones judiciales ineficaces en la tutela de derechos y protección de la víctima(4).

Dicha apreciación, queda inclusive corta si observamos la propia realidad en la cual se desarrollan los conflictos judiciales, cuando evaluamos el desarrollo de la atención de casos en la especialidad en el ámbito policial y fiscal, donde la **visión de género** del conflicto familiar y la percepción de que son **problemas íntimos** perjudica sobre manera la atención inmediata a las víctimas de situaciones de violencia familiar. Los fiscales de familia son renuentes a admitir denuncias de violencia psicológica contra un menor por parte del progenitor sin tenencia, de la misma manera, los policías suelen tener poca colaboración en casos de registro de violencia familiar.

El alto porcentaje de **retiro de denuncias** en las comisarías por parte de las esposas o convivientes que días antes habían registrado actos de violencia familiar física o la poca atención a casos de **obstrucción de vínculo, limitación al régimen de visitas o fiscalización de alimentos**, son ejemplos objetivos de la visión de **género** que se tiene en la especialidad, lo cual lejos de ser un factor positivo, resulta negativa a todo el conflicto en sí mismo.

Ante la realidad descrita, somos de la posición de que la "visión de género" termina perjudicando a todas las partes involucradas en un conflicto judicializado, principalmente porque se le asigna preliminarmente

(4) Ver: *El machismo permeó hasta los tribunales*. 2014 [Video colgado en Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=2aH-uzILTYI>]. Lima, ONG Manuela Ramos.

una "condición" a un individuo, que no necesariamente representa la realidad del conflicto familiar.

Los derechos y obligaciones corresponden a las personas, quienes podrán defender y legitimar su posición sobre la base de su comportamiento ante el conflicto familiar, por ello la visión de género no puede ser aplicable al proceso en la especialidad, de manera preliminar.

Adicionalmente, la ambigua posición de toda nuestra sociedad respecto del análisis de los factores "privados" de los "públicos" en casos de conflictos familiares debe ser evaluada para así determinar los procedimientos que nos permitan tener un elemento más objetivo de atención a los procesos en el ámbito del Poder Judicial y una visión subjetiva en la atención a las víctimas y personas en este problema social.

Como se podrá observar, el problema no es exclusivamente "jurídico", se trata de analizar un problema social, que involucra la necesidad de hacer una gestión de una política pública en materia sociofamiliar, que atienda a los factores provocadores de conflictos sociales. De lo contrario, se continuará en la misma situación de letanía y desidia. La parte agravante de analizar este contexto, implica evaluar el contexto de género.

II. EL ANÁLISIS DEL "GÉNERO", COMO ELEMENTO PRELIMINAR A LA EVALUACIÓN DEL CONTEXTO PROCESAL EN LA ESPECIALIDAD

1. Género y feminismo

Uno de los primeros problemas que acarrea el análisis de las teorías de género, radica en la evaluación de quienes proponen su concepción teórica, debido a que las propuestas que alcanzan contienen una perspectiva subjetiva, que termina desnaturalizando su propia teoría.

Esta visión errónea en la definición radica sobre todo en el exacerbado interés en una "reivindicación" social, en principio tutelable pero que en la realidad se diluye en una ambigüedad conceptual y procedimental, debido a la **visión feminista** del proyecto.

Es el feminismo que comprende el contexto de las identidades en las cuales se fundamenta su movimiento, debido sobre todo a una percepción histórica, porque han tenido que actuar "bajo las faldas de otros movimientos" para validar su posición ante la comunidad.

Augusta Lynn Bolles (2006: 18), a nuestro criterio, define este feminismo como el de "las identidades móviles", porque la mujer interactúa su identidad con sus experiencias diarias, con las relaciones que entabla con otros miembros de la comunidad, en cómo ella es percibida como "sujeto" y en cómo es tratada por la sociedad, una institución u otra persona.

a. La crisis del concepto "género"

La noción de género es tan problemática como polémica, y en las últimas décadas su uso se ha extendido de una manera abusiva generando, a su vez, numerosas críticas, tanto desde la perspectiva del mismo movimiento feminista como desde los académicos "varones".

El problema de la "crisis" del concepto, radica en una de sus principales paradojas es que, a pesar de que **género** se define fundamentalmente por su oposición a **sexo**, es frecuente encontrar en textos científicos y periodísticos una simple sustitución del segundo por el primero, incluso cuando se trata de connotaciones biológicas.

De esta manera se elimina la potencialidad analítica de la categoría para reducirla a un mero eufemismo, políticamente más correcto, conforme lo demuestra Silvia Tubert, que señala que son muchas investigadoras feministas las que han subrayado las dificultades que presenta el uso indiscriminado del concepto de género, tanto en la filosofía como en las ciencias sociales (Tubert, 2003: 7-9).

El concepto de género se pone bajo sospecha y bajo un cuestionamiento académico (respecto de su definición) por no basarse en la "naturaleza humana", sino en una construcción cultural que tiene un (perjudicial) carácter maleable, con lo que permite que se rebase el sentido restringido (masculino/femenino) admitiendo múltiples géneros (Olea, 2000: 26).

b. Las contradicciones en la definición

El concepto "género" constituye una unidad de significación cuyo tratamiento consiste en referirlo, en primer término, a su inspiración en la "teoría de los géneros", con lo cual las contradicciones comienzan a surgir.

Para definir el concepto de una mejor manera, Raquel Olea señala la necesidad de estudiarlo por "pasos". Así el primer paso, es señalar el carácter plural de la categoría y su pertenencia a un campo teórico. El **género** son los géneros. El segundo paso es una suerte de definición del concepto que señalará los siguientes aspectos: el género es una forma de clasificar a los seres humanos; corresponde a una categorización biosociocultural, dentro del cual el sexo es solo un elemento más, junto con un cúmulo de actividades, funciones, relaciones sociales, formas de comportamiento y formas de subjetividad específicas que adopta un cuerpo sexuado (Olea, 2000: 25-26).

Geneieve Fraisse por su lado, señala que "género" es una palabra extraña aún para el mismo feminismo, debido a que suele creerse que posee un significado claro y universal, cuando lo cierto es que se emplea por lo menos en dos sentidos distintos y, en algunos aspectos, incluso contradictorios (Fraisse, 2003: 47).

En forma autónoma, numerosas teóricas feministas señalan que la "categoría de **género**, a diferencia de la de **sexo**, no se basa en la naturaleza humana, sino que es una construcción cultural y, por lo tanto, maleable", que como adjetivo, puede tener una connotación neutra, positiva o negativa.

Por esta situación, producto de la natural evolución de la construcción del concepto, la categoría "género", se traspone a otro nivel, desarrollándose diferentes periodos, desde una interrogación por el carácter fijo de roles y atributos estereotipados en relación al cuerpo sexuado, hasta el análisis de las individualidades, con lo cual se genera una conclusión aceptada por numerosas feministas: "Los géneros son enumerados, sumados. Ya no es una categoría, sino una enumeración" (Olea, 2000: 26).

En este contexto teórico, se podría afirmar que el **feminismo** ha perdido fuerza teórica y presencia social ante el desarrollo de la comunidad

de Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Transgénero (LGBT), porque no han logrado identificar sus objetivos en función a una vinculación al sexo del individuo frente a sus expectativas en la sociedad (Richards, 1999).

c. Los remanentes conceptos que derivan en posiciones

Como toda teoría académica, el "feminismo" y las teorías de género han provocado en su contraparte "biológica", el estudio de sus conceptos, teorías y propuestas. Naturalmente las críticas, oposiciones y admisión de postulados, ha sido la característica, generándose así una contraparte "teórica" que en esencia resulta innecesaria.

En este contexto y separando las críticas que niegan al feminismo un valor (por estar desfasadas y equivocadas) podemos mencionar a una corriente identificada como "masculinista" en cuyo seno se debate lo relacionado con la construcción masculina de la identidad y los problemas de los hombres frente al género.

Al interior del masculinismo, si corresponde esta definición, se identifican actualmente dos posiciones: la de los llamados "*masculinistas-mitopoieticos*" (Bly, 1995 y West, 2000: 32) y la de los "*masculinistas-profeministas*" (Best, 2000: 32) que se identifican respecto de la visión del progenitor en el desarrollo de una persona y se diferencian respecto de la evaluación de la misoginia.

2. Una definición objetiva del "género"

A partir de una crítica exhaustiva de los usos y abusos de la noción de género, Silvia Tubert (2003: 14) citando a Joan Scout, propone una definición compleja y multidimensional que reposa sobre la conexión entre dos proposiciones: "el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y también es una forma primaria de relaciones significantes de poder".

Respecto de la utilidad de dicho concepto en los casos judiciales, consideramos válida la referencia solamente para analizar situaciones en las cuales se desarrolla una violencia familiar psicológica y/o física, producto del contexto social nacional, donde la preponderancia de

esquemas de identificación y actuación social en función a los géneros es un factor preponderante en la actuación de las personas.

La determinación de los esquemas de actuación personal y procesal ante estas situaciones implica una percepción de **víctima** y de **agresor** que más allá de una connotación de género, porque cualquier persona puede desarrollar dichos roles, implica una **actuación diligente del sistema de impartición de justicia***,* que de no intervenir puede provocar una mayor situación de peligro para las partes procesales.

Téngase en cuenta que la visión de género asigna una condición personal, que se aplica a todas las relaciones familiares y sociales y se identifica con mayor especificación en casos de violencia.

Eventualmente y en términos relativos, también puede ser aplicado a los demás casos en la especialidad, por ejemplo podemos señalar un caso referencial en el escaso número de demandas de tenencia que son planteadas por varones. Esta situación responde a una percepción psicológica de género frente a la sociedad, dado que son los varones quienes asumen implícitamente que la **crianza** de los hijos debe estar a cargo de la madre por ser esta una cuestión "social y natural", autolimitándose.

También explica el porqué de las demandas con escasos derechos a favor del progenitor varón formulada por la madre, porque a este individuo se le asigna un rol de **proveedor económico y material** restándole referencias sobre su condición de progenitor.

En otros contextos, la aplicabilidad del concepto de género resulta poco aplicable y por ello también el peligro potencial para vincular dichos conceptos al desarrollo de las causas. Si el magistrado considera conveniente utilizar elementos sociológicos para validar la introducción de conceptos de género, terminará provocando que la parte perjudicada también pueda utilizar en su apelación dichos argumentos, con lo cual la sentencia devendría en **nula** por afectación al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, por actuar con **parcialidad** a favor de una parte.

Debido al peligro potencial que implica este contexto, cuando las partes se limitan al desarrollo y determinación de derechos, obligaciones y determinación de intereses, lo conveniente es no introducir

ningún concepto aplicable al "género" por las eventuales negativas consecuencias.

III. EL PROBLEMA JURÍDICO-SOCIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Explicado el contexto en el cual la teoría de "género" se vincula a los procesos judiciales, corresponde analizar los problemas que habitualmente se observan en la especialidad.

Parafraseándose una referencia recurrente en los pasillos de los despachos de los jueces de familia, parecería que la carga procesal contiene **el mismo problema, pero con actores diferentes**.

Y este es el factor que provoca la condicionalidad de vincular la teoría de género a los procesos de familia, sin tomar en cuenta que la realidad se ha venido modificando con los años. Obsérvese que los procesos de alimentos **por lo general** presentan a la madre como la representante procesal de los hijos y como demandante.

En casos de régimen de visitas, es el padre quien usualmente es el demandante, **generándose** la percepción de que son las madres quienes actúan arbitrariamente, sin tomar en cuenta todo el problema pre judicial.

Las referencias a **procesos** y a **procedimientos** en cuanto a las estadísticas en los despachos judiciales es el principal factor negativo en la vinculación de la teoría de género a los procesos de familia, porque esta referencia es solo procesal y no material. Las circunstancias de las partes en múltiples situaciones son ajenas al expediente judicial, con lo cual se corre el riesgo de **identificar** a priori **una condición procesal, una responsabilidad legal y una determinación de derechos y/o obligaciones**.

Si bien se puede tener como referencia una situación general, no puede determinarse preliminarmente ninguna condición procesal si es que el juez no ha tenido oportunidad de evaluar directamente **el conflicto familiar***,* y requerir a las partes la determinación de los **elementos procesales** no consignados en el expediente.

Dicha referencia resultaría útil si en los procesos de alimentos, por ejemplo, se solicitase en consulta a las partes la determinación de la

tenencia, el régimen de visitas*,* o el **divorcio** que las partes a propósito han omitido. La posibilidad de reducir el planteamiento de nuevas demandas sería significativa, no solo en beneficio del Poder Judicial, sino para las propias partes, que evitarían **estar en varios procesales***,* con la sobrecarga económica y personal que esto significa.

Con esta propuesta se evitaría la posibilidad de generar situaciones contradictorias, que terminan provocando la dilatación del conflicto familiar en el tiempo.

La exclusión de todo patrón vinculado al género, permitirá que el juez aprecie el contexto en el cual se desarrollan las relaciones familiares, la crisis familiar y el conflicto familiar. Si el juez logra comprender el verdadero origen del conflicto, podría proponer un mejor mecanismo de solución procesal al expediente, ejecutar su decisión contenida en la sentencia y permitir que los derechos afectados no provoquen una mayor carga negativa a las partes.

En este contexto, el juez de familia, debe tener presente los siguientes elementos:

1. El problema de la determinación de las partes

Es habitual en los casos de familia que el juez se limite a las categorías procesales de las "partes", entre el/la demandado(a) y el/la demandante. Dicha situación en otros ámbitos competenciales jurisdisccionales no representa ningún problema, pero que en nuestra especialidad sí constituye un inmenso problema de determinación.

Las partes sobre la base de la tutela de sus intereses y derechos (en ese orden) suelen limitar los derechos e intereses (en ese orden) de las personas incapaces a su cargo, sean estas menores o mayores de edad.

Observamos que hay una mala comprensión por parte de las partes y de sus asesorías legales de la institución de la **representación procesal**, la cual es solo una condición procesal que permite a una persona actuar en la defensa de los derechos, intereses y expectativas de una tercera persona, no pudiendo entonces transformarla en una **garantía a su favor***,* porque el resultado final recaerá en el representado.

Problema complejo se suscita en este contexto, principalmente cuando se discute un aspecto patrimonial. Por ejemplo en el caso de los alimentos, los obligados a brindarlo suelen tener el inconveniente de no poder tener una acreditación en los elementos en los cuales se dispone el recurso otorgado.

Dicha situación que suele ser intrascedente para los juzgados, es un elemento psicológico y valorativo significativo para los progenitores que deben cumplir con la obligación de proveer alimentos, más aún cuando el/la progenitor(a) con la tenencia cuenta con una nueva familia, nuevos hijos o no ejecuta una diligente disposición económica a favor del alimentista.

Frente al contexto procesal este factor es lo que determina el inicio de un nuevo proceso judicial: denuncias por violencia psicológica, abandono moral, reducción de la carga alimentaria, ampliación del régimen de visitas, variación de tenencia, etc.

La omisión de la evaluación de los factores personales en la determinación de la sentencia, es un severo error judicial que genera una sobrecarga en el sistema jurisdiccional, pero responde también a una limitación material del propio juez que no puede conocer **directamente y en forma real** las condiciones materiales de las partes.

Acreditamos nuestra posición en la mala interpretación de la defensa procesal en representación con el análisis de los casos:

i) Caso Liliana Suito Ríos de Ilescas a favor de José Roberto Suito Malmborg, STC Exp. N° 05787-2009-PHC/TC, donde Giannina Suito Ríos (hermana de la accionante) sobre la base de actuar en "defensa" de su progenitor, limitó sus derechos al nivel de restringir todo tipo de relación familiar con su propia hermana.

   Esta sentencia nos permite evaluar la conducta procesal de una parte respecto de la tenencia de una persona mayor de edad.

   La percepción de haber actuado conforme a derecho por parte de Giannina Suito Ríos es una constante que se traslada en los demás procesos de familia, porque nunca se **percibe** un

comportamiento perjudicial que pudiese provocar daño o limitación de derechos a otras personas.

ii) Respecto de la incorrecta interpretación de la representación procesal a favor de un menor de edad resulta aplicable la referencia de la STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, donde el padre posterior a obtener el divorcio genera una limitación objetiva sobre los derechos de la madre provocando además violencia familiar psicológica sobre sus menores hijos.

Este comportamiento, supuestamente en aras de proteger a los hijos, parte por la comprensión de la "posición" en el proceso y no por una real comprensión de los "derechos" que corresponden a los hijos, que no son ni demandantes ni demandados, pero que sobre ellos recae la mayor presión familiar en el conflicto judicializado.

2. El problema de la determinación de los problemas primigenio y secundarios, de los intereses y de los petitorios

La delimitación de derechos, obligaciones y el establecimiento de parámetros de tutela de derechos pueden representar una labor compleja para el juez de familia; su pericia le permitirá superar el impacto y los efectos de casos vinculados a situaciones extremas, manteniendo así su actitud neutra frente a las pretensiones en el proceso (Casal, 2007: 247).

Un magistrado con experiencia, puede superar la "sensibilidad social" (De la Torre, 2000: 378) que un expediente en su despacho puede representar, sin convertirse en un agente ajeno a la realidad social, porque de lo contrario puede asumir una posición negligente al momento de redactar sus resoluciones, distorsionando la verdad material de los hechos y concediendo o limitando derechos a las partes de forma arbitraria.

Esta situación se podría graficar en la admisión y emisión de una resolución cautelar de asignación de alimentos sin la evaluación objetiva de las **necesidades del alimentista** y de las **condiciones del proveedor de alimentos**.

Aunque pudiera parecer contradictorio en la defensa de los intereses de un alimentista, suele considerarse que el **proveedor** de los alimentos

cuenta con un nivel de disposición económica que no necesariamente coincide con su realidad. Téngase en cuenta que los jueces luego de determinarse la **pensión de alimentos**, suelen tomar conocimiento de las condiciones personales del obligado, las cuales en algunos casos van desde el hecho de tener una **familia** paralela, otros hijos o eventualmente una condición de gastos superior a sus ingresos económicos.

Condiciones como el gasto de la manutención de la vivienda, el transporte personal, o el gasto de la propia sustentación personal no son evaluados en su real dimensión y resultan relativizados frente a la necesidad del **alimentista***,* con lo cual se genera una sentencia que difícilmente solucionará el conflicto de intereses.

En los casos de **tenencia y régimen de visitas** el juez debe evaluar el hecho de que una limitación de derechos para un progenitor, **implica también una limitación de derechos** en los hijos de la familia en conflicto.

Los aspectos personales de las partes, inicialmente valorados por el juez de familia, deben ser complementados con la evaluación jurídica de la demanda y de la contestación de la demanda, para así determinar la objetividad de los derechos y obligaciones de las partes, aun en contra de la posición que asumen estas frente al proceso, toda vez que resultan extremas y excluyentes.

Como se podrá observar, los problemas no se limitan a lo que las partes exponen en la demanda o en la contestación de la demanda, porque se encuentran influenciados por su propio contexto personal y también porque la asesoría legal a su favor no les permite comprender el verdadero costo económico, personal y temporal que implica no atender el **conflicto familiar** en su real dimensión en un único proceso judicial.

Las expectativas inmediatas, por ejemplo en caso de alimentos, suelen ser referenciales para que los/las demandantes ponderen iniciar este proceso en forma preferente frente a la demanda de divorcio o tenencia de menor.

IV. LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL ÁMBITO DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA

En el ámbito constitucional las **acciones afirmativas** implican la generación de condiciones a favor de un determinado **grupo vulnerable** para que puedan ejercer de manera más proactiva la defensa de sus derechos, principalmente en reconocimiento a una condición estructural de limitación, sea por factores sociales, culturales o económicos.

La teoría de género siempre utilizó la defensa de la mujer sobre la base de su condición personal ante la sociedad, ante la familia y ante su propia pareja y por ello expone la defensa integral de los derechos de la mujer en el ámbito social, cultural, sexual, laboral, político y económico.

Dicha posición además de legítima en la actualidad sigue siendo vigente porque nuestra sociedad limita en esencia los derechos de las mujeres; sin embargo y muy a pesar de que consideramos válida la posición de las teorías de género, en el ámbito procesal debemos reiterar que dicha teoría no resulta aplicable, porque terminaría generando una distorsión en las partes al nivel de generar como consecuencia la determinación de "nuevos" derechos a quienes se vieran afectados por la ampliación de derechos de las mujeres.

La desproporcionalidad en la aplicación de acciones afirmativas en el ámbito legislativo o jurisdiccional en este contexto terminaría por afectar directamente los derechos de los menores o adultos mayores en situación de incapacidad y de los varones con quienes conformaron una pareja matrimonial, convivencial o concubina.

A nuestro criterio la mejor garantía de poder atender los procesos en la especialidad de familia, está vinculado al análisis de los casos y de las personas que forman parte del conflicto familiar y no en función a sus elementos materiales reconocidos en una legislación que les permita actuar en forma desproporcional a los hechos.

Finalmente resulta aplicable considerar que en el ámbito de los juzgados de familia, la teoría de género resulta inaplicable ante la vigencia del metaprincipio del Interés Superior del Niño, el cual está en función a la defensa de un grupo vulnerable mucho más objetivo, debido a sus limitaciones personales, procesales, sociales y familiares.

BIBLIOGRAFÍA

- BEST, Robin. *Género y teoría del Derecho.* Universidad de los Andes, Bogotá, 2000.
- BLISS, Shepherd. "The mitopoietic men's movement". En: Michael Kimmel. *The politics of manhood*. Temple University Press, Philadelphia, 1995.
- BLY, Robert. *Iron John: a book about men*. Reading Mass, Wesley, 1990.
- CASAL, Jesús y otros. *Tendencias actuales del Derecho Constitucional.* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- DE LA TORRE DÍAZ, Francisco. *Ética y deontología jurídica*. Dykinson Madrid, 2000.
- DEZA VILLANUEVA, Sabina. "¿Por qué las mujeres permanecen en relaciones de violencia?". En: *UNIFE Revista de Psicología.* N° 1, 2012, pp. 45-55.
- FRAISSE, Geneviève. "El concepto filosófico de género". En: TUBERT, Silvia. *Del sexo al género: los equívocos de un concepto.* Cátedra, Madrid, 2003.
- LYNN BOLLES, Augusta. *De lo privado a lo público. 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina.* Siglo XXI, México, 2006.
- OLEA, Raquel y otras. *El género en apuros: discursos públicos.* Ediciones LOM-La Morada, Santiago, 2000.
- ONG MANUELA RAMOS. El machismo permeó hasta los tribunales. 2014 [Video colgado en Youtube, https://www.youtube.com/watch?v=2aH-uzILTYI] Lima, ONG Manuela Ramos.
- RICHARDS, David. *Identity and the case for gay rights: race, gender, religión as analogies*. University of Chicago Press, Chicago, 1999.
- TUBERT, Silvia. "La crisis del concepto de género". En: TUBERT, Silvia. *Del sexo al género: los equívocos de un concepto.* Cátedra, Madrid, 2003, pp. 7-8.

El predominio del principio del interés superior del niño sobre el principio *non reformatio in peius*

Ocner CÓRDOVA LÓPEZ(*)

INTRODUCCIÓN

En principio debemos tener presente que uno de los contenidos del debido proceso es el derecho de todo sujeto a impugnar las resoluciones judiciales a través de los recursos establecidos en la norma procesal. En efecto, la posibilidad de recurrir a una resolución supone la posibilidad de intentar lograr una mayor legalidad y un mayor grado de convicción en cuanto a que la resolución dictada se adecuará a derecho.

Conforme lo señala el artículo 364 del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este sentido la doctrina procesal considera que el recurso de apelación "es aquel recurso ordinario y vertical o de alzada formulado por quien se considera agraviado con una resolución

(*) Fiscal Adjunto Provincial de Lima. Profesor universitario.

judicial (auto o sentencia) que adolece de vicio o error y encaminada a lograr que el órgano jurisdiccional superior en grado al que la emitió revise y proceda a anularla o revocarla, ya sea total o parcialmente dictando otra en su lugar u ordenando al juez a quo, que expida una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la resolución emanada del órgano revisor"[(1)].

En el texto original del artículo 370 del Código Procesal Civil se establecía que: "El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido (…)". Es decir, que el citado artículo imponía una limitación al pronunciamiento y a la capacidad decisoria del juez superior, quien no podía pronunciarse en segunda instancia perjudicando al apelante, a menos que la otra parte también haya apelado o se haya adherido a la apelación.

Esta limitación procesal impuesta al juez superior para modificar en perjuicio del apelante la sentencia impugnada, se conoce en la doctrina como el principio de *non reformatio inpeius*; el que implica, que el juez que conoce en segunda instancia de un recurso de apelación, frente al apelante único, no puede resolver el recurso haciendo más grave la situación jurídica del apelante. En efecto, el citado principio impone una limitación al juez superior para resolver, en tal sentido el juez superior solo podrá analizar y revisar los aspectos que fueron expuestos por la parte que apela. Este principio se encuentra íntimamente ligado con el principio *tantum apellatum quantum devolutum,* que está referido a que el juez superior no puede someter a examen asuntos que no han sido expresados como agravio por el apelante, debiendo pronunciarse únicamente en relación al extremo apelado, en tanto a los demás extremos, al no haber sido impugnados, se entiende han sido consentidos por las partes.

Sin embargo, mediante el artículo único de la Ley Nº 29834, publicado el 2 febrero de 2012, se modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil, quedando dicho texto normativo redactado de la siguiente manera: "El juez superior no puede modificar la resolución impugnada

(1) HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Medios impugnatorios*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 105.

en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido o **sea un menor de edad**. (…)". La modificación introducida en la citada disposición normativa, consiste en que el juez superior está facultado para modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante cuando la otra parte sea un menor de edad, aunque este –a través de su representante legal– no haya impugnado la resolución ni se haya adherido a la apelación. Lo que significa que cuando en un proceso una de las partes es un menor de edad no resulta aplicable el principio de *non reformatio in peius* ni el principio *tantum devolutum quantun appellatum*.

Al respecto, corresponde formular las siguientes interrogantes ¿Constituye dicha disposición normativa una vulneración al principio de *non reformatio in peius*? ¿Cuáles fueron los fundamentos del legislador para que el juez superior pueda modificar la apelación en perjuicio del apelante único cuando la otra parte es un menor de edad? ¿Se limita con dicha disposición normativa el derecho de impugnación de las resoluciones judiciales? ¿Existe un principio superior al principio de *non reformatio in peius*? ¿Cuál es la importancia del principio de *non reformatio in peius*? ¿Cuál es la importancia del principio del interés superior del niño? Son estas las interrogantes que pretendemos responder en este breve estudio.

Cabe precisar que no es este el espacio ni el objeto de estudio para realizar un vasto análisis respecto de la naturaleza de los principios *non reformatio in peius* y del principio *tantum apellatum quantum devolutum*, dichas figuras serán analizadas solo teniendo en cuenta su importancia y aplicación a los procesos judiciales.

I. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE *NON REFORMATIO IN PEIUS*

El principio de no reforma en peor o *non reformatio in peius*, significa que el juez superior que conoce el proceso a través de un recurso de apelación, se encuentra limitado para emitir un pronunciamiento agravando la situación jurídica del apelante determinada en la sentencia de primera instancia, cuando este es apelante único. Bien precisa Eduardo Couture que: "La reforma en perjuicio (*reformatio in peius*) consiste en

una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario. El principio de la reforma en perjuicio es, en cierto modo, un principio negativo: consiste fundamentalmente en una prohibición. No es posible reformar la sentencia apelada en perjuicio del apelante"[(2)].

Es evidente que, la parte que impugna anhela a que la sentencia de primer grado sea modificada conforme al régimen jurídico del recurso utilizado, pero con la garantía añadida que supone la inmutabilidad del pronunciamiento de primera instancia que le ocasiona agravio.

¿Cuál es el fundamento de este principio? Su fundamento es asegurar el ejercicio del derecho de defensa del apelante único, toda vez que evita que este último sea sorprendido con una decisión que no tuvo la oportunidad de controvertir al momento de impugnar; asimismo, garantiza de modo efectivo el ejercicio del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0553-2005-HC/TC (fundamento 3) ha señalado que la interdicción de la *reformatio in peius* o "reforma peyorativa de la pena" es una **garantía del debido proceso** implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con el **derecho de defensa** y de **interponer recursos impugnatorios**. Agrega diciendo que de acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia. Asimismo, el Tribunal Constitucional en otra sentencia citando a Rafael Saraza Jimena (*Doctrina constitucional aplicada en materia civil y procesal civil*. Civitas, Madrid, 1994) ha señalado que: "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones, cuando se produce el rechazo liminar de una demanda invocándose una causal de improcedencia impertinente; con la inadmisión de un recurso ordinario o extraordinario; **con la aplicación**

(2) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 13ª edición (reimpresión), Ediciones Depalma, Buenos Aires, pp. 367 y 368.

de la *reformatio in peius*; y con la ejecución de la sentencia modificándose sus propios términos, o con su inejecutabilidad"[3].

Por su parte, el procesalista Fernando De la Rúa, señala que "el no agravamiento de la situación obtenida por el recurrente, que garantiza la prohibición, **es consecuencia del objeto defensivo** del recurso, ya que de lo contrario se privaría al recurso de su finalidad específica, esto es de obtener una ventaja o un resultado más favorable del proceso"[4].

En el Derecho Procesal Penal también se ha señalado que la prohibición de reforma en peor: "está conectada de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional, y de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición de la indefensión. Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no solo el derecho de defensa –se vulnera el principio de contradicción en la medida que se excede de los términos del debate recursal– tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio"[5].

En consecuencia, el principio de *non reformatio in peius*, si bien es un principio que no se encuentra expresamente establecido en nuestra Constitución Política, sin embargo, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional, sí se encuentra en forma implícita y sobre entendida como una garantía del derecho a la observancia del debido proceso previsto en el inciso 3) del artículo 139 de la Carta Constitucional, cuyo fundamento es cautelar el derecho de defensa y el derecho de interponer recursos impugnatorios.

En este sentido, si se dispusiera normativamente que el juez superior pueda, en todos los casos, modificar en perjuicio del impugnante único la sentencia recurrida, estaríamos ante una norma que violaría el

(3) Expediente Nº 1546-2002-AA/TC de fecha 28 de enero de 2003. Fundamento 3.
(4) DE LA RÚA, Fernando. "Límites de los recursos. La prohibición de la *reformatio in peius* en materia penal y civil". En: *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 214.
(5) Acuerdo Plenario Nº 5-2007/CJ-116, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 16 de noviembre de 2007. Fundamento 7.

derecho de defensa del impugnante y restringiría el derecho de interponer recursos impugnatorios. Por ejemplo, si en primera instancia se determinó mediante sentencia que el demandado debe cumplir con indemnizar al demandante por daño moral con una suma de diez mil nuevos soles, respecto del cual la parte demandante estuvo conforme y no interpuso recurso impugnatorio; la parte demandada, al interponer recurso de apelación considera que el monto es excesivo y que la parte demandante no ha acreditado haber sufrido un daño moral por dicho monto; sin embargo, el juez superior, al momento de resolver el recurso de apelación considera que en realidad el daño moral irrogado al demandante debe ser indemnizado con una suma superior, esto es en vente mil nuevos soles, lo que vulnera el principio de *non reformatio in peius* y con el ello el derecho al debido proceso y el derecho de defensa del impugnante.

En este caso observamos que el demandante en su recurso de apelación solo se limitó a refutar los fundamentos de la sentencia de primera instancia que determinaron una indemnización por daño moral de diez mil nuevos soles, considerando que dicha suma es excesiva; lo que significa que el debate o controversia que corresponde resolver en segunda instancia gira en torno a los diez mil nuevos soles fijados como indemnización por daño moral; sin embargo, al resolver el órgano jurisdiccional de segunda instancia que la indemnización corresponde a veinte mil nuevos soles, es evidente que se ha violado su derecho de defensa del impugnante, puesto que en su recurso impugnatorio no ha podido rebatir o desvirtuar los argumentos por los cuales el juez superior llega a la conclusión de que el monto indemnizatorio debe ser incrementado y tampoco existe otra instancia a efectos de poder rebatir o desvirtuar las nuevos fundamentos arribados por el juez superior y así.

En efecto, si se estableciera una libertad irrestricta del juez superior para modificar o reformar en perjuicio del apelante único la sentencia de primera instancia, el impugnante pensaría dos veces antes de interponer un recurso de apelación, e incluso en algunas ocasiones ante el temor fundado de que la sentencia de segundo grado se modifique en su perjuicio, se desistiría, puesto que puede ocurrir que "vaya por lana y salga trasquilado"; lo que implica la existencia de una restricción al derecho de interponer el recurso de apelación. En efecto, el derecho de impugnar se vería restringido –e incluso anulado– si el desfavorecido

con el fallo de primera instancia, por temor a que su situación jurídica pueda resultar empeorada, desiste de su intención de hacer revisar dicho fallo. En este sentido, se ha señalado que: "esa tranquilidad del imputado solo puede provenir de la certeza con que él pueda contar de que el Tribunal de Alzada no irá más allá del fallo que está sometiéndole a revisión. Es en ese momento que se hace operativa la garantía de la *reformatio in peius*"(6).

Por ello, la existencia aun en la normativa procesal respecto del principio de interdicción de reforma en perjuicio del recurrente o *non reformatio in peius*, es de suma importancia para la parte impugnante por cuanto constituye una garantía del derecho de defensa, puesto que a través de ella una parte procesal ve asegurado un concreto resultado cuando impugna una resolución que le inflige gravamen. "Esta característica, se mire por donde se mire, para el perjudicado o condenado que recurre, supone jugar con cierta ventaja al añadir un elemento nuevo que le permite controlar, aunque solo sea en cierta medida, su suerte de cara a la decisión del recurso; le garantiza un determinado resultado que no tiene parangón con ninguna otra institución procesal"(7). En este sentido resulta ser cierto que la prohibición de la *reformatio in peius* satisface la necesidad de garantizar al imputado (o al agraviado) la libertad de recurrir, o mejor dicho, su tranquilidad para hacerlo(8). Esta posibilidad de recurrir debe estar inmersa en un marco garantista; un marco que asegure, a aquel que intenta hacer uso de esta posibilidad que el ordenamiento jurídico le brinda, un mayor acercamiento a una sentencia justa; se debe verificar que este individuo no se vea temeroso de hacer uso de esta facultad ante la posibilidad de que, en la búsqueda de un mayor "control de justicia", se encuentra con una peor situación para él(9).

(6) MEISCHENGUISER, Ingrid. "Anulación de sentencias por la alzada: ¿Medio 'encubierto' de encubir en *reformatio in peius*?". Artículo publicado en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/81/anulacion-de-sentencias-por-la-alzada.pdf>. Tomado de la web el 3 de marzo de 2014, p. 185.

(7) RUIZ MORENO, José María. "Un intento de aclaración conceptual en el orden jurisdiccional civil: la interdicción de reforma en perjuicio del recurrente". En: <http://portal.uned.es/pls/portal/docs/>.

(8) CAFERATA NORES, José. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Lerner, Córdoba, 1994.

(9) MEISCHENGUISER, Ingrid. Ob. cit., p. 187.

El Tribunal Constitucional ha señalado en forma reiterada y uniforme, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC Exps. Nºs 1243-2008-PHC, f. j. 2; 5019-2009-PHC, f. j. 2; 2596-2010-PA; f. j. 4). En efecto, el derecho de impugnar una resolución judicial, posibilita a su vez, que los órganos jurisdiccionales ejerzan un mutuo control entre sí. Ante la seguridad y tranquilidad de poder recurrir, al amparo de la garantía de la *reformatio in peius,* los individuos se verán más confiados y animados a impugnar las resoluciones judiciales que le causen agravio, y de esta forma habilitarán el control jurisdiccional. En cambio de no existir en el ordenamiento procesal una garantía de este tipo, es probable que la actividad recursiva se vea disminuida en gran porcentaje y se reduzca la cantidad de casos sometidos a control.

En consecuencia, la prohibición de la *reformatio in peius,* llamada también *reforma peyorativa,* es una garantía constitucional de carácter procesal que tiene una doble protección, garantiza el derecho de defensa y permite un acceso efectivo a los recursos procesales. Sin embargo, corresponde preguntarse ¿Es una garantía procesal irrestricta? ¿En qué situaciones este principio tan importante puede verse limitado y permitir al juez superior modificar la sentencia en perjuicio del apelante único?

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*

¿Puede el juez superior ingresar a analizar un extremo de la sentencia que no ha sido impugnada? o ¿Puede el juez superior emitir pronunciamiento respecto de un extremo de la sentencia de primera instancia que ha sido consentida por las partes? o ¿Tiene el juez superior poderes ilimitados para pronunciarse respecto de la sentencia impugnada?

Sin duda que otro de los límites a que se impone al juez superior, órgano jurisdiccional de segunda instancia, que conoce una causa en apelación, es el principio procesal *tantum devolutum quantum appellatum*, en

virtud del cual quien resuelve el recurso solo entraría a resolver aquellos puntos o extremos que le son sometidos a su conocimiento; quedando proscrito cualquier pronunciamiento respecto de un extremo de la sentencia no impugnado es decir consentido por las partes.

En efecto, señala el artículo 364 del Código Procesal Civil que el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine **a solicitud de parte** o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada total o parcialmente; por consiguiente, **el contenido** del recurso de apelación establece la competencia de la función jurisdiccional del juez superior; toda vez que, aquello que se denuncie como agravio comportará la materia que el impugnante desea que el ad quem revise, dando así a entender que se encuentra conforme con los demás puntos o extremos no denunciados que contenga la resolución impugnada, en caso de existir.

En este sentido, Alsina señala que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por ello sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra un parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo; es lo que se expresa con el aforismo *tantum devolutum quantum apellatum* o sea que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso[10]. Por su parte, la jurisprudencia nacional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de este importante principio señalando que: "La extensión de los poderes de la instancia de alzada está presidida por un postulado que limita su conocimiento, recogido por el aforismo *tantum appellatum*, *quantum devolutum*, en virtud del cual el Tribunal de alzada solamente puede conocer mediante la apelación, de los agravios que afectan al impugnante. El postulado antes referido, basado en el principio dispositivo y de congruencia procesal ha sido recogido por el legislador en el artículo 364 del CPC, que literalmente señala que el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine a solicitud de parte la resolución que les produzca agravio con el propósito de que sea anulada o revocada total o parcialmente; la

(10) ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 416.

jurisdicción de los tribunales de apelación se halla limitada por el objeto y alcances del recurso ordinario que abre la instancia; la **sentencia consentida en todo o en parte no es revisable**. En este sentido, la norma procesal antes referida se funda en la presunción *iure et* de *iure* referida a quien no recurre, consiente lo desfavorable de la resolución dictada, aun cuando lo resuelto por el inferior no le sea presuntamente beneficioso en líneas generales"[11].

En esta misma línea, es de advertirse que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación Nº 3703-2007-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de enero de 2008, fundamento octavo, expuso lo siguiente: "Que, si bien es cierto, los poderes de instancia de alzada están presididos por un postulado que limita el conocimiento del superior, recogido en el aforismo *tantum devolutum, quantum apellatum*, que implica que "el alcance de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano ad quem para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso" (Jaume Solé Riera. 'Recurso de Apelación'. En: *Revista peruana de Derecho Procesal*. Marzo de mil novecientos noventa y ocho, página quinientos setenta y uno); de manera que el colegiado superior deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho, así como el sustento de la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación: no es menos cierto que el recurso de apelación debe contener una fundamentación del agravio, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución impugnada y precisando su naturaleza, **de tal modo que el agravio u ofensa fija el *thema decidendum* –la pretensión– de la Sala de revisión, pues la idea del perjuicio debe entenderse como base objetiva del recurso**; por ende los alcances de la impugnación de la resolución recurrida determinarán los poderes de este órgano colegiado superior para resolver de forma congruente la materia objeto de recurso".

Se puede extraer como conclusión de las precitadas casaciones lo siguiente: i) que los poderes de instancia de alzada se encuentran limitados, dado que el alcance de la impugnación de la resolución recurrida

(11) Casación Nº 626-2001-Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de noviembre de 2001.

determinará los poderes del órgano ad quem para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso; y ii) que el colegiado superior solo deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación, de tal modo que el agravio u ofensa fija el *thema decidendum* –la pretensión– de la Sala de revisión.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional a través del voto singular del magistrado Vergara Gotelli recaído en el Expediente Nº 00686-2007-PA/TC señaló lo siguiente: "Con lo manifestado precedentemente se evidencia que nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de la limitación recursal conocido también como *tantum apellatum quantum devolutum*, principio que a su vez exige la congruencia, ya que de esta manera se limita al órgano revisor quien puede solo resolver sobre el *petitum* por el que ha sido admitido el referido medio de impugnación extraordinario".

Por su parte, el maestro uruguayo Enrique Véscovi, señala que: "Resultaría inconsecuente con lo sostenido antes, de que el objeto de la sentencia (de primera y también de segunda (...)) está delimitado por las pretensiones de las partes (principio de la congruencia), admitir ahora que el tribunal de alzada puede ir más allá de lo pedido por el apelante. Es, repetimos, la consecuencia del principio dispositivo del *ne procedat iure ex officio* y *nemo iudex sine actore*. Dado que la segunda (o tercera, o aún la casación) se abre solo por iniciativa de la parte que interpone el recurso y conforme a su pedido. Es en este sentido que se dice que la expresión de agravios es la acción (pretensión) de la segunda instancia"(12).

Lo que significa que "el juez superior solo puede conocer de aquellas cuestiones que le sean sometidas por las partes mediante apelación (*nemo judex sine actore*) y en la medida del agravio sufrido en la sentencia de primer grado (*tantum devolutum quantum appellatum*) de tal modo que los efectos de la apelación interpuesta por una parte no benefician a la otra que no ha recurrido, quedando los puntos no apelados ejecutoriados y firmes por haber pasados en autoridad de cosa juzgada"(13).

(12) VÉSCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 163.
(13) RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano II, Teoría General del Proceso*. Editorial Arte, Caracas, 1995, p. 108.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia antes citada, el órgano jurisdiccional superior de segunda instancia no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque estas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente.

En efecto, son los agravios los que fijan las pretensiones del recurrente ante el Tribunal de alzada, por lo que el a quo solo le corresponde dar respuesta a esa expresión de agravios, de lo contrario generaría una asimetría procesal que vulnera el principio de congruencia, el cual consiste en la exigencia de identidad entre lo postulado y lo resuelto. El principio *tantum devolutum, quantum apellatum* es una derivación del principio dispositivo y constituye una regla, no solo jurídica sino también de lógica formal, que impera, o debe imperar, en todo razonamiento de los jueces cuando emiten sus decisiones. De esto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el *thema decidendum* integrado por pretensiones y oposiciones. En la doctrina, se ha denominado incongruencia objetiva *extra petita* al desajuste entre las pretensiones formuladas en la litis y la decisión jurisdiccional que la resuelve, cuando el órgano otorga algo que no ha sido objeto de discusión. Así es como Calamandrei expresa gráficamente que: "el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita solo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha apertura"[(14)].

Por tanto, incurriría el juez en violación al principio de la observancia del debido proceso previsto en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución al pronunciarse en sentencia de segunda instancia respecto de un extremo no impugnado por las partes; puesto que si las partes no lo impugnaron, significa que están conformes con la decisión.

(14) CALAMANDREI, Piero. "Apuntes sobre la *reformatio in peius*". En: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Omeba, Buenos Aires, 1961, p. 301.

III. LA RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Respecto del interés superior del niño, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental en cuanto establece que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (…)" (Expediente Nº 02132-2008-AA/TC). El citado Tribunal en anteriores oportunidades también se pronunció respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia del Expediente Nº 03744-2007-PHC/TC estableció que: "(...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación (…)".

La relevancia a tener en consideración en forma primordial y de primer orden los derechos del niño o el interés superior del niño[15] –niños y adolescentes– no es un tema nuevo, sino de relativa antigüedad. Cabe destacar que los hitos fundamentales que marcaron esta tendencia son la Declaración de Ginebra de 1924 aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924; luego, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derecho Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño; posteriormente, en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos del niño en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, fue en esta Declaración donde por primera vez se utiliza el principio "interés superior del niño". Así, en el principio 2 se estableció que: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por

(15) Debe tenerse presente que conforme al artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, **se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad**, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

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**".

Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan solo con una declaración, surge la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nº 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, con excepción de Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha convención.

Se sostiene que el objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable(16).

Resulta importante destacar lo establecido por la Convención en el artículo 3, párrafos 1 y 2 en la cual se señala lo siguiente:

> "1. 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,

(16) AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Estudios Constitucionales*. Año 6, Nº 1, 2008, p. 228. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf>. Tomado de la web el 1 de marzo de 2014.

una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**.

2. 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".

Se advierte del párrafo 1, que la Convención otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como privada. ¿Cuál es el objetivo del concepto de interés superior del niño en la Convención? El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo integral del niño. Es decir que el interés superior del niño constituye "la plena satisfacción de sus derechos"(17).

El objetivo del artículo 3 de la Convención es velar porque el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que cualquier medida que tenga que ver con un niño, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término "medida" incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. La obligación jurídica se aplica a toda clase de decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños; por lo tanto, la expresión "concernientes a" se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con los niños y, en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, aunque la medida no vaya dirigida en forma directa contra el niño. Cabe precisar que el término "niños" a que hace referencia el párrafo 1 del artículo 3 se refiere a todas las personas menores de 18 años sujetas

(17) CILLERO BRUÑOL, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño". En: <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf>. Tomado de la web el 3 marzo de 2014.

a la jurisdicción de un Estado Parte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención.

Cabe precisar que la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, **los tribunales**, las autoridades administrativas y los **órganos legislativos** que se ocupen de los niños o les afecten. El término "tribunales" debe comprender a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia integrados por jueces, y no solamente ellos, sino también a los que tiene capacidad de decisión en las instancias administrativas, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna, ello incluye a los procesos de conciliación extrajudicial y arbitraje. Asimismo, la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio (como los tratados bilaterales o multilaterales que afecten a los niños) debería regirse por el principio del interés superior del niño.

¿Cuáles es la razón de que el interés superior del niño sea una consideración primordial? En efecto, el interés superior del niño debe ser una **consideración primordial** en la adopción de todas las medidas de aplicación, principalmente legislativa y judicial. La expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica, y a menudo, carencia de voz). Es por ello, que lo niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que los afectan deben tener en consideración explícitamente sus intereses.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente Nº 01817-2009-PHC/TC, ha manifestado que: "el artículo 4 de la Constitución reconoce que la 'comunidad y el Estado protegen especialmente al niño'. Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la

obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral". **En esta misma línea tuitiva de los intereses del menor, el profesor Alex Plácido ha señalado que**: "los niños, adolescentes, madres y ancianos poseen los derechos que corresponden a todo ser humano: pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica, objetiva y razonablemente, el otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio; sino por el contrario, sirven para el propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones"[(18)].

En efecto, debido a la condición especial en que se encuentra el niño (vulnerabilidad, dependencia, debilidad, inmadurez e inexperiencia) se justifica la aplicación de un trato especial y diferenciado, tomando para ello medidas legislativas y judiciales apropiadas, a efectos de garantizar que se otorgue al menor su derecho que corresponde en su justa medida. Por ello, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con sus intereses.

Es verdad que en la aplicación el interés superior del niño se puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos de cualquier naturaleza (por ejemplo con los intereses de los padres o de cualquier otro adulto) en este caso, tiene que resolverse, primero, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado; si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, **teniendo en cuenta el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial**, ello significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño[(19)].

(18) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Comentario al artículo 4 de la Constitución". En: AA.VV. *La Constitución comentada: análisis de artículo por artículo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 371.

(19) Comité de los Derechos del Niño. Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf>. Tomado de la web el 28 de febrero de 2014, p. 11.

En esta misma línea de pensamiento ha señalado Freedman que: "proponemos interpretar al principio del interés superior del niño como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un 'interés superior' al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos"(20).

Es decir, que el Estado debe privilegiar determinados derechos del niño frente a otros derechos particulares en situaciones de conflicto, restringiendo o limitando los derechos de los particulares o incluso intereses colectivos, ello por cuanto el interés superior del niño constituye una consideración primordial.

Para que la consideración del interés superior del niño se constituya en algo "primordial" requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas –legislativas y judiciales principalmente– y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.

De otro lado, advertimos que el segundo párrafo del artículo 3 de la Convención establece que: "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar"; ello significa que los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño. Es decir, que el Estado se encuentra en la obligación de examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar y aplicar como principio el interés superior del niño y que este principio se aplique en todos los procesos y procedimientos en donde está en discusión algún interés económico o moral del

(20) FREEMAN, Diego. "Funciones normativas del interés superior del niño". En: *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la política global*. Disponible en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> (visitada el 7 de marzo de 2014).

niño. También constituye una obligación del Estado velar por que todas las decisiones judiciales, administrativas y legislativa relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial[21]. Así, observamos que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 01817-2009-PHC/TC ha precisado que: "ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4 de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado".

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

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

En efecto, conforme al artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño[22], constituye una obligación por parte del Estado peruano –firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño– que el derecho del niño a que su interés sea superior, se constituya en una consideración primordial adoptando todas las medidas necesarias, entre ellas las de carácter legislativo y judicial, para hacer plenamente efectivo este derecho; para ello tendrá que crear y en su caso modificar normas existentes y otras fuentes del derecho para que se cumpla con el principio del interés superior del niño.

(21) Ídem.

(22) **Artículo 4:**
Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. (…).

Señala el Tribunal Constitucional que: "Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos" (Exp. Nº 01817-2009-HC/TC, de fecha 07/10/2009, fundamento 5).

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

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

anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda. (…)". En este caso el juez suple de oficio la deficiencia o falta de previsibilidad incurrida por el representante legal del menor de solicitar la **medida de asignación anticipada** de alimentos. No cabe duda que en este caso es el interés superior del niño el que prevalece y se sobrepone sobre la voluntad de las partes, supliendo la omisión o falta de previsibilidad del demandante quien reclama alimentos para el menor**.** Así, el principio de congruencia procesal cede ante un derecho universalmente reconocido y aceptado, que impone a las autoridades jurisdiccionales que al momento de resolver una situación donde esté involucrado un niño o adolescente lo hagan teniendo en consideración la protección integral de sus derechos elementales, como los alimentos, la salud física y mental, educación y todo lo relacionad con su sano desarrollo.

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

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

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

En este sentido, observamos que la exposición de motivos de la citada Ley Nº 29834 que modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil, se hace la siguiente pregunta: ¿Pero qué pasa si la resolución es adversa a los intereses de un menor de edad y sus padres y/o tutores que lo representan en el proceso judicial, no apelan ni se adhieren? Uno de los fundamentos principales de la exposición de motivos fue el siguiente: "para evitar que un menor de edad arrastre una resolución que a todas luces le genera perjuicio, a través de este proyecto de ley planteamos la modificación del artículo 370 del Código Procesal Civil, que tiene como único objetivo tutelar los derechos de los menores de edad, quienes al ser representados en un proceso judicial ya sea por sus padres o tutores, estos, por desconocimiento o negligencia no ejercen el derecho de la doble instancia, consintiendo una resolución adversa, quedando en un mayor grado de desprotección por los mecanismo procesales existentes"[(23)].

En efecto, estamos de acuerdo que la presencia de los padres o representantes legales de los menores en un proceso judicial no garantiza de manera plena y efectiva los derechos del niño y del adolescente objeto de discusión, por ello se hace necesario que el juez superior pueda suplir el desconocimiento o negligencia en que pudieran incurrir los padres o tutores del menor de no ejercer el derecho de la doble instancia. Resulta válido que se faculte al juez superior para que de oficio pueda revisar la resolución de primera instancia en donde se ha discutido y resuelto respecto del derecho de un menor, aunque dicho extremo no haya sido objeto del recurso impugnatorio, ello con la finalidad de que el derecho del niño o adolescente no se vea restringido ni disminuido por una falta de acción por parte de los representantes o tutores del menor. En este sentido el profesor Alex Plácido ha señalado que: "Es de particular importancia referirse al supuesto de la apelación interpuesta solo

(23) Proyecto de Ley Nº 175/2011-CM, proyecto suscrito por la Congresista Luisa María Cuculiza Torre. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011>. Tomada de la web el 4 de marzo de 2014.

por el demandado. De ordinario se comprueba que por diversos motivos la parte que representa los derechos del niño o adolescente no interpone recurso de apelación, consintiendo con lo resuelto en primera instancia. Sin embargo, el órgano jurisdiccional superior no puede desconsiderar el mandato constitucional de protección especial de los niños y adolescentes que lo obliga a actuar conforme al interés superior del niño. De acuerdo con ello, debe revisar el expediente a fin de comprobar que efectivamente la pensión de alimentos fijada responde a la edad y sexo del alimentista y a las condiciones de vida de la familia; además de apreciar el estado de necesidad y la capacidad económica del obligado. Si de la revisión comprueba que la pensión establecida es menor respecto de las necesidades del alimentista y que la capacidad económica del obligado es mayor, debe revocar la apelada y reformarla para incrementar el monto señalado en primera instancia"[(24)].

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

V. LA PRIMACÍA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑO SOBRE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE *NON REFORMATIO IN PEIUS* Y *TANTUM DEVOLUTUM, QUANTUM APELLATUM*

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

(24) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Los alimentos desde una perspectiva de los derechos del niño". En: Blog de Alex Plácido. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido>. Tomado de la web el 27 de febrero de 2014.

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

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

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

Por ello, ha hecho muy bien la Ley Nº 29834 en modificar el artículo 370 del Código Procesal Civil permitiendo al juez superior modificar la resolución impugnada aun en perjuicio del adulto impugnante, y ello será así cuando el juez superior advierta que con la decisión de juez de

primera instancia se ha vulnerado el derecho del menor o que el derecho no ha sido otorgado al menor en su justa dimensión. Es decir, que el principio del interés superior del niño se impone y prevalece frente a los principios *non reformatio in peius* y *tantum devolutum, quantum apellatum*. De lo cual se concluye que la directriz fundamental es la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés, ello por cuanto dicho interés es superior a los intereses de los demás.

En este sentido, resulta importante destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída Exp. Nº 02132-2008-AA/TC de fecha 09/05/2011, fundamento 10, quien señaló que: "De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel **valor especial y superior** según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, **tienen fuerza normativa superior** no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales".

Así, se ha señalado que, ante cualquier caso de conflictos de derecho de igual rango, deberá dar prioridad al derecho sobre la base del interés superior del niño, que prime sobre cualquier otro interés. Así, ni el interés de los padres, ni de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios con relación a los derechos de los infantes; por lo tanto, un derecho de un menor no puede estar sujeto al interés particular que tenga al respecto el padre o quienes ejercen la representación de menores[(25)]. Es por ello que ante cualquier conflicto de intereses del igual rango, el interés moral y material del niño y adolescente debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia.

Resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Sala Civil Transitoria en la Casación

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

Nº 756-2005-Puno, de fecha 13 de marzo de 2006, mucho antes que se promulgase la Ley Nº 29834 que modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil, dio prevalencia al principio del interés superior del niño sobre el principio de *non reformatio in peius*. Es decir, que consideró que el principio del interés superior del niño prevalecía y se imponía frente principio de la no reforma peyorativa que quedaba relegado. El caso era que la sentencia de primera instancia había declarado fundada en parte la demanda de violencia familiar solo con respecto a Lelia Isabel Alvarado Montenegro e infundada la demanda con respecto a los actos de violencia en agravio de los menores hijos (de esta y del denunciado por violencia familiar). El único apelante de la sentencia de primera instancia fue el demandado Arturo Huamán Arias, pues ni el Ministerio Público ni la agraviada Lelia Isabel Alvarado Montenegro interpusieron recurso de apelación. Mediante sentencia de segunda instancia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno revoca en parte la sentencia de primera instancia declarando fundada la demanda en lo concerniente a los actos de violencia familiar en agravio de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado. Es decir que la Sala Superior modificó la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante único que en este caso era el demandado Arturo Huamán Arias, contraviniendo así el artículo 370 del Código Procesal Civil que regula el principio de *non reformatio in peius,* precisamente este fue el argumento del demandado en su Recurso de Casación. Sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el Recurso de Casación por considerar que: "Si bien es cierto el artículo 370 del Código Procesal Civil consagra el principio de la *reformatio in peius* o de prohibición de la reforma en peor (…) **no es menos cierto que existen normas sustantivas que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal**. Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que: (…). En consecuencia, estando a que es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores. Estando a lo expuesto

precedentemente se llega a la conclusión que la denuncia por la citada causal deviene en infundada".

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

CONCLUSIONES

1. Se hace necesario que los principios de *non reformatio in peius* y *tantum devolutum, quantum apellatum*, cedan frente al principio del interés superior del niño, por cuanto los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses en un proceso judicial; si bien estos se encuentran representados por adultos (tutores o padres), empero ello no garantiza una defensa efectiva, por ello el juez superior en estricta observancia del interés superior del niño, podrá revisar y modificar la resolución impugnada aun en perjuicio del apelante único.

2. Resultan de suma importancia los principios procesales de *non reformatio in peius* y *tantum devolutum, quantum apellatum*, sin embargo, cuando existen menores involucrados en un proceso judicial, el principio del interés superior del niño prevalece sobre los anteriores.

3. Constituye una obligación por parte del Estado peruano la de dictar disposiciones normativas con la cual se garantice que en todas las decisiones judiciales relacionadas con los niños se ha tenido presente como una consideración primordial el interés superior del niño. Es en este sentido que se ha dictado la Ley Nº 29834 que modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil.

4. Al niño le corresponde una protección diferenciada, por ello, la protección de sus derechos debe prevalecer como factor primordial y superior en toda decisión judicial de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés de los niños debe predominar sobre cualquier otra clase interés.

5. El principio del interés superior del niño no puede estar en el mismo nivel que todas las demás consideraciones, puesto que este principio constituye una "consideración primordial" que se deberá tomar en cuenta en todas aquellas medidas legislativas o decisiones judiciales, en las que se encuentre involucrado un niño.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Estudios Constitucionales*. Año 6, Nº 1, 2008. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf>.

2. ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1961.

3. CAFERATA NORES, José. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Lerner, Córdoba, 1994.

4. CALAMANDREI, Piero. "Apuntes sobre la *reformatio in peius*". En: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Omeba, Buenos Aires, 1961.

5. CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. En: <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf>.

6. Comité de los Derechos del Niño. Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf>.

7. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 13ª edición (reimpresión), Ediciones Depalma, Buenos Aires.

8. DE LA RÚA, Fernando. "Límites de los recursos. La prohibición de la *reformatio in peius* en materia penal y civil". En: *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.

9. FREEMAN, Diego. "Funciones normativas del interés superior del niño". En: *Jura Gentium*, *Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la política global*. Disponible en: <http://www.jura-gentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>.

10. HINOSTROZA MÍNGUES, Juan Alberto. *Medios Impugnatorio.* Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

11. MEISCHENGUISER, Ingrid. "Anulación de sentencias por la alzada: ¿Medio 'encubierto' de encubrir en *reformatio in peius?*". Artículo publicado en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/81/anulacion-de-sentencias-por-la-alzada.pdf>.

12. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Comentario al artículo 4 de la Constitución". En: AA.VV. *La Constitución comentada: análisis de artículo por artículo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

    "Los alimentos desde una perspectiva de los derechos del niño". Blog disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido>.

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

14. RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano II, Teoría General del Proceso*. Editorial Arte, Caracas, 1995.

15. RUIZ MORENO, José María. "Un intento de aclaración conceptual en el orden jurisdiccional civil: la interdicción de reforma en perjuicio del recurrente". En: <http://portal.uned.es/pls/portal/docs/>.

16. VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

¿Es la omisión a la asistencia familiar un delito instantáneo?

Tendencias jurisprudenciales adversas a los derechos del niño y del adolescente

Rubén CAYRO CARI(*)

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El delito de omisión a la asistencia familiar, por su propia naturaleza, es un delito continuado, cuya ejecución diferida cesa solo cuando se ha cumplido con el pago de las pensiones alimenticias, y es con base en la fecha de cumplimiento que recién se puede iniciar el cómputo del plazo de prescripción, de conformidad con el numeral 3 del artículo 82 del Código Penal.

Sin embargo, en un Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de Vocales Superiores (hoy jueces superiores) llevado a cabo hace más de una década en la ciudad de Ica, contraviniendo toda la dogmática y jurisprudencia

(*) Abogado con estudios de posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez Superior de la Corte Superior de Lima Sur.

comparada, se acordó por mayoría declarar: "(…) que los delitos de resistencia a la autoridad y los **delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos** de efectos permanentes"[1].

Este acuerdo plenario (no vinculante) fue asumido por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 174-2009-PHC, de fecha 6 de abril de 2009, al señalar que: "(…) e) respecto de la prescripción debe precisarse que **al ser el delito de omisión de asistencia familiar un delito instantáneo** de efectos permanentes, es válido que el cómputo del plazo de prescripción se realice desde el requerimiento de fecha 12 de noviembre de 2004" (fundamento 5).

En síntesis, el Supremo Intérprete de la Constitución convalidó la vulneración de derechos fundamentales de los niños y adolescentes, como el derecho a los alimentos, posibilitando que los deudores alimentarios se beneficien del plazo de prescripción para evadir sus obligaciones; máxime si el delito de omisión a la asistencia familiar, tipificado en el primer párrafo del artículo 149 (tipo base) del Código Penal, sanciona dicho ilícito con pena privativa de libertad **no mayor de tres años**. Así, la prescripción ordinaria se cumpliría a los tres años y la extraordinaria a los cuatro años y medio, conforme al artículo 80 del Código Penal.

II. EL DELITO CONTINUADO EN EL ACUERDO PLENARIO Nº 8-2009/CJ-116 Y LA DOCTRINA

1. En el fundamento 7 del Acuerdo Plenario Nº 8-2009/CJ-116 emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, se establece que el artículo 49 del Código Penal prevé el "delito continuado, definiéndolo como 'sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito 'continuado' (…)'", como "la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal", de modo que "aquellas

(1) Pleno Jurisdiccional Penal Nacional (Ica, 1998). Tema 2: Delitos continuados, delitos permanentes y delitos instantáneos. Modificación de la ley penal en el tiempo y prescripción de la acción.

conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global"[2].

> "No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, 'solo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (…). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro'"[3].

2. Con base en la doctrina legal de la Corte Suprema, es evidente que el delito de omisión a la asistencia familiar cumple los presupuestos del delito continuado, pues dicho ilícito no se agota en un acto único, sino que su consumación dura tanto como dure el incumplimiento. Además, tiene la nota distintiva de ser cuantificable y "agravable" en sucesión progresiva, no solo en cuanto a la valorización dineraria de la liquidación y a la acumulación de las nuevas pensiones, sino en la medida en que el transcurso del tiempo agrava la situación del alimentista e intensifica el riesgo en sus bienes jurídicos, al no proveérsele de lo indispensable para su desarrollo integral.

3. En efecto, la omisión de cumplir con la resolución judicial que obliga a abonar una pensión alimenticia se produce en cada instante sin intervalo de tiempo, y solo concluye cuando el obligado decide acatar dicha orden judicial. Esta materia no fue analizada en la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, que solo examinó cuestiones procesales formales (como las notificaciones), sin debatir el tema de fondo, esto es, si el sentenciado había cumplido o no con el pago de las pensiones de alimentos, es decir, sin verificar si efectivamente había terminado la

(2) Con referencias: PEÑA CABRERA, Raúl, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 686; y RAGUÉS Y VALLÈS, Ramón. *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p. 126.

(3) Con referencias: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 689.

actividad delictuosa, a efectos de iniciar el cómputo de la prescripción, acorde con el numeral 3 del artículo 82 del Código Penal.

4. Para mayor abundamiento, recurriendo a la doctrina nacional, conforme la redacción del artículo 149 del Código Penal, el delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el agente omite cumplir con la prestación de alimentos previamente establecida en una resolución judicial.

Este ilícito constituye un **delito de peligro**, en la medida que se asume que el incumplimiento de los deberes alimentarios es una conducta peligrosa con relación a la salud e, incluso, la vida de algunas personas. Y es un delito **continuado**, pues la pluralidad de hechos está considerada jurídicamente como una sola acción, dando lugar a un solo delito[(4)].

III. LA JURISPRUDENCIA NO VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN A LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADAS

1. El Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 174-2009-PHC no solo es contrario a la doctrina nacional, sino a la doctrina y jurisprudencia comparadas, a cuyas fuentes es válido recurrir por tratarse de un tema de dogmática penal.

En el fundamento 5.e) de la citada sentencia señala que: "respecto de la prescripción debe precisarse que al ser el delito de omisión de asistencia familiar un delito instantáneo de efectos permanentes, es válido que el cómputo del plazo de prescripción se realice desde el requerimiento [de pago]".

El citado fundamento se aleja de la naturaleza propia del delito, y no encuentra sustento ni en la doctrina ni en la jurisprudencia comparada, peor aún si no cita fuentes ni expone las razones explicativas para llegar a tal conclusión.

(4) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 175.

Al parecer, la fuente jurídica no citada fue el Acuerdo Nº 2 del Pleno Jurisdiccional Penal de 1998, donde se aprobó por mayoría (sexto punto): "Por treinta y un votos contra trece, que los delitos de resistencia a la autoridad y **los delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes**". Cabe precisar que el referido Acuerdo Plenario no es vinculante, máxime si en ninguno de sus considerandos se cita las fuentes, esto es, su amparo doctrinario o jurisprudencial, teniendo en cuenta que el asunto era relevante y digno de ser tratado conforme a la dogmática penal.

2. Igualmente, en la jurisprudencia penal comparada no tiene sustento la tesis del delito instantáneo en los términos expuestos. Más bien, el debate se centra en la naturaleza **permanente** o **continuada** del delito de omisión a la asistencia familiar, según lo cual se sostiene que el cómputo de la prescripción se inicia cuando cesa la permanencia o cuando acaba la actividad delictiva.

a) La jurisprudencia española, en forma uniforme, considera que el delito de impago de pensiones es un delito **permanente** de tracto sucesivo acumulativo (de modo que la acusación puede extenderse a hechos ocurridos hasta la fecha de celebración del juicio oral)[5].

b) La jurisprudencia argentina estima que: Dado el carácter continuo del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, no requiere nuevos impulsos de la acción penal en tanto la omisión no cese[6].

Como se advierte, en ambos sistemas –que han inspirado el Derecho nacional– se descarta el carácter instantáneo del delito analizado.

3. En el sistema argentino: "Varios son los casos de delitos continuados que suelen ser juzgados cuando no han dejado de cometerse; el más emblemático es el **incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**. A través de la figura del delito continuado, una serie de acciones

(5) Sentencia Nº 479/2007 de Audiencia Provincial, Barcelona, Sección 8ª, 24 de julio de 2007.

(6) Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, del 23 de marzo de 2005 (Sala VII Nº 25.804).

delictivas son sometidas a un tratamiento unitario. En lugar de tomar en consideración cada una de las acciones u omisiones realizadas, todas ellas son tratadas como un solo delito. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es de los llamados continuos"[7].

4. Finalmente, la doctrina alemana también se aleja diametralmente de la tesis de naturaleza instantánea que se consumaría en un solo acto: "El autor que omite todas las acciones también omite aquella acción mediante la que al menos se comenzaría a cumplir todos los deberes (…) **El que infringe varios deberes de prestar alimentos se comporta en pluralidad de omisiones** (…)". Solo se da lugar a la unidad de omisión cuando con una determinada acción forzosamente se tendría que comenzar a cumplir todas las obligaciones[8]. Nuevamente se descarta el carácter instantáneo del delito de omisión a la asistencia familiar por existir pluralidad de omisiones a través del tiempo.

5. Si bien la parte *in fine* del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que los jueces interpretan y aplican las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en el presente caso, por lo antes expuesto, resulta válido apartarse de la interpretación que hace dicho Tribunal sobre la naturaleza del delito de omisión a la asistencia familiar, más aún si la STC Exp. Nº 174-2009-PHC no constituye precedente vinculante, en los términos del artículo VII del acotado Código.

IV. LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR VULNERARÍA DERECHOS IRRENUNCIABLES

1. Conforme a lo señalado en reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional[9], la prescripción, desde un punto de vista general,

(7) FISZER, Fernando. "El juzgamiento de delitos continuados cuando no cesaron de cometerse en la jurisprudencia argentina". pp. 1-3. En: <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_74.pdf>.

(8) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general.* Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997, p. 1087.

(9) STC Exp. Nº 1805-2005-HC/TC (caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte).

es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones; y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos, o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Sin embargo, en los delitos contra la familia, la prescripción no puede borrar ningún efecto ni la memoria, pues la reiterada omisión en proveer los alimentos acentúa el peligro en la integridad biosicosocial de los niños titulares del derecho y mantiene vivo el conflicto social.

2. Los instrumentos supranacionales relativos a los derechos humanos, principalmente la Convención de los Derechos del Niño, protegen cualificadamente a los niños y adolescentes, y a sus derechos. Asimismo, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes señala que, en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado –a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad– se considerará el **principio del interés superior del niño y del adolescente** y el respeto a sus derechos.

Este **interés superior** debe ser entendido como la plena satisfacción de sus derechos, de modo que existiendo una sentencia judicial que formaliza el derecho alimentario de un menor y que no se cumple, mal se haría en aplicar la prescripción, pues indudablemente se vulneraría su derecho irrenunciable a los alimentos.

CONCLUSIONES

1. El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito continuado, cuya ejecución diferida cesa solo cuando el agente ha cumplido con el pago de las pensiones alimenticias. Cumple todos los presupuestos del delito continuado, ya que no se agota en un acto único, y la consumación de la conducta delictiva dura tanto como dura el incumplimiento, además tiene la nota distintiva de ser cuantificable y “agravable” en sucesión

progresiva, no solo en cuanto a la valorización dineraria de la liquidación y la acumulación de las nuevas pensiones, sino en la medida que el transcurso del tiempo agrava la situación del alimentista e intensifica el riesgo a su salud.

2. Aplicar la prescripción a los delitos de omisión a la asistencia familiar incentiva conductas dilatorias y de incumplimiento por parte de los deudores alimentarios, desnaturalizando la función de la prescripción que, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción. Sin embargo, en el caso examinado, la prescripción no puede borrar ningún efecto ni la memoria del delito, pues la reiterada omisión de proveer los alimentos al menor acentúa el peligro en su integridad biosicosocial y mantiene vivo el conflicto social.

3. Dicha conclusión se apoya, además, en los instrumentos supranacionales relativos a los derechos humanos, principalmente la Convención de los Derechos del Niño, que se basan en el principio del interés superior del niño y del adolescente, así como en el respeto a sus derechos.

La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar

Análisis jurídico penal constitucional sobre la sentencia del caso Giraldo Condori Quispe

Elder J. MIRANDA ABURTO(*)

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, es materia de análisis la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso de hábeas corpus que se interpuso contra la juez del Segundo Juzgado Penal de Lima –ante quien se siguió contra el beneficiario un proceso penal por el delito de omisión de asistencia familiar–, argumentando que la referida magistrada en dicho proceso procedió a revocar la sentencia condicional, ordenando la pena efectiva, sin tomar en cuenta que al haberse cumplido los dos años de

(*) Doctor en Derecho. Maestro en Derecho Penal. Estudiante de la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga y Universidad Peruana Los Andes. Docente de pregrado de las universidades Inca Garcilaso de la Vega y César Vallejo - Lima Norte.

la pena condicional impuesta debió declarar fundada la prescripción de la ejecución de la pena.

Ahora bien, respecto al delito de omisión de asistencia familiar, debemos precisar que antes de que el Ministerio Público formule denuncia penal por este delito, la agraviada primero debe recurrir a la vía civil para solicitar el pago de los alimentos en alguna de sus formas, lo que implica que luego de un largo proceso se expida la correspondiente sentencia, en la que, por regla general, se otorga sumas ínfimas. Además, el mayor porcentaje de personas que recurren a este tipo de proceso provienen de los estratos económicos más necesitados de la sociedad.

Luego de realizada la liquidación, aprobación y el respectivo requerimiento de la pensión alimenticia, que es el requisito indispensable para recurrir a la vía penal(1), recién se formulará la denuncia penal correspondiente y el señor juez aperturará instrucción. Así, y tras el respectivo trámite, en donde muchas veces no se respeta los plazos establecidos en la ley, se expedirá la correspondiente sentencia en la que generalmente se impone la pena condicional y, en otros muchos casos, se reserva el fallo condenatorio(2); desconociendo el contenido constitucional del

(1) Este requisito es muy importante, ya que de adolecer de este, el proceso no puede continuar válidamente, debiendo anularse todo lo actuado hasta que se subsane dicha omisión, y en este punto reiniciarlo nuevamente. San Martín señala que: "La cuestión previa es un obstáculo no a la prosecución del proceso penal, sino a un inicio de su promoción". SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Grijley, Lima, 2009, p. 364.
Ahora, en el Nuevo Código Procesal Penal (2004) se establece que:
Artículo 4.- Cuestión previa
1. La cuestión previa procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado.
2. La investigación preparatoria podrá reiniciarse luego que el requisito omitido sea satisfecho.

(2) **Código Penal**
Artículo 62- Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos
El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito.
La reserva es dispuesta en los siguientes casos:
1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

interés superior del niño, niña y adolescente, y la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales(3).

Asimismo, debemos tomar en cuenta el anuario estadístico 2010, elaborado por la Gerencia General-Oficina Central de Planificación y Presupuesto de la Fiscalía de la Nación, que señala que en las fiscalías provinciales ingresaron 3013 casos respecto a delitos contra la familia, siendo 2073 los casos por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar, que equivale a un 68.80%(4).

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Se entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. También se incluirán los gastos de embarazo y parto según la situación y posibilidades de la familia(5).

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.

(3) El Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 03744-2007-PHC/TC señaló: "Es necesario precisar que conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención **especial** y **prioritaria** en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4 de la Constitución se establece que: 'La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)', haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que '[e]n 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'".

(4) Ver <http://www.mpfn.gob.pe/estadistica/anuario_est_2010.pdf>, p. 89.

(5) **Código Civil**
Artículo 472.- Definición de alimentos
Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.
Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

Esta obligación natural más que una obligación civil, ha sido penalizada fundamentalmente porque el incumplimiento de los deberes alimentarios pone, en la mayoría de los casos, en grave peligro la salud y la subsistencia de los afectados, quienes generalmente son de escasos recursos, protegiéndose así de todo tipo de conductas que arriesgan la subsistencia.

1. Descripción típica

El delito de omisión de alimentos se encuentra regulado en el Código Penal de la siguiente manera:

> "Artículo 149.- Incumplimiento de la obligación alimentaria
>
> El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.
>
> Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.
>
> Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte".

2. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo es la familia[6], específicamente, los deberes de tipo asistencial, tal como lo ha determinado hoy en día la doctrina y la jurisprudencia.

(6) En nuestro ordenamiento constitucional tenemos al artículo 4, que reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección.

Al respecto, se ha señalado que: "El comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida, por una resolución judicial. Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo, teniendo en consideración que **el bien jurídico protegido es** la familia y específicamente los **deberes del tipo asistencial** (…)"(7).

3. Tipo objetivo

A) Sujetos

El sujeto activo solo puede ser el obligado a prestar alimentos de conformidad con una resolución judicial; mientras que el sujeto pasivo, es la persona a la que se debe prestar alimentos.

En ambos casos se debe tener en cuenta lo que señala el artículo 474 del Código Civil. Así:

> "se deben alimentos recíprocamente:
>
> 1. Los cónyuges.
>
> 2. Los ascendientes y descendientes.
>
> 3. Los hermanos".

Los tratados internacionales suscritos por el Perú que son parte del Derecho interno, conforme al artículo 55 de nuestra Constitución. Tenemos, por ejemplo, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a casarse y a fundar una familia; agregando, además, que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".
El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que, la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad", debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17 que, "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

(7) CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M. *El delito de omisión a la asistencia familiar.* Talleres Gráficos de la Universidad Inca Gracilazo de la Vega, Lima, 2002, p. 189.

B) Acción típica

Del análisis del artículo 149 del Código Penal, se desprende que el comportamiento típico se configura cuando el sujeto activo omite cumplir con la obligación de prestar alimentos, los cuales fueron establecidos por resolución judicial previa, emanada de la autoridad judicial competente (juez civil), que determine de manera indubitable y expresa la obligación del agente a pagar los alimentos a favor del agraviado. Adicionalmente, se hace necesario que la autoridad judicial, previamente haya requerido al obligado expresa y formalmente, a que cumpla con el pago de la obligación alimentaria. Este requerimiento debe haberse efectuado bajo el apercibimiento de ser denunciado penalmente en caso de incumplimiento.

Sobre esta figura existe el consenso de que se trata de un delito de omisión propia porque este delito se encuentra tipificado expresamente en la ley penal; es decir, para que la conducta se adecue dentro de tipo penal se necesita solo la omisión requerida por la ley.

La comprobación de la tipicidad objetiva de una conducta respecto del tipo de un delito propio de omisión requiere la verificación de tres elementos:

- **La situación generadora del deber.** Aquí nos dirigimos hacia la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción; identificándose esta situación, en todos los casos, con un peligro para el bien jurídico.
- **La no realización de la acción que es objeto del deber.** Para lograr determinar este segundo elemento, se debe comparar la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar.
- **Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción.** Esta capacidad del obligado de realizar la acción mandada o, en su caso, de evitar el resultado se trata de un elemento individual de la acción[8].

(8) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Traducido por José Luis Manzanes Samaniego. 4ª edición, Granada, p. 559 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER,

4. Tipo subjetivo

En cuanto el elemento subjetivo se requiere necesariamente la concurrencia del dolo, es decir, que el sujeto activo haya tenido el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, en buena cuenta, el agente debe querer y saber que omite cumplir la obligación de prestar alimentos que le ha sido impuesta mediante una resolución judicial.

5. Tentativa y consumación

Al tratarse de un delito instantáneo de efectos permanentes, no requiere un resultado separado espacial-temporalmente del comportamiento típico. La conducta ilícita se configura cuando el sujeto activo omite cumplir con la prestación de alimentos fijado por resolución judicial; en la práctica, se deberá tener presente que debe efectuarse el requerimiento judicial previo para el cumplimiento de la obligación y una vez que haya transcurrido el plazo otorgado sin que el sujeto activo haya honrado la prestación correspondiente, recién, en ese momento, se configurará la conducta ilícita(9). Por ser un delito de omisión no se admite la tentativa(10).

Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 2ª edición, Buenos Aires, 1986, p. 120; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Barcelona, 1990, p. 330 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona, 1986, p. 282 y ss.

(9) Ver la STC Exp. Nº 00541-2009-PHC/TC-Junín, en donde se compelió al sentenciado a cumplir con su obligación alimentaria de S/. 120.00 (ciento veinte nuevos soles) y además, en cuanto a la solicitud de prescripción de la acción penal: "La demanda debe ser desestimada por lo siguiente: a) el artículo 149 del Código Penal establece como único requisito para el inicio del proceso penal, el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos que fuera determinada en una resolución judicial; lo que en el caso de autos ha ocurrido con la sentencia de fecha 30 de enero de 1995 (Expediente Nº 378-94), por la que se ordena que el recurrente pague 120.00 nuevos soles mensuales (fojas 27 vuelta); b) el demandante sí tenía conocimiento del proceso de alimentos seguido en su contra conforme se aprecia del escrito presentado con fecha 13 de enero de 2000 (fojas 10); escrito en el que solicita la suspensión del proceso de alimentos porque la demandante –en el proceso de alimentos– le consignó un domicilio que no le correspondía; c) en el proceso penal iniciado el 27 de junio de 2005, el demandante, con fecha 4 de marzo de 2008, es decir, mucho antes de ser detenido y se dictara sentencia (fojas 36 vuelta) se apersonó y dedujo excepción de prescripción de la acción penal".

(10) La tentativa constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, o sea, antes que se haya completado la acción como típica. La tentativa no constituye un delito independiente, no hay pues, un delito de tentativa. Los requisitos para configurar la tentativa son:

Si bien es cierto la posición mayoritaria es que la consumación se da cuando se vence el plazo del requerimiento que le fuere formulado al sujeto activo bajo el respectivo apercibimiento de ley, a saber, ser denunciado penalmente; desde mi punto de vista considero que la consumación se da en el instante en que el sujeto activo tiene el pleno conocimiento de la resolución judicial (sentencia que tenga calidad de firme) y omite de cumplir su obligación alimentaria. Esto se debe a que muchas veces en la práctica se obstruye el cumplimiento del mandato judicial con actos procesales dilatorios, con el único fin de incumplir la obligación alimentaria, consecuentemente, se pone en riesgo la vida del alimentista.

6. Penalidad

Sobre la pena, corresponde imponer alternativamente la pena privativa de la libertad, no mayor de tres años, o la prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio del deber de cumplimiento del mandato judicial.

7. Modalidades agravadas

Tanto el segundo como el tercer párrafo del artículo 149 del Código Penal contemplan circunstancias que agravan la pena, estas son:

- Cuando el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona, o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo. En este caso, la pena privativa de libertad a imponer será no menor de uno ni mayor de cuatro años.
- Cuando resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas por el agente, la pena que corresponde imponer será

a) Decisión de cometer un delito. Para que exista tentativa no basta la ejecución de ciertos hechos que puedan ser conducentes a un delito, es necesario que quien los ejecuta se haya "decidido a cometer" el delito intentado y no otro.
b) Comenzar la ejecución del delito. Quiere decir que el agente se pone en actividad directa para realizar el tipo, a cuya consumación está dirigida el dolo del autor.
c) Falta de consumación. La tentativa existe desde que el autor, con el fin de cometer el delito, comienza a ejecutar su propósito delictivo, y puede prolongarse mientras el delito no se haya consumado.

privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

II. EL FIN PREVENTIVO DE LA PENA

El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política (artículo 139, inciso 22) constituye uno de los principios del régimen penitenciario; el cual es, a su vez, congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

El Tribunal Constitucional ha señalado que: "[L]as teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentales para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática (…). En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada"[(11)].

Dentro de las teorías que rigen los fines de la pena tenemos a la teoría relativa, que tiene como fin la prevención individual, mediante la resocialización, uno de los fines que tiene la pena. Mucho se ha escrito sobre

(11) Posición asumida en el Exp. Nº 0019-2005-PI/TC, demanda interpuesta por 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley Nº 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47 del Código Penal.

el concepto de resocialización[12] y las dificultades que ello implica. Solo cabe destacar, que el concepto de resocialización y la tesis del tratamiento que durante más de veinte años dominó la discusión político-criminal sufrió una profunda crisis en los países que, mayoritariamente, la habían defendido, tal como EE.UU. y los países escandinavos, pero también tal crisis está dejando huella en otros lugares como Alemania, Francia o España.

Para Roxin[13], seis argumentos muy diferentes han propiciado este cambio, dos de ellos pertenecen, por su naturaleza, a la política general, dos a la política criminal y dos al carácter práctico que impugnan la posibilidad de un Derecho Penal resocializador. En nuestro país, el concepto de resocialización también ha sido objeto de numerosos escritos y debates. Algunos autores han denunciado problemas específicos del concepto de resocialización. Mir Puig[14], sobre el particular, señala que el tratamiento puede no ser necesario (por ejemplo, frente al delincuente ocasional, en los casos de imprudencia, o en la delincuencia de cuello blanco), lícito (frente a los delincuentes por convicción como es el caso de los terroristas) o posible (en el caso de los delincuentes multireincidentes o sexuales).

Recientemente, algunos autores prefieren emplear el término normalización. Efectivamente, si el interno ha de volver a la sociedad, debe procurarse que la vida en prisión sea lo más parecida posible a la vida en el exterior. Para ello es indispensable tener en cuenta factores como la ubicación de las cárceles (próximas a los núcleos urbanos para facilitar las visitas familiares y las salidas de los internos), la participación de la sociedad en la vida penitenciaria, la participación de los funcionarios en la vida cotidiana de la prisión (no reservarles un papel meramente controlador y pasivo), etc.

(12) Sobre el término resocialización se han pronunciado principalmente: BERGALLI, Roberto. "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. el debate en España". En: *Doctrina Penal*. Nº 36, Buenos Aires, 1986; MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario español*. Bosch, Barcelona, 1983; MUÑOZ CONDE, Francisco. "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito". En: *Estudios penales.* Libro homenaje al profesor J. Antón Oneca. Editorial Universidad, Salamanca, 1982.

(13) ROXIN, Claus. "Acerca del desarrollo reciente de la política criminal". En: *Cuadernos de política criminal*. Nº 48, 1992, p. 809.

(14) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 264.

El debate sobre la resocialización no ha hecho más que empezar en Perú[15]. Será necesario, pues, un nuevo planteamiento que permita pensar si ello es posible. De momento, es la finalidad preventiva especial, expresamente consagrada en la Constitución, la que ha marcado las grandes líneas del Código Penal de 1991. De ahora en adelante la resocialización ya no es solo un modelo teórico, sino un instrumento que puede y debe ser utilizado por la Administración y por los propios jueces. Aunque la realidad nos pueda llevar a afirmar que, actualmente, los centros penitenciarios son lugares en donde proliferan la corrupción, la drogadicción, la promiscuidad sexual y muchas otras conductas negativas; también es verdad que existen algunos esfuerzos legislativos que pretenden revertir esta lamentable situación a través de medidas de apoyo y rehabilitación del interno[16].

III. ANÁLISIS AL CASO CONCRETO

El artículo 59 del Código Penal señala taxativamente los efectos del incumplimiento de las reglas de conducta. Así, "si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá, según los casos:

1. Amonestar al infractor;
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años; o
3. Revocar la suspensión de la pena.

La secuencia antes mencionada no obliga al juez a aplicar tales alternativas en forma sucesiva, la palabra "podrá" debe de entenderse como una potestad facultativa, mas no como una forma imperativa, ya que ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada por una pena

(15) PEDRAZA, Wilfredo. *Situación actual de la ejecución penal en el Perú.* CCJ Editores, Lima, 1998, p. 52.

(16) Ver como referencia el artículo realizado por el suscrito. "Caso Lori Berenson. Un análisis de su liberación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Revista Jurídica del Perú.* Nº 113, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2010, p. 225.

efectiva sin necesidad de que previamente se hayan aplicado las dos primeras alternativas.

Posición que también ha sido asumida por el Tribunal Constitucional: "Es preciso señalar que, conforme al artículo 59 del Código Penal, ante el incumplimiento de las reglas de conducta el juez puede, según los casos: 1) amonestar al infractor; 2) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado; o 3) revocar la suspensión de la pena, por lo que, ante el referido incumplimiento de las reglas de conducta, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente se notifiquen las amonestaciones(17).

El artículo 2, inciso 24), literal c, de la Constitución Política del Perú señala que no hay prisión por deudas y que este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: "[C]uando el citado artículo prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones, cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. La única excepción a dicha regla se da, como la propia disposición constitucional lo señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios"(18).

De lo anteriormente expuesto llegamos a la conclusión de que la imposición de una pena efectiva en la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar no vulnera la norma constitucional cuando señala que no hay prisión por deudas, además, es preciso señalar que hoy en día en diferentes distritos judiciales se está imponiendo con mayor frecuencia el mandato de detención al dictar el respectivo auto apertorio de instrucción; así también, al dictar sentencia se está imponiendo una pena efectiva al infractor.

Por otro lado, respecto a la efectividad de la sentencia de alimentos, el posible despido del obligado y la proscripción de la prisión por

(17) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en los Exps. Nºs 02517-2005-PHC/TC, 03165-2006-PHC/TC y 03883-2007-PHC/TC.
(18) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 05919-2006-PHC/TC-Agustín Octavio Gonzales Yabar.

deudas; la sentencia tendrá los mismos efectos jurídicos cuando la persona ha sido despedida de su centro de labores y reclama el pago de sus beneficios sociales ante el juez competente, considerando que este constituye el único medio para poder suministrar alimentación a sus hijos. El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular: "[E]l pago de los beneficios sociales constituye, a la vez que un derecho del trabajador, una obligación del empleador, que no tiene naturaleza de sanción penal cuando esta es ordenada por un juez en materia de trabajo o con competencias en materia laboral. En tal caso, la obligación de pago que pesa sobre el empleador asume el carácter de una obligación de naturaleza civil y, por lo tanto, su incumplimiento no puede concluir con la privación de la libertad locomotora del sentenciado. Sin embargo, cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y en esa sede se condena a pagar los beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal y, por otro, que su incumplimiento impida que el juez penal pueda ordenar que se haga efectiva la pena de privación de la libertad del sentenciado, establecida condicionalmente[19].

Otro tema de discusión es si el incumplimiento del pago de la reparación civil en el delito de omisión a la asistencia familiar y/o en cualquier otro delito ha sido establecido como regla de conducta por el juez en la sentencia. En estricto, ¿puede originar la revocación de una pena efectiva? Según el Tribunal Constitucional, "cumplir con resarcir los daños ocasionados por el delito no constituye una obligación de orden civil, sino que es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal[20]. Asimismo, ha indicado que establecer el pago de la reparación civil como regla de conducta en una sentencia condenatoria suspendida o en la resolución que otorga un beneficio penitenciario, no vulnera el derecho a la no prisión por deudas[21].

(19) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 01428-2002-HC/TC-Ángel Alfonso Troncoso Mejía.
(20) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 02982-2003-HC/TC- Jorge Eduardo Reátegui Navarrete.
(21) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en los Exps. Nºs 07361-2005-PHC/TC, Jecqueline Beltrán Ortega; y, 03603-2007-PHC/TC-León Miguel Colque Lajo.

Existió, en su momento, un buen argumento para mejorar el cumplimiento de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar que debió ser aprobado, pero por la indiferencia de nuestros legisladores, que no buscaron una solución al problema, el dictamen favorable que emitió la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso de la República sobre el Proyecto de Ley Nº 2800/2008-CR, que "propone la ley que crea en el Código Penal, mecanismos que aseguren el cumplimiento de la obligación alimentaria prevista en los delitos de omisión a la asistencia familiar", no fue aprobado por el dictamen de fecha 3 de abril de 2009, a pesar de contar con opiniones favorables de diversas instancias públicas que lo vieron como un importante aporte a la ejecución de las sentencias por el delito de omisión de asistencia familiar. El citado dictamen señalaba como posibles modificaciones al Código Penal:

> "Artículo 57.- El juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que reúnan los siguientes requisitos:
>
> (…)
>
> 3. Tratándose del delito previsto en el artículo 149, que además, el inculpado al momento de emitirse la sentencia haya cumplido con amortizar por lo menos las tres cuartas partes del monto total de la obligación alimentaria, que dio origen al proceso penal.
>
> Artículo 62.- El juez podrá disponer de la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito.
>
> La reserva será dispuesta:
>
> (…)
>
> 3. Tratándose del delito de omisión a la asistencia familiar, cuando además, el sentenciado haya cumplido con pagar el íntegro de la obligación alimentaria que dio origen a la iniciación del proceso penal.
>
> Artículo 69-A.- La rehabilitación automática en el artículo anterior, no es procedente bajo ningún término en el delito previsto

> en el artículo 149, cuando el sentenciado no ha cumplido con pagar el íntegro de la obligación alimentaria que dio origen a la sentencia condenatoria".

Con respecto a la prescripción en el delito de omisión de asistencia familiar se especificó que es un delito instantáneo de efectos permanentes[22], computándose el plazo de la prescripción de la acción penal desde el vencimiento del requerimiento judicial. En el presente caso, conforme al artículo 87 del Código Penal, segundo párrafo, se señala que en los casos de revocación de la condena condicional, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación.

CONCLUSIONES

Primero. En los delitos de omisión a la asistencia familiar, la consumación se produce en el instante en que el sujeto activo tiene el pleno conocimiento de la resolución judicial (sentencia que tenga la calidad de firme) y no cuando vence el plazo del requerimiento que le fue formulado al sujeto activo bajo el respectivo apercibimiento de ley, porque se pone en riesgo la vida del alimentista.

Segundo. Conforme al artículo 59 del Código Penal, ante el incumplimiento de las reglas de conducta, el juez puede, según los casos: 1) amonestar al infractor; 2) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado; o, 3) revocar la suspensión de la pena, por lo que, ante el incumplimiento de las reglas de conducta, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente se notifiquen las amonestaciones.

Tercero. El incumplimiento del pago de la reparación civil como regla de conducta, no vulnera el derecho a la no prisión por deudas. Por lo tanto, considero que la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso materia de análisis está conforme a los parámetros establecidos en el Derecho Penal Constitucional.

(22) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 00174-2009-PHC/TC-Juvenal Gómez Aranzabal.

El problema de los disensos sobre el ejercicio de la patria potestad y la tenencia

Juan Belfor ZÁRATE DEL PINO(*)

INTRODUCCIÓN

La patria potestad, que es la función tuitiva que se asigna a los padres de velar por sus hijos menores de edad y dispensarles toda clase de cuidados, es una de las instituciones que más ha evolucionado en el Derecho de Familia. El concepto actual ya no se ajusta a su acepción etimológica, ya no significa un poder o un derecho subjetivo de los padres, sino un conjunto de facultades que se les atribuye para que puedan cumplir sus deberes dirigidos al cuidado personal de sus hijos, a su alimentación, educación, representación legal y defensa de sus intereses.

Otro aspecto que marca esa evolución es que en el sistema patriarcal romano, la potestad correspondía al padre y solo subsidiariamente a falta de este pasaba a la madre, en cambio en su perfil actual la patria potestad ha dejado de ser un poder exclusivo del padre para ser compartido con la madre. Y en las últimas reformas legislativas se advierte una marcada tendencia hacia el ejercicio compartido de la patria potestad

(*) Profesor principal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

e incluso de la tenencia en beneficio de los hijos, siempre poniéndose énfasis en la noción de deber, cargas o responsabilidades que los padres deben cumplir en beneficio de sus hijos. Es así que el artículo 418 del Código Civil que la define señala que: "Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores".

La patria potestad como todas las demás relaciones de familia, tienen un doble contenido, personal y patrimonial, toda vez que de ella emergen una serie de efectos con relación a la persona y con relación a los bienes. Los conflictos más frecuentes e intensos que surgen con respecto a las relaciones personales son las relativas al ejercicio de la patria potestad y a la tenencia, y generan quizás los conflictos más dramáticos que llegan a afectar a las personas en forma íntima y trascendental, de modo especial a los menores que se convierten así en las víctimas propiciatorias de estos conflictos.

El problema de los disensos se refiere a las disputas que suelen darse entre los padres para que se determine a cuál de ellos corresponde el ejercicio de la patria potestad o la tenencia. Conflictos que pese a pertenecer al ámbito privado familiar, son tan dolorosos que muchas veces trascienden a los medios de comunicación social, llegando a veces a sensibilizar a la opinión pública.

En el presente artículo se tratará de desarrollar los criterios que deben orientar la decisión del juez para resolver esos casos de disenso, a fin de que se adopten las soluciones más convenientes a favor de los menores que son los sujetos pasivos o beneficiarios de la relación.

Pero debe hacerse una atingencia previa. Esos criterios legales no obligan, son meramente referenciales, orientadores de la decisión judicial, pues el criterio rector que tendrá mayor trascendencia es el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos, al que se contrae el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Esta norma confiere amplio margen discrecional al juez para que, atendiendo a las particularidades de cada caso específico, pueda adoptar las decisiones más convenientes en beneficio del menor, y previo dictamen del representante del Ministerio Público, bajo sanción de nulidad, pues los menores estén o no sujetos a

la patria potestad, se encuentran bajo la protección del Estado que ejerce una función de contralor respecto de ellos.

Esas diferencias para determinar a cuál de los padres se le concede judicialmente la custodia en caso de disenso, normalmente se procesan en la justicia ordinaria ante los jueces especializados de familia, en los procesos sobre mejor derecho al ejercicio de la patria potestad, tenencia y custodia y sobre régimen de visitas. Pero cuando las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria han sido francamente desbordadas por la conducta reacia de uno de los padres de cumplir con las resoluciones judiciales, puede recurrirse incluso de manera excepcional a la justicia constitucional, mediante acciones de garantía como las de hábeas corpus, tal como las que han sido declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional en las sentencias del 7 de octubre de 2009, dictada en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC y la del 6 de setiembre de 2011 dictada en el Exp. N° 04227-2010-HC.

Las sentencias referidas han señalado como fundamento para emitir un pronunciamiento de fondo, que esos casos tienen relevancia constitucional por afectar derechos fundamentales de los menores, tales como el principio de protección especial del niño que recoge el artículo 4 de la Constitución que, en concordancia con la normativa supranacional, establece que la "comunidad y el Estado protegen especialmente al niño"; así también el interés superior del niño desarrollado por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos de Niño; el derecho del menor a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, que armoniza con los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de su personalidad y al bienestar, reconocidos por los artículos 1 y 2, inc. 1) de la Constitución; y a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 139, inc. 3) de la Constitución.

Las decisiones judiciales en esta materia no tienen carácter de definitivas o la autoridad de cosa juzgada, es decir, tienen el carácter de variables o revisables siempre y cuando varíen las circunstancias que la motivaron, que deberán ser debidamente comprobadas en el proceso que debe tramitarse con base en una acción de variación en el ejercicio de la patria potestad o la tenencia.

Pero antes de desarrollar esos criterios referenciales orientadores de la decisión del juez, es necesario precisar en qué consiste el ejercicio de la patria potestad, sobre el cual se suscitan los conflictos, mas no en cuanto a la titularidad que la mantienen ambos padres al margen de las vicisitudes de la controversia.

I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En el caso de la patria potestad, como ocurre en otras relaciones de derecho, hay personas a quienes la ley les atribuye el carácter de titulares de la patria potestad o el de sujetos activos de dicha relación, y otros como el caso de los hijos menores de edad en cuyo beneficio está establecida esta figura tutelar, a quienes se llamará sujetos pasivos o simplemente sujetos a la patria potestad.

Por lo general, puede afirmarse que la titularidad es conjunta, es compartida por el padre y la madre. Este carácter mancomunado de la titularidad es independiente de la existencia o inexistencia del matrimonio entre los padres; mas la titularidad conjunta no significa necesariamente que deban intervenir ambos padres en todos los actos que importen representación del menor, como en el caso de los actos de carácter ordinario en los que el menor podrá ser representado por cualquiera de sus padres, presumiéndose que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento tácito del otro, por lo que en la práctica el sistema que funciona es el del ejercicio indistinto salvo actos de especial trascendencia.

La diferencia entre titularidad y ejercicio no es fácilmente perceptible, pudiéndose señalar al respecto que la titularidad, que es un aspecto de derecho, se refiere a la aptitud jurídica que se reconoce a los padres de velar por el cuidado de sus hijos menores, de los cuales normalmente no se desvinculan los padres ante la vicisitudes por las que pueda atravesar esta relación en cada caso particular; mientras que el ejercicio, que es una cuestión de hecho, está referido al actuar concreto, al aspecto fáctico de la patria potestad, al carácter dinámico de la relación que muy difícilmente será compartido si los padres viven en domicilios separados. Es por ello que habrá, en circunstancias normales, titularidad con

ejercicio actual de la patria potestad, y en otras de excepción de titularidad pero con ejercicio suspendido.

Cabe anotar que si bien el ejercicio de la patria potestad puede atribuirse a uno u otro de los padres en los casos de disenso, la titularidad la mantienen ambos; es decir, son conceptos no coincidentes que se pueden diferenciar. La titularidad está referida al complejo de deberes y derechos que corresponden a ambos padres de los cuales no se liberan, especialmente en cuanto a los deberes como el alimentario, mientras que el ejercicio está referido al aspecto dinámico de la institución, al actuar concreto y actual que se da con mayor énfasis en cuanto a las facultades que se concentra en uno de los padres quedando el otro suspendido en el ejercicio.

Es debido a que la titularidad casi siempre se mantiene al margen de que los padres vivan juntos o separados y que vivan con sus hijos o no, que en los casos en que judicialmente se otorga el ejercicio de la patria potestad o la tenencia a uno de los padres, quedando el otro suspendido en su ejercicio, que puede estarlo aun por reclusión derivada de una condena penal. Que el padre que tiene la tenencia no puede por sí solo gestionar la autorización de viaje al exterior de su menor hijo, para hacerlo en sede notarial será necesaria la concurrencia del otro padre ya que sigue detentando la titularidad, más aún que teniendo derecho a un régimen de visitas no podría ser privado de ese derecho por decisión unilateral del otro padre.

II. LA PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA

El Código de los Niños y Adolescentes regula en capítulos independientes los institutos de la patria potestad y la tenencia, lo que podría generar una cierta confusión conceptual, por lo que es preciso examinar si se trata de figuras autónomas, o la tenencia es un efecto o modalidad subsidiaria a la figura matriz que es la patria potestad que vendría a ser el género y la tenencia una especie de aquella.

Consideramos al respecto que uno de los efectos que se deriva de la patria potestad es el de la tenencia. Así, se señala en el inciso 5 del artículo 423 del Código Civil que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad el “tener a los hijos en su compañía”, es

decir, tenerlos consigo, el de recogerlos del lugar donde estuvieren sin su permiso, recurriendo a la autoridad de ser necesario, de ahí el término derivado de tenencia.

Correlativamente los hijos tienen la obligación de vivir en casa de sus padres o en la de uno de ellos, no pudiendo hacer abandono del hogar paterno o materno en el que estuviesen sin permiso del progenitor a cargo de su cuidado, lo que es explicable pues si los padres son responsables de su adecuada formación y desarrollo, deben tener a los hijos a su alcance. La tenencia, llamada también custodia o guarda, no es pues algo distinto a la patria potestad sino nada más que uno de los atributos de ella.

Las controversias sobre patria potestad no se circunscriben pues a los casos de pérdida, privación, suspensión, extinción o restitución de la patria potestad, sino sobre todo a los casos de disenso en el ejercicio de la patria potestad que son los más frecuentes, lo que es regulado en el Código de los Niños y Adolescentes bajo la denominación de tenencia, al que debe acudirse necesariamente en el caso del ejercicio compartido, pues si los padres no hacen vida en comunidad deberá dirimirse necesariamente a cuál de ellos corresponde la custodia bajo la figura de tenencia.

Aunque en principio la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley a los padres, no siempre será posible que ambos la ejerzan, pues ello dependerá de diversas circunstancias y especialmente de la calidad de la filiación. Hay que distinguir desde luego entre la situación del hijo matrimonial y la del hijo extramatrimonial, y distintos supuestos en ambas filiaciones.

III. LOS DISENSOS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Tratándose de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, cuyos padres se hallan en normal convivencia, corresponde a ambos el ejercicio de la patria potestad. Es decir, la ejercen en forma conjunta, o indistinta uno de ellos autorizado tácita o expresamente por el otro, conforme al principio de igualdad jurídica entre el varón y la mujer en las relaciones matrimoniales. En situaciones accidentales del matrimonio –como los de disolución por muerte, incapacidad, ausencia, o interdicción

de uno de los cónyuges–, el ejercicio de la patria potestad corresponde exclusivamente al otro cónyuge no afectado por alguna de esas causas.

En otros casos de situaciones anormales, como los de separación de cuerpos, divorcio o invalidación del matrimonio, ocurre muchas veces que el encono de los padres, los intereses egoístas de uno de ellos o de ambos, suelen traer como efecto las pugnas por el ejercicio de la patria potestad. Y en no pocas ocasiones se llega a utilizar a los hijos como instrumentos de hostilización o chantaje, aunque hay también casos de disenso que no se originan por intereses egoístas sino por una preocupación genuina, por el gran celo que tienen cada uno de los padres por el bienestar de sus hijos. Conocer la verdadera motivación ayudará a encontrar una mejor solución en cada caso.

Para estas situaciones de decaimiento de la relación matrimonial, el artículo 420 del Código Civil señala que la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. Y esta decisión, según los artículos 340 y 345 del Código Civil, se adopta observando en cuanto sea conveniente a los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos padres acuerden en los procedimientos de separación de cuerpos por separación convencional, o a favor del cónyuge inocente, o de aquel a cuyo favor se concedió la demanda o reconvención sobre separación de cuerpos o el divorcio por causal específica, o a favor del cónyuge que procedió de buena fe en el caso de invalidación del matrimonio.

Si ambos cónyuges estuvieran en condiciones equivalentes, es decir, si ambos son culpables o procedieron de mala fe o no es posible distinguir legalmente entre el inocente o culpable de la separación o divorcio por el tipo de causal que se haya invocado, se sigue el criterio de la edad y el sexo de los hijos. Los hijos menores de siete años se confiarán de preferencia a la madre por considerarse que hasta esa edad sus cuidados serían insustituibles por estar especialmente dotada para la crianza y la educación de los niños. Pero cuando estos adquieren mayor uso de razón y capacidad reflexiva necesitan una dirección y vigilancia más vigorosas, por lo que hay la tendencia a encomendar al padre la responsabilidad por los hijos varones mayores de siete años, conservando la madre la opción por las hijas mayores de siete años por la afinidad y posibilidades de identificación sexual.

Estas reglas no son de obligatoria observancia, por lo que se da al juez un amplio margen para aplicar sus criterios discrecionales, pudiendo apartarse de las reglas enunciadas como lo autoriza la propia norma, el párrafo segundo del artículo 340 del Código Civil, al hacer la salvedad "a no ser que el juez determine otra cosa por el bienestar de ellos". Además cabe señalar que el criterio de edad para establecer la preferencia a favor de uno de los padres ha evolucionado, es así que el inciso b) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece la preferencia a favor de la madre solo hasta la edad de los tres años.

Esa preferencia establecida por el Código Civil a favor de la madre hasta que los hijos cumplan siete años de edad, es un rezago de la suerte de división de trabajo que existía en el sistema matrimonial del Código Civil anterior, en que la economía del hogar se sustentaba principalmente en la actividad productiva del marido mientras que se reservaba a la esposa para las labores del hogar y la crianza de los hijos. Pero en el régimen actual, que es un sistema comunitario basado en la igualdad de ambos cónyuges, así como se admite la aptitud de la esposa para dedicarse a cualquier tipo de labor productiva, tiene que admitirse del mismo modo la aptitud del marido, tanto para las labores domésticas como para la crianza de los hijos.

El deber de proteger y educar a los hijos pesa simultáneamente sobre ambos progenitores, mas en los casos que no es posible que la ejerzan de consuno, y por la índole de las actividades en que ha de consistir originalmente la protección como ocurre con la lactancia, se admite mantener esa preferencia a favor de la madre hasta la edad de tres años. Existiendo incompatibilidad entre la ley anterior y la más reciente, cual es el Código de los Niños y Adolescentes, debe considerarse tácitamente modificado el criterio de la edad fijado por el Código Civil, susbsistiendo la preferencia a favor de la madre respecto de los hijos menores de edad hasta los tres años.

IV. ACUERDOS DE LOS PADRES EN CUANTO AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Suele señalarse como si se tratara de un dogma, que la patria potestad es intransferible y que siendo de un derecho indisponible no caben

acuerdos respecto al ejercicio de la patria potestad. Incluso la Ley de Conciliación, Ley N° 26872, pareciera avalar esa tesis, pues entre los asuntos conciliables en materia de familia se menciona solamente a la tenencia, alimentos y visitas, mas no se ha previsto como conciliable lo relativo al ejercicio de la patria potestad. Y si acudimos a la jurisprudencia encontramos que algunas sentencias casatorias de la Corte Suprema han señalado que solo en los casos de separación de cuerpos, divorcio o nulidad de matrimonio por causales específicas puede suspenderse el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, como una suerte de sanción legal, mas no en caso de la separación convencional en que el ejercicio de la patria potestad debe ser siempre compartido.

Otras sentencias casatorias de la Corte Suprema sostienen, en cambio, que es un error de interpretación establecer que en los casos de separación convencional es siempre necesario que ambos padres ejerzan conjuntamente la patria potestad, que dicho ejercicio debe fijarse en cada caso concreto atendiendo al interés de los hijos y teniendo en cuenta lo que ambos cónyuges acuerden. Es decir, admiten que pueden existir acuerdos en cuanto al ejercicio de la patria potestad, el que no debe considerarse como una transferencia, sino simplemente como uno de atribución, de reconocimiento que hace uno de ellos en el sentido de que el otro es más idóneo, tiene más aptitud o está en mejores condiciones para hacerse cargo de esa responsabilidad. Además, estos acuerdos sobre atribución del ejercicio de la patria potestad lo permiten expresamente el artículo 345 del Código Civil cuando señala que, en el caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente a la patria potestad, teniendo en cuenta entre otros criterios "lo que ambos cónyuges acuerden".

Cabe entonces acuerdos de los padres sobre el ejercicio de la patria potestad que pueden ser aprobados por el juez. Lo que ha venido a introducir un elemento de discusión en el tema es el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, que establece que en los casos de separación convencional y divorcio ulterior "ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad". Esta es una disposición puramente declarativa que se ha dado para atenuar la dura realidad de los hijos menores con padres separados, situación penosa que se trata de remediar con una solución aparentemente ecléctica, manteniendo el

ejercicio compartido que es poco práctico y difícilmente aplicable en los hechos, pues la cohabitación de los padres es un factor que incide decisivamente en la viabilidad del ejercicio compartido, que no tendrá funcionamiento cabal si los padres viven separados. Si no viven juntos será inevitable el desmembramiento de la guarda y los hijos quedarán al cuidado de uno solo de sus padres.

Si por las circunstancias de hecho o por decisión judicial los padres no hacen vida en comunidad, el ejercicio de la patria potestad se reconoce a quien la ejerza legalmente, que es cuando hay atribución judicial del ejercicio o la tenencia y cuando los cónyuges la hayan acordado entre sí mediante convenio que se encuentre judicialmente homologado o no. Este sistema legal no es en sí bueno ni malo, es la única respuesta posible a la situación de un matrimonio desquiciado, el que es cierto se proyecta negativamente sobre la prole que es la víctima propiciatoria, la cual a raíz de la separación se ve privada de tener una relación fluida con ambos padres.

Por ello resulta puramente declarativo y sin ningún resultado práctico, lo dispuesto en el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes cuando señala que en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad, pues mal podría darse el ejercicio conjunto o mancomunado de la patria potestad, si de vivir los padres separados los hijos estarán únicamente al cuidado de uno de ellos. Es igualmente absurdo atribuirles a ambos padres la tenencia, pues sea cual sea el nombre que se le dé a la figura inexorablemente tendrá que atribuirse el ejercicio, tenencia, custodia o guarda o como se tenga que denominar esa atribución, a uno de los padres porque será poco posible que la puedan ejercer de manera compartida.

El artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes reconoce que si los padres no conviven, no solo no es posible el ejercicio compartido de la patria potestad sino la posibilidad de que ese ejercicio o la tenencia se determinen “de común acuerdo entre ellos”. Es decir, la citada norma legal admite expresamente acuerdos sobre el ejercicio de la patria potestad o la tenencia, sin exigir incluso ninguna formalidad, de modo que lo irrenunciable es la titularidad que siempre será dual, mientras que en situaciones de crisis o de padres separados en la generalidad de los casos

el ejercicio o la tenencia serán de atribución individual quedando el otro suspendido en el ejercicio, y ejercicio compartido solo por excepción en los casos de separación convencional que es por mandato legal y cuando las circunstancias la hagan aconsejable.

No solo se admiten acuerdos en esta materia sino que se priorizan de modo que únicamente a falta de esos acuerdos de los padres sobre el ejercicio de la patria potestad o la tenencia cabe supletoriamente la intervención del juez especializado que debe dirimir los disensos, debiendo tanto los padres como el juez tomar en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. En efecto, el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes establece que el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, lo que tiene sentido lógico, pues los sujetos pasivos y beneficiarios de esta figura que son los hijos menores de edad no pueden permanecer al margen de una decisión que les atañe de un modo tan íntimo y directo.

La norma citada establece una diferencia de énfasis, en el caso del niño, que se considera como tal al ser humano hasta los doce años de edad. Debe escucharse la opinión de este, que por su naturaleza no obliga desde que puede o no ser tomada en cuenta. Mas en el caso del adolescente –que se considera como tal al que cuenta entre los doce y los dieciocho años de edad–, ya no se trata de una simple opinión, pues se dispone que el juez debe tomarla en cuenta, seguir el sentido de su determinación salvo que existieran otras circunstancias graves que justifiquen apartarse de ese parecer.

Se ha criticado esta disposición en el sentido de que pedirles opinión a los hijos menores de edad sobre este punto, implicaría enfrentarlos a una decisión que puede resultarles traumática o, en todo caso, incómoda pues los hijos tratan de mantener una posición de equilibrio o neutralidad frente a sus padres. Pero no por ello puede prescindirse de su información porque resultaría perjudicial a sus intereses, sería reducirlos al papel de objetos, desconociendo que los menores tienen una personalidad que puede y debe manifestarse, proporcionando al juez un valioso elemento de juicio respecto a la forma en que se han desenvuelto las relaciones familiares.

V. LOS DISENSOS DE LA PATRIA POTESTAD EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Tratándose de los hijos extramatrimoniales cuyos padres no están casados entre sí y que las más de las veces no cohabitan de consuno, el artículo 421 del Código Civil fija como primer criterio el del reconocimiento voluntario: la patria potestad corresponde a aquel de los padres que hubiese efectuado el reconocimiento individual y voluntario.

Puede ocurrir que ambos hayan efectuado el reconocimiento voluntario pero en diferente tiempo, la ley no establece preferencia en cuanto al orden de los reconocimientos a favor de aquel que primero lo practicó. No funciona en cuanto a personas esa regla aplicable en los Derechos Reales, por la cual "quien es primero en tiempo es mejor en derecho"; el hacerlo implicaría aceptar un orden de prelación por una suerte de puesta de mano en cuanto al tiempo de los reconocimientos. No obstante, por un elemental sentido lógico, menos opción tendrá aquel que ha efectuado un reconocimiento tardío, que es el practicado varios años después del nacimiento del hijo, lo que denotaría un cierto descuido o desinterés por la suerte del hijo.

Si ambos padres han practicado el reconocimiento simultáneo o sucesivo, el juez toma en cuenta la edad y el sexo del hijo, la circunstancia de vivir juntos o separados los padres, y, en todo caso, a los intereses del menor como se precisa en el artículo 421 del Código Civil; criterios a los cuales ya hemos hecho referencia al tratar los disensos en la filiación matrimonial y que, para el efecto, tienen la misma significación. Puntualizamos únicamente que tanto en uno como en otro caso la idea directriz que debe orientar la decisión del juez es el interés superior del niño y del adolescente, principio que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

El Código citado precedentemente señala un criterio importante en e inciso a) del artículo 84, estableciendo una preferencia a favor del progenitor con quien el hijo haya convivido un mayor tiempo, periodo de convivencia que tendrá sentido si se refiere a la época más reciente, pues el simple aspecto cuantitativo referido a periodos primigenios ya pasados podría resultar arbitrario frente a la situación actual o más reciente

del niño o adolescente del que se trate, que es el que se debería privilegiar por la dinámica de la vida de relación.

Ese periodo de convivencia deberá referirse más bien al criterio que podríamos denominar como el de la situación de hecho preexistente al conflicto, cual de los padres convive con el hijo como punto de partida, que se toma muy en cuenta en las decisiones judiciales, es decir, el que ha sido determinado por la propia dinámica de las relaciones familiares, las razones o circunstancias por las que se ha llegado a ese estado de cosas, y la conveniencia o no que la misma sea modificada de acuerdo a las circunstancias personales de salud y educación, etc., en la que se hallen los hijos y su conducta, y la idoneidad que demuestren los padres para el mejor ejercicio de la patria potestad.

La Ley N° 29269, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de octubre de 2008, ha agregado un párrafo interesante al artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Así, ha establecido también como un criterio para orientar la decisión del juez, en el sentido que "priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor"; es decir, a favor de aquel de los padres que otorgue las mayores seguridades que permita al hijo a relacionarse con su otro padre sin interferencias, pues así denotará que considera realmente el interés de su menor hijo que requiere la mayor comunicación con su otro padre para su normal desarrollo y su equilibrio emocional.

En este tipo de procesos de disenso sobre el ejercicio de la patria potestad o la tenencia, constituye valioso elemento de juicio la información que proporciona el equipo multidisciplinario conformado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales, órganos auxiliares a los que se refiere el artículo 149 del Código de los Niños y Adolescentes, que emiten los informes solicitados por el juez. De ellos, los informes de los trabajadores sociales respecto al entorno familiar y al ambiente físico social en el que reside el menor y los padres es tal vez el más importante, pues proporciona una visión objetiva y aproximada sobre las circunstancias en las que se desarrollan las relaciones familiares. Así, también es relevante el examen psicosomático que practica el Instituto de Medicina Legal, en aquellos casos en que se encuentre en tela de juicio el normal desarrollo físico y psicológico del menor o el equilibrio emocional de los padres.

VI. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PADRES MENORES DE EDAD

Una cuestión discutida es si los menores de edad que son, a la vez, padres, pueden o no ejercer la patria potestad sobre sus hijos, ya que si ellos mismos por razón de su minoría requieren de la protección que dispensa la patria potestad, se pone en tela de juicio cómo podrían desempeñarla en favor de otros, aun cuando sean sus propios hijos.

Este no es un problema teórico, pues en la realidad social se da lamentablemente con mucha frecuencia la procreación de hijos por menores de edad, y especialmente los casos de madres solteras menores de edad.

En la filiación matrimonial no se presenta ese problema, dado que los padres menores de edad adquieren la capacidad de ejercicio por subsiguiente matrimonio que los habilita para el pleno ejercicio de la patria potestad, emancipación que no se produce en el caso de relaciones extramatrimoniales por el simple hecho de procrear un hijo.

Nuestro Código adopta al respecto una solución permisiva en el último párrafo del artículo 421 del Código Civil, pero reconocida únicamente a la madre y siempre que tenga cuando menos 14 años de edad, pues de otro modo no podría practicar el reconocimiento voluntario a estar por lo dispuesto en el artículo 393 del Código Civil. Se admite ese ejercicio únicamente por la madre menor de edad, por considerarse que el hecho del embarazo y del alumbramiento desarrollan en la madre un instinto de protección más intenso que en el padre.

Pero si el padre o la madre menores de edad no emancipados, no pueden siquiera reconocer al hijo habido de relaciones extramatrimoniales por no contar con la edad mínima de 14 años requerida para el reconocimiento, no podrán ejercer la patria potestad, y el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo para que no queden desprotegidos.

VII. EL RÉGIMEN DE VISITAS

De dirimirse el ejercicio de la patria potestad, la tenencia o custodia en favor de uno de los padres, el otro queda automáticamente suspendido

en su ejercicio, pero frente a esa situación forzosa y compensatoriamente deberá establecerse un régimen de visitas a su favor, ya que en todo caso, según el artículo 422 del Código Civil, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad, las relaciones indicadas por las circunstancias.

La expresión "régimen de visitas" si bien ha sido consagrada por el uso y la legislación, se considera impropia en tanto no refleja el verdadero contenido de este derecho, que no puede quedar limitado a encuentros periódicos en el domicilio de aquel de los padres a quien se haya confiado el ejercicio de la patria potestad, pues la visita bajo esas condiciones no permite desarrollar una comunicación fluida y espontánea que es lo que se persigue. Por ello se ha sugerido que más bien sería preferible hablar del derecho a la comunicación o el derecho al trato con los hijos.

Este derecho de visitas o derecho al trato admite dos modalidades: un régimen abierto y un régimen restringido. En el régimen abierto, que es para la generalidad de los casos, el padre o la madre tienen derecho a retirar al hijo del lugar donde vive y tenerlos consigo por lo menos un día de descanso a la semana, el día de su onomástico, el día del padre o de la madre según el caso, uno de los días de navidad o año nuevo y además un periodo adicional de vacaciones escolares, a fin de que la comunicación se desarrolle en un ambiente de privacidad, afecto y confianza y sobre todo sin interferencias o tensiones innecesarias. Y será un régimen restringido por excepción respecto de niños de muy corta edad que no puedan desplazarse o tomar sus alimentos por sus propios medios, o en casos muy graves en los que exista un temor fundado de riesgo para la salud o la integridad física del menor, en los que se autorizará visitas solo domiciliarias o supervisadas.

El anhelo de tener comunicación o trato con los hijos responde a un deseo tan natural que ni la conducta culpable de uno de los padres que hubiera dado lugar al divorcio puede constituir obstáculo para que se reconozca ese derecho. Pero para ejercer ese derecho a las visitas que se considera un residuo de la patria potestad "debe acreditarse con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria" como lo condiciona el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, como si solo el que cumple con sus obligaciones puede reclamar derechos, de modo que si no se acredita esos

supuestos, podría negarse el derecho de visitas e incluso no darse trámite a la reclamación por constituir un requisito de procedibilidad.

Esa suerte de sanción al padre o madre que no cumplen con la prestación alimentaria, es considerada por Guillermo Borda como "un remedio eficacísimo contra la mora del padre y un justo castigo contra quien no cumple con el deber primordial de alimentar a sus hijos", solución sobre la cual en cambio Eduardo Zanoni expresa sus dudas, ya que el derecho a visitas "es un deber de este que consulta al interés del hijo, que tiene derecho a ser visitado por el padre o la madre en caso de separación de sus progenitores". Por lo que siendo beneficiosa la influencia de ambos padres, puede obviarse ese condicionamiento en casos muy especiales y por decisión motivada como el de imposibilidad material de cumplimiento o los de incumplimiento parcial que obedezca a razones atendibles, para afectar el derecho del menor.

Fijado el régimen de visitas por acuerdo de partes sometida a la aprobación del juez, o por decisión de este ante el desacuerdo de las partes, suelen presentarse casos de incumplimiento o de burla deliberada por parte de aquel de los padres que tiene el ejercicio de la patria potestad, como una venganza por los agravios reales o imaginarios que pudiera haber sufrido. En esos casos, si persistiera la situación de resistencia comprobada, pese a los requerimientos y apremios de ley, esa contumacia podría dar lugar incluso a una variación de la tenencia, como lo autoriza el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; decisión delicada que no debe tomarse en vía incidental en ejecución de sentencia, sino que esa solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el juez que conoció del primer proceso, en la que deberá acreditarse de modo suficiente la actitud reacia a cumplir el régimen de visitas sin motivos justificados.

Segunda parte
JURISPRUDENCIA

Suspensión de la patria potestad: Incumplimiento de la obligación alimentaria

Siendo que la suspensión de la patria potestad debe ser declarada en caso se compruebe de manera indubitable que el demandado se encuentra incurso en las causales expresamente previstas por la norma sustantiva al respecto; y, advirtiéndose de autos que la actora ha acreditado que el demandado no cumple con su obligación que como padre le corresponde, esto es, de acudir a su menor hijo con una pensión alimenticia para sus sustentos, pese a los requerimientos judiciales.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 00296-2009
DEMANDANTE : C.V.M.
DEMANDADO : G.F.V.B.
MATERIA : SUSPENSIÓN DE PATRIA POTESTAD

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Lima ocho de noviembre del año dos mil once

VISTOS; interviniendo como ponente la señora jueza superior Cabello Matamala; de conformidad con lo expuesto por la señora fiscal superior provisional en su dictamen de folio trescientos once y siguientes.

I. MATERIA DE CONSULTAS

Que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo, del artículo 408 del Código Procesal Civil ha sido elevada en consulta la sentencia emitida por resolución número veinte de fecha diez de agosto de dos mil once, obrante de folios doscientos ochenta y seis a doscientos noventa y uno, que declara fundada la demanda, en consecuencia se declara suspendido al demandado G.F.V.B. de la patria potestad de su menor hijo D.G.V.V.

II. ANTECEDENTES

1. Que, doña C.V.M. mediante escrito obrante de folios cincuenta y seis a sesenta y ocho solicita la suspensión de patria potestad de don G.F.V.B., respecto de su hijo D.G.V.V., argumentando que el demandado no cumple con su obligación alimentaria, pese a que existe una sentencia judicial que lo obliga a efectuarlo, se le ha impuesto todas las medidas que proceden en caso de incumplimiento de la obligación de otorgar alimentos: impedimento

de salida, se ha dado la orden de inicio de proceso penal por omisión de asistencia familiar y se ha ordenado su inscripción en el registro de deudores alimentarios morosos.

2. Que, mediante resolución número uno de fecha diecinueve de junio del año dos mil nueve, obrante en autos a folio sesenta y nueve se admite la demanda y se corre traslado a fin de que la absuelva el demandado don G.F.V.B., notificándose al mismo mediante exhorto ordenado por resolución número tres de fecha cinco de agosto del año dos mil nueve obrante a fojas ochenta y uno.

3. Que, por escrito de fojas ciento noventa y ocho la demandante doña C.V.M. solicita que se le notifique al demandado mediante edictos, por ignorar su domicilio. Habiéndose efectuado las publicaciones conforme fluye de fojas doscientos diez y siguientes. Mediante resolución número diez su fecha dieciocho de agosto del año dos mil diez, se designa curador procesal del demandado al letrado doctor Carlos Enrique Artega Gonzales quien se apersona al proceso, aceptando el cargo y contestando la demanda por escrito de fojas doscientos treinta y dos.

4. Que, conforme al acta de la audiencia única obrante de fojas doscientos cuarenta y nueve y siguientes, se sanea el proceso, fija los puntos, controvertidos y se admiten los medios probatorios ofrecidos. Mediante resolución número veinte de fecha diez de agosto del año dos mil once obrante de folios doscientos ochenta y seis a doscientos noventa y uno, se emite sentencia declarando fundada la demanda, la misma que es materia de revisión en consulta.

III. CONSIDERANDOS

1. Que, la consulta es un mecanismo legal obligatorio, destinado a la revisión de oficio de determinadas resoluciones judiciales cuya finalidad es la de aprobar y desaprobar el contenido de ellas previniendo el cometer regularidades, malas prácticas legales o erróneas interpretaciones jurídicas, toda vez que la finalidad abstracta del proceso es la de lograr la paz social en justicia (…) (Casación N° 2279-99-Callao).

2. Que, el presente versa sobre un proceso judicial iniciado a instancia de doña C.V.M., quien, en su calidad de madre del menor D.G.V.V., pretende se suspenda al emplazado del ejercicio de la patria potestad de este último, atribuyéndole el venir incumpliendo con sus obligaciones de asistencia (alimentos) para con su menor hijo amparando su pretensión en lo dispuesto en el literal f) del artículo 75 el Código de los Niños y Adolescentes, concordando con el artículo 421 del Código Civil.

3. Que, se entiende por patria potestad al conjunto de deberes y derechos que confiere la ley a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores de edad, con la finalidad de educarlos y protegerlos, entre otros; la misma que por su propia naturaleza, no se encuentra atribuida en forma definitiva a ambos progenitores, si no que puede variar e inclusive, extinguirse

en perjuicio de uno de ellos, siempre en beneficio del menor y atendiendo a motivos debidamente comprobados, conforme a las causales establecidas en los artículos setenta y cinco y setenta y siete del Código de los Niños y Adolescentes citados; pudiendo ser suspendida en sanción al progenitor que no cumple con las obligaciones establecidas en la ley en desmedro del bienestar de los hijos, configurando el hecho de negarse a prestar alimentos una causal para su procedencia, a tenor de lo establecido en el inciso f) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes ya citado.

4. Que, en el caso de autos, mediante sentencia de fecha siete de julio del año dos mil siete, cuya copia certificada obra en autos de folios cuarenta a cuarenta y tres, el cuarto juzgado de paz letrado de Barranco-Miraflores, ordena que el demandado don G.F.V.B. acuda con una pensión alimenticia a su menor hijo D.G.V.V.. Posteriormente, aprobadas las pensiones devengadas, es requerido para su cumplimiento, haciendo caso omiso, razón por la cual, al no encontrarse al día en el pago, por resolución de fecha nueve de diciembre del año dos mil ocho obrante a folios, cuarenta y cinco se ordena que se impida la salida del país del demandado G.F.V.B., mientras no constituya garantía suficiente a favor del alimentista.

5. Que, asimismo, por resolución de fecha diecinueve de enero del año dos mil nueve obrante en autos a folios cuarenta y siete y siguiente, se ordena remitir copias certificadas al fiscal penal, a fin de que proceda a formalizar denuncia por omisión a la asistencia familiar. Mediante resolución de fecha seis de febrero del año dos mil nueve obrante en fojas cincuenta y uno y siguiente se le declara deudor alimentario moroso disponiendo que se oficie el registro de deudores alimentarios morosos para su inscripción.

6. Que, en consecuencia siendo que la suspensión de la patria potestad debe de ser declarada en caso se compruebe de manera indubitable que el demandado se encuentra en curso en las causales expresamente previstas por la norma sustantiva al respecto; y, advirtiéndose de autos que la actora ha acreditado que el demandado no cumple con su obligación que como padre le corresponde, esto es, de acudir a su menor hijo con una pensión alimenticia para sus sustentos, pese a los requerimientos judiciales.

IV. DECISIÓN

Por sus fundamentos por los que **APROBARON** la sentencia consultada emitida por resolución número veinte de fecha diez de agosto de dos mil once, obrante de folios doscientos ochenta y seis a doscientos noventa y uno que declara fundada la demanda, en consecuencia se declara suspendidos al demandado G.F.V.B. de la patria potestad de su menor hijo D.G.V.V. con lo demás que contiene y es materia de la alzada y los devolvieron.

CABELLO MATAMALA
VÁSCONES RUIZ
RODRÍGUEZ ALARCÓN

Suspensión de la patria potestad: Concepto

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo cual es ejercitado conjunta o separadamente, por lo que se entiende que tanto la suspensión como la privación de este derecho y deber, supone una restricción a favor del interés superior del niño.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 727-2011
DEMANDANTE : G.P.O.V.
DEMANDADO : J.A.M.R.B.
MATERIA : SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO

Lima, veintitrés de noviembre de dos mil once

VISTOS: interviniendo como ponente la señora Juez Superior Rodríguez Alarcón, de conformidad al dictamen emitido por la Primera Fiscalía Superior de Familia de Lima, obrante de fojas cuatrocientos treinta y siete a cuatrocientos treinta y nueve.

I. MATERIA DE APELACIÓN

Sentencia emitida con resolución veintiuno de fecha veintidós de junio de dos mil once, que corre de fojas trescientos setenta y ocho a trescientos ochenta y cuatro, que declara infundada la demanda de suspensión y/o privación de la patria potestad y variación del régimen de visitas interpuesta por G.P.O.V. contra J.A.M.-R.B., respecto de sus menores hijas M.J. y F.M.R.O.

II. ANTECEDENTES

2.1. Con demanda de fojas cuarenta y seis a cincuenta y dos, doña G.P.O.V., solicita la suspensión de la patria potestad a J.A.M.-R.B. por negarse a prestar alimentos a sus menores hijas y/o privación de la patria potestad porque existen hechos que prueban que el padre se halla impedido de hecho para ejercerla respectivamente y fijación de nuevo régimen de visitas por el juzgado.

2.2. Con escrito de fojas ciento diecisiete a ciento diecinueve, el demandado J.A.M.-R.B., contesta la demanda negándola y contadiciéndola, señalando que no se ha negado a prestar alimentos; que respecto a la suspensión de la patria potestad el hecho de que sus menores hijas se encuentren residiendo en España, no se ajusta al supuesto descrito por el artículo 466 del Código Civil, sobre las causales de suspensión de la patria potestad, señalando que

el hecho de negarse a prestar alimentos es causal de privación y no de suspensión de la patria potestad. Con relación a la fijación de nuevo régimen de visitas señala que el Acta de Conciliación N° 863-05-ASIS se estableció un régimen, que no fue respetado por la demandante, por lo que estando a que las menores se encuentran en otro país, al que el demandado señalado nunca tendrá oportunidad de acudir, se hace totalmente difícil la fijación de un nuevo régimen, por lo que solicita que cuando las menores se encuentren en el país el juzgado se pronuncie a fin de que permanezcan bajo cuidado por dicho espacio de tiempo, a efecto de buscar los lazos y comunicación de padre a hijos.

2.3. La demandante apela la sentencia, fundamentando el agravio en que el a quo no ha tomado en cuenta los medios probatorios ofrecidos por su parte y las ofrecidas de oficio por el propio juzgado tal como es el expediente de separación convencional y divorcio ulterior, así como el de alimentos, es decir que el demandado no cumple con el pago de pensión alimenticia, indicando que es necesario se cambie el régimen de visitas al encontrarse las menores residiendo en forma permanente en España.

III. CONSIDERANDOS

3.1. Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo cual es ejercitado conjunta o separadamente, por lo que se entiende que tanto la suspensión como la privación de este derecho y deber, supone una restricción a favor del interés superior del niño.

3.2. El artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes establece: "La patria potestad se suspende en los siguientes casos: a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil; b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e) por maltratarlos física o mentalmente; f) por negarse a prestarles alimentos; g) por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil; h) por habérsele aperturado proceso penal al padre o a la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173-A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal".

3.3. Respecto a la suspensión de la patria potestad, se tiene que la demandante lo ha solicitado en razón a que el padre de los menores F. y M.J.M.-R., no ha cumplido con acudirlas con la pensión acordada mediante transacción extrajudicial copiada a fojas doscientos treinta y nueve, doscientos cuarenta y doscientos cuarenta y seis, del expediente acompañado sobre reducción de alimentos, apreciándose del mismo que no existe aprobación de liquidación, requerimiento o apercibimiento al demandado, por lo que el medio probatorio adjunto al escrito de apelación, obrante de fojas cuatrocientos cinco a

cuatrocientos siete, si bien es cierto da cuenta de una presunta deuda respecto a los alimentos, no refleja negativa al cumplimiento. Además el hecho de que las menores vivan en otro país por decisión unilateral de uno de los padres, no es razón suficiente para la suspensión de la patria potestad, si esta no se ejerce por causa ajena a la voluntad del padre, pues dicha norma tiene como finalidad la de proteger a los menores cuando existan razones de fuerza mayor que impidan a los padres ejercerla, motivo por el cual la apelación formulada no es amparable en dicho extremo.

3.4. El artículo 427 del Código Procesal Civil en su inciso 7 ha establecido que la demanda deberá ser declarada improcedente cuando se efectúe una indebida acumulación de pretensiones, por ello, teniéndose en cuenta que en la presente demanda se ha acumulado pretensiones como la privación y/o suspensión de la patria potestad y el régimen de visitas, no resulta procedente amparar esta última al no encontrarse dentro de los supuestos descritos por el artículo 87 de la referida norma, fundamentos por los cuales.

IV. DECISIÓN

CONFIRMARON la sentencia que declara infundada la demanda de la demanda de suspensión o privación de la patria potestad interpuesta por G.P.O.V. contra J.A.M.- R.B, respecto de sus menores hijas M.J. y F.M.- R.O. y los devolvieron.

CABELLO MATAMALA
VÁSCONES RUIZ
RODRÍGUEZ ALARCÓN

Pérdida de patria potestad: No puede ser sustentada en trastorno bipolar

No se pierde la patria potestad por un trastorno bipolar que pueda tener uno de los padres, pues si bien puede conllevar un riesgo de agresividad respecto a sus hijos, esa agresividad debe de ser probada. Además, el régimen de visitas otorgado a su favor es un claro ejemplo de que tal peligro no existe o si lo hubiera, entonces está controlado.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1351-2009
MATERIA : PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO

Lima, cinco de febrero del año dos mil diez

VISTOS: Interviniendo como ponente la Juez Superior Álvarez Olazábal; de conformidad con lo opinado por la Señora Fiscal Superior de Familia en el dictamen que antecede; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que viene en apelación la sentencia de fojas ochocientos cinco a ochocientos nueve, su fecha diecinueve de junio de dos mil nueve, en cuanto declara infundada la demanda de pérdida de patria potestad instaurada por doña D.C.P.F, sin costas ni costos; asimismo son materia de revisión las apelaciones concedidas con carácter de diferida, respecto a las resoluciones número quince y dieciséis, obrante de fojas seiscientos catorce y siguientes, su fecha catorce de agosto de dos mil siete.

SEGUNDO: Que la recurrente sustenta su impugnación contra la sentencia señalando entre otras razones, que se ha incurrido en error de hecho al no haberse tomado en cuenta para resolver, que el demandado al sufrir problemas psiquiátricos, ello constituye de por sí un peligro para su menor hija; asimismo alega que no se ha tomado en consideración el abandono de hogar efectuado por el demandado, habiéndose por ello lesionado su derecho constitucional de defensa con sujeción a un debido proceso y el interés superior de su menor hija; asimismo en cuanto a la impugnación contra la resolución número dieciséis mediante la cual se rechazan los medios probatorios del demandado J.C.P.L.Y., este argumenta que se le ha causado indefensión ya que al quedar excluidos dichos medios probatorios no podría demostrar que las causales citadas en la pretensión de la demanda son totalmente infundadas y faltan a la verdad; asimismo respecto a la impugnación contra la resolución número quince, la demandante manifiesta que se ha violado su

derecho constitucional de defensa con sujeción a un debido proceso, pues se pretendía demostrar la verdadera personalidad del demandado, quien sufre de trastornos psicóticos, constituyendo un serio peligro para su menor hija.

TERCERO: Que respecto a las apelaciones concedidas sin efecto suspensivo y con carácter de diferidas, conforme aparece del acta de audiencia única obrante a fojas seiscientos catorce y siguientes se debe tomar en consideración que las partes arribaron a una conciliación respecto a las pretensiones acumuladas de tenencia la cual viene ostentando la madre, así como de régimen de visitas a favor del padre, teniendo por ello dicho acuerdo la autoridad de cosa juzgada en tanto a estos dos extremos pretendidos, quedando solo uno pendiente para volver por la autoridad judicial cual es el atinente a la pretensión de la pérdida la patria potestad del progenitor; que precisamente por ello la juzgadora prescindió de los medios probatorios: en el caso de la demandante de los ofrecidos en los puntos seis y nueve de la demanda, y en el caso del demandando los ofrecidos en los puntos uno y siete del escrito de contestación, habiéndolos calificado como impertinentes dado que los dos primeros estaban referidos a evaluaciones psicológica-psiquiátrica e historia clínica respecto al estado de salud y tratamiento del progenitor, al no tener incidencia directa respecto a la causal que se esgrime respecto a la causal que se esgrime respecto al pedido de pérdida de patria potestad, y los dos últimos en igual sentido no guardan relación directa con los hechos propios del punto controvertido fijado en dicha Audiencia Única, cual era la acreditación de hechos que dieran lugar a la configuración la causal prevista en el numeral e) del artículo setenta y siete del Código de los Niños y Adolescentes, cumpliéndose así con la previsión legal contenida en el artículo 188 del Código Procesal Civil en función a la relación o pertinencia de tales medios probatorios en cuanto al punto controvertido establecido; que en efecto, respecto al estado de salud del demandado y su tratamiento se han actuado otros medios probatorios, tal como se advierte de las actas de su propósito, y se han presentado instrumentales valoradas en conjunto por la a quo, habiéndose señalado el padecimiento, su origen y terapia, más aún se ha establecido en el acuerdo conciliatorio arribado por las partes la continuidad del tratamiento, por lo tanto es de cabal conocimiento de ambas partes, por lo tanto cabe confirmar las resoluciones apeladas sin efecto suspensivo y con carácter de diferidas.

CUARTO: Que debe tomarse en consideración que por ser la pérdida o en su caso la suspensión de la patria potestad una sanción que restringe o limita el deber derecho de los progenitores, taxativamente se han establecido tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes causales determinadas, pues precisamente por su naturaleza restrictiva o prohibitiva, no pueden extenderse sus alcances, siendo el caso que la causal invocada por la impugnante está referida a una conducta negativa del progenitor vinculada a dar órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan, por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad, por maltratarlos física o mentalmente y por negarse a prestarles alimentos, que es por ello y tal como lo ha señalado la a quo, que de conformidad con el artículo 196 del Código Procesal Civil la peticionante debía

aportar caudal probatorio suficiente que sustentara la causal bajo comentario para formar convicción en la juzgadora, a efecto de imponer dicha restricción al progenitor que daña la persona o intereses de sus hijos, en salvaguarda de su interés superior, es decir, la protección especial que se le debe dispensar como sujeto de derechos tal como establece la Convención sobre los Derechos del Niño: "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 y por ello los Estados Partes del citado Pacto, respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, según establezcan la costumbre y las leyes locales, en consonancia, por lo tanto debe formarse convicción sobre la existencia de la vulneración que se acusa respecto a la conducta del progenitor en cuanto a los derechos del niño sujeto pleno de derechos".

QUINTO: Que en efecto, como único argumento de la apelante en su expresión de agravios respecto de la sentencia impugnada, señala que no se ha tomado en cuenta el riesgo que implica para su menor hija, el hecho que su padre demandado padezca de un transtorno bipolar, lo que revela una correlación de aquello que peticiona, con el tercer presupuesto establecido en la norma legal antes aludida: por maltrato físico o mentalmente y por negarse a prestarles alimentos, manifestando que es un riesgo latente dada la condición de salud mental del progenitor, que pueda sucederle algo a la integridad de su menor hija, sin embargo la existencia de maltratos físicos o mentales inferidos por el progenitor o que la enfermedad que reconoce este padecer, conlleve el mencionado riesgo de agresividad respecto de la menor hija de las partes no ha sido acreditado, más aún si se toma en cuenta que la propia madre ha conciliado un régimen de visitas a favor del padre que tiene una fase en el interior del hogar materno y otra con externamiento del mismo, lo cual evidencia que la recurrente ha decidido que el padre está en condiciones de mantener contacto y relación paternofilial con su hija, por lo tanto no se coincide con una petición de declaratoria de pérdida del deber-derecho de patria potestad que aquel ostenta.

SEXTO: Que sobre el riesgo posible o probable en función a la enfermedad del progenitor, del análisis conjunto de los medios probatorios de la demandante se colige que si bien en efecto el demandado padece de un transtorno mental producto de un traumatismo encéfalocraneano y sobrelleva un tratamiento especializado desde tiempo atrás, ello no implica que tal padecimiento o la terapia consecuente generen en él agresividad o actitud violenta, pues por el contrario se establece que se encuentra sometido a un tratamiento especializado continuo que le permite controlar las secuelas del problema señalado, no se trata de una persona adicta a sustancias químicas sino que ingiere medicamentos destinados a controlar sus síntomas o signos del padecimiento que enfrenta, y por el contrario han sido ambos padres los que han expresado su voluntad respecto a la tenencia y a las visitas paternas hacia la niña en el acto conciliatorio llevado a cabo, señalando en forma expresa que el demandado debía continuar de manera

ininterrumpida su tratamiento psiquiátrico, inclusive con un informe semestral del tratante sobre los respectivos avances.

SÉTIMO: Que siendo esto así corresponde confirmar la sentencia impugnada al no haberse acreditado los extremos de la causal que manifiesta la actora, resultando de aplicación el artículo 200 del Código Procesal Civil; fundamentos por los cuales **CONFIRMARON** la sentencia de fojas ochocientos cinco a ochocientos nueve, su fecha diecinueve de junio de dos mil nueve, en cuanto declara infundada la demanda de pérdida de patria potestad instaurada por doña D.C.P.F., respecto de don J.C.P.L.; asimismo las resoluciones número quince y dieciséis, obrantes de fojas seiscientos catorce y siguientes, su fecha catorce de agosto de dos mil siete, en cuanto declara la impertinencia de los medios probatorios ofrecidos en los puntos seis y nueve de la demanda de suspensión, y en el caso de la demandada, los ofrecidos en los puntos uno y siete del escrito de contestación, con lo demás que contiene y los devolvieron.

TELLO GILARDI
ÁLVAREZ OLAZÁBAL
CORONEL AQUINO

Régimen de visitas: No puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales

Si se advierte la voluntad del actor de cumplir con el pago de la pensión alimenticia dispuesta, no solo por los montos depositados mensualmente, sino también por las sumas depositadas, de modo alguno puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales, derecho que no solo corresponde a los padres sino también a los propios hijos de ver y relacionarse con sus padres, tanto más si en autos no obra resolución que disponga la privación o suspensión de la patria potestad respecto del demandante; institución esta última que establece el derecho que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos conforme lo dispone el artículo 418 del Código Civil; por lo tanto dicho derecho del actor se encuentra vigente.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : Nº 150 -2009
MATERIA : RÉGIMEN DE VISITAS
DEMANDANTE : S.Q.J.L.R.
DEMANDADO : Q.S.M.M.
RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO

Lima veintitrés de enero del año dos mil doce

VISTOS; Con los cuadernos que se tienen a la vista; interviniendo como ponente la Señora Juez Superior Capuñay Chávez; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Superior de Familia mediante dictamen de fojas quinientos treinta y tres a quinientos treinta y ocho; y considerando:

I. MATERIA DE APELACIÓN

Sentencia de fojas cuatrocientos ochenta y tres a quinientos noventa y seis su fecha veintinueve de setiembre del año dos mil once, que declara fundada la demanda sobre régimen de visitas interpuesta por el progenitor; en consecuencia, establece a favor de J.L.R.S.Q. (y no "Q.Q." como erróneamente se ha **consignado** en la sentencia) un régimen de visitas a cumplirse con externamiento los días miércoles de cuatro y treinta a seis de la tarde y los días sábados de diez de la mañana a dos de la tarde; facultándose a la frecuencia adecuada.

II. ANTECEDENTES

1. Que por escrito de fojas cuarenta y dos a cuarenta y cuatro don J.L.R.S.Q., interpone demanda de régimen de visitas dirigiendo la acción contra doña

M.M.Q.S., respecto de su menor hijo G.A.S.Q.; sustentando la misma en que cumple con abonar a favor de su hijo una pensión alimenticia de cuatrocientos nuevos soles mensuales, siendo todo lo que puede pasarle por no tener trabajo, pese a que en un acto de cariño a su hijo concilió con la demandada para abonarle la suma setecientos nuevos soles, tratando de cumplir pues como sabe la demandada, este tuvo problemas de adicción de alcohol y drogas, pese a ello demandada ha imposibilitado el derecho del padre de ver a su hijo, argumentando las consecuencias negativas de la separación de la figura paterna, solicita se fije un régimen de visitas.

2. Que por escrito de fojas ciento catorce a ciento treinta y cuatro la demandada se apersona al proceso y contesta la demanda aduciendo que por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Barranco y Miraflores gira un expediente donde las partes arribaron a una conciliación por el que este se comprometía abonar la suma de setecientos nuevos soles mensuales, además la liquidación de pensiones devengadas por los meses de mayo del año dos mil siete a marzo del año dos mil ocho en la suma de ocho mil novecientos setenta y cinco nuevos soles más cuatrocientos noventa y uno por intereses legales, la misma que fue aprobado por el juzgado antes citado mediante resolución de fecha ocho de junio del año dos mil nueve; las que han sido materia de una nueva liquidación que arrojan la suma de nueve mil ochocientos nuevos soles la misma que unida a la deuda anterior arrojan un total de mil ochocientos cuarenta y cinco nuevos soles; señalando que no ha cumplido con el requisito previo pasa solicitar un régimen de visitas según lo previsto en el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

3. Agrega la demandada que el actor es un consumidor consuetudinario bebidas alcohólicas y drogas, lo cual le provoca zozobra e incertidumbre por sus sistemáticos maltratos psicológicos, denunciándolo en dos oportunidades por violencia familiar siendo que en el año dos mil nueve, se le ha abierto un nuevo proceso, tramitándose en el Vigésimo Primer Juzgado de Familia; asimismo señala que el actor se ha dedicado a acosar a su menor hijo, cuando la movilidad lo deja le dice a gritos: “hijo ya no tomo”, “hijo estoy limpio no consumo”, “hijo yo quisiera llevarte al parque pero tu mamá es mala y no me deja”; y un día su hijo le dijo a su papá: “ven cuando no esté mi mamá”; agrega que le preocupa que su hijo le haya ocultado que había conversado con su papá, y a esa corta edad no tiene por qué mentir; por otro lado señala que el padre de su hijo presenta trastorno antisocial de la personalidad, ha consumido cocaína y marihuana desde los veintidós años y desde los treinta y cinco es alcohólico, habiendo estado internado en “Maxwell Jones”, que ha hecho que sus hijos mayores sean consumidores de droga y familiarizados con el consumo de alcohol.

4. Que la audiencia única se ha llevado en los términos de las actas de fojas ciento treinta y ocho a ciento treinta y nueve, ciento setenta y ocho a ciento setenta y nueve, doscientos veinticuatro a doscientos veintisiete; donde se ha recibido la declaración de ambas partes y la referencial del menor

G.A.S.Q.; de fojas ciento ochenta y nueve a ciento noventa y ciento noventa y cinco respectivamente, corren los resultados de los exámenes toxicológicos forenses (drogas y alcohol) practicado en la persona del demandante, de fojas doscientos treinta y tres a doscientos treinta y seis, y de fojas doscientos treinta y nueve a doscientos cuarenta y dos, corren los informes sociales practicados en los domicilios del ambos padres; asimismo de fojas doscientos noventa y dos a doscientos noventa y cuatro, y de fojas trescientos setenta y dos a trescientos setenta y cuatro corren copias de las pericias psiquiátricas practicadas a ambas partes; de fojas trescientos treinta y cinco a trescientos treinta y siete y trescientos cuarenta y cinco a trescientos cuarenta y siete medio probatorio pendiente, previo dictamen fiscal se emitió la sentencia que ha sido impugnada por la parte demandada.

5. Que la demandada sustenta su impugnación en que el actor ha sido condenado por delito contra la Familia en su modalidad de Omisión de Asistencia Familiar por ante el Segundo Juzgado Penal para Reos Libres a tres años de pensión suspendida y al pago de una reparación civil por cinco mil nuevos soles y por el Quincuagésimo Sexto Juzgado Penal para Reos Libres a dos años de prisión suspendida y a una reparación civil de cuatro mil nuevos soles, y a la fecha se están remitiendo copias al Ministerio Público para una nueva denuncia; agrega que nunca ha hablado a su hijo mal de su padre, y no se ha tomado en cuenta la pericia de parte que recomienda que el niño no vea a su padre; que el actor es una persona con trastorno antisocial de la personalidad que presenta conductas inadecuadas por el consumo del alcohol y drogas que han deteriorado la relación familiar; y no es posible que a pesar de ser el padre, con las características de trastorno antisocial de la personalidad se le entregue a un niño autorizándolo a externarlo.

III. CONSIDERANDOS:

1. Que es derecho de todo niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con el padre. Que no vive de modo regular, salvo si ello es contrario al Interés Superior del Niño, conforme a lo prescrito en el inciso 3) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concordante con el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes; En consecuencia, el derecho que tiene todo niño a conocer quienes son sus padres (...), no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso I de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene el carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga ommes*, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean estos temporales o materiales[1].

(1) Ejecutoria Suprema de fecha 18 de mayo del año 2010, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Consulta Nº 788-2010.

2. Que teniendo en cuenta el precepto citado en el considerando anterior, principio incorporado también en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley Nº 27337, el Interés Superior del Niño, supone la vigencia y satisfacción de todos sus derechos alude a la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y a una calidad de vida adecuada, debiendo en este aspecto proveerse a los niños y adolescentes de un ambiente familiar favorable que les brinde seguridad, siendo ello deber de ambos progenitores aunque estén separados; entonces los roles parentales no son derechos absolutos, son derechos limitados por los derechos de los propios niños y adolescentes, esto representa su interés superior.

3. Que, la demandada argumenta que el citado Salazar Quintana, no cumple con sus obligaciones alimentarias, siendo que incluso este fue sentenciado en procesos penales por delito contra la Familia en su modalidad de Omisión a la Asistencia Familiar, sobre este particular si bien el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, también lo es que dicho numeral no exige imperativamente el cumplimiento de la obligación alimentaria, pues permite a los padres que solicitaran se les conceda régimen de visitas, acreditar la imposibilidad de cumplir dicha obligación; siendo además, que ante el conflicto que se presenta en relación a este punto, corresponde al juzgador resolver aplicando el Principio del Interés Superior del Niño[(2)].

4. Que en tal sentido, de autos se advierte la voluntad del actor de cumplir con el pago de la pensión alimenticia dispuesta, no solo por los montos depositados mensualmente, sino también por las sumas depositadas conforme consta de la copia de los certificados de fojas doscientos setenta y nueve y doscientos ochenta[(3)]; por lo que de modo alguno puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales, derecho este, que no solo corresponde a los padres sino también a los propios hijos de ver y relacionarse con sus padres, tanto más si en autos no obra resolución que disponga la privación o suspensión de la patria Potestad respecto del demandante; institución esta última que establece el derecho que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos conforme lo dispone el artículo 418 del Código Civil; por lo tanto dicho derecho del actor se encuentra vigente.

5. Que de otro lado respecto a los argumentos planteados por la demandada, referidos a la adicción al alcohol y drogas; a fojas ciento ochenta y nueve, corre el resultado del examen toxicológico practicado en la persona del demandante, del cual fluye que no se han presentado ninguna de las sustancias toxicológicas mencionadas en la indicada prueba, asimismo a fojas ciento

(2) Casación N° 3841-2009-Lima de fecha 29/04/2010, publicado en el Diario Oficial el 4 de abril del año 2010.
(3) Certificado de Depósitos por las sumas de S/. 5,500.00 y S/. 3,500.00.

noventa y cinco corre el resultado de la prueba realizada por el Servicio de Toxicología en la persona del indicado demandante, cuyo resultado es "que en la muestra analizada no se ha encontrado alcohol etílico"; concluyéndose por tanto que si bien ambas partes han referido que el actor tenía problemas de adicción a las drogas y alcohol, a la fecha no se ha probado que dicho actor continúe con tales problemas.

6. Que a mayor abundamiento en el acta de fojas ciento setenta y ocho a ciento setenta y nueve, se ha entrevistado al menor hijo de las partes, en el que ha referido que su papá es cariñoso con él, que a veces lo ve cuando está cerca de su casa, no le ha dicho nada de sus encuentros con su papá a su madre, porque sabe que se molestaría, agrega que unas vez su papá fue a su colegio y fue bonito verlo allí; que le gustaría jugar con su papá en cualquier club, que su mamá no le habla mal de su papá ni su papá le habla mal de su mamá, y que le gustaría tener más tiempo para hablar con su papá, afirmaciones que las ha reiterado en el informe social de fojas doscientos treinta y tres a doscientos treinta y seis, que evidenciaría la empatía existente entre el menor y su progenitor, lo cual abona a favor del demandante, más aún si tanto del informe psiquiátrico de fojas doscientos noventa y dos, no se ha encontrado alteración alguna en la persona del demandante, y del informe psicológico de fojas trescientos cuarenta y cinco a trescientos cuarenta y siete, fluye que como padre no manifiesta intereses nocivos o dañinos para mantener comunicación con su menor hijo, recomendándose una terapia psicológica en un centro médico estatal para garantizar adecuaciones de cambios, a fin de proponer estabilidad de actitudes y emociones concedidas en la comunicación que podría sostener con su menor hijo.

7. Que haciendo una valoración conjunta y razonada de los medios probatorios que obran en autos y en especial los informes precedentes, este colegiado ha llegado a concluir que las visitas solicitadas no resultarían ser perjudiciales para el menor, por lo que debe estimarse la demanda.

8. Que, de otro lado, no obstante los considerandos precedentes también resulta menester fijar dicho régimen de visitas, en forma proporcional, adecuada, que permita su ejecución, y sobre todo que permita la participación de ambas figuras parentales en los diferentes momentos y actividades recreacionales que debe tener el menor; en ese sentido la fijada por el a quo deberá regularse en tal contexto.

DECISIÓN:

CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas cuatrocientos ochenta y tres a quinientos noventa y seis su fecha. veintinueve de setiembre del año dos mil once, que declara Fundada la demanda sobre Régimen de Visitas interpuesta por el progenitor, en consecuencia establece a favor de J.L.R.S.Q. (y no "Q.Q." como erróneamente se ha consignado en la sentencia) un régimen de visitas a

cumplirse con todo lo demás que al respecto contiene; **REVOCARON** el extremo que señala como régimen de visitas con externamiento los días miércoles de cuatro y treinta a seis de la tarde y los días sábados de diez de la mañana a dos de la tarde; facultándose a la madre para designar un familiar o persona de confianza para acompañar al niño durante las visitas. Todo ello, sin perjuicio de otros días y horas que los padres establezcan de común acuerdo en ejercicio de su derecho de patria potestad y del contacto telefónico del padre y el niño en horarios y frecuencia adecuada, con todo lo que contiene; y **REFORMÁNDOLA:** señalaron como Régimen de Visitas:

1. En los primeros tres meses de las visitas a su menor hijo, se efectuarán, los días martes y jueves de cada semana, dentro del hogar materno en el horario de cuatro de la tarde a siete de la noche, para lo cual la madre brindará las facilidades necesarias sin interferencia alguna durante la visita.

2. El primer y tercer domingo y segundo y cuarto sábado de dichos meses, el padre podrá visitar a su menor hijo dentro del hogar materno en el horario de once de la mañana a seis de la tarde.

3. A partir del cuarto mes el padre podrá externar a su menor hijo del hogar materno los días martes y jueves de cada semana, en el horario de tres de la tarde y retornarlo a las seis de la tarde del mismo día.

4. Asimismo, el padre podrá externar a su menor hijo del hogar materno el primer y tercer domingo y segundo y cuarto sábado de cada mes a partir de las diez de la mañana y deberá retornarlo a las seis de la tarde del mismo día; el mismo horario se aplicará en el día del padre.

   Si en el onomástico del padre, de ser día no laborable, podrá externar a su menor hijo desde las diez de la mañana y retornarlo a las seis de la tarde del mismo día; y si es laborable se aplicará el horario señalado en el punto 3).

5. En el día de la madre u onomástico lo pasará con esta.

6. En las fiestas de Navidad y de Año Nuevo de los años pares el padre podrá externar a su hijo, los días veinticuatro, y treinta y uno de diciembre respectivamente desde las seis de la tarde y retornarlo al hogar materno el día veinticinco de diciembre y primero de enero respectivamente a las seis de la tarde; en fiestas de Navidad y de Año Nuevo de los años impares lo pasará con su madre; pero el padre podrá externarlo los días veinticinco de diciembre y primero de enero desde las doce del mediodía y lo retornará a las seis de la tarde de ese mismo día.

7. En el onomástico del menor de los años pares, pasará con el padre en el horario de cuatro de la tarde a ocho de la noche; y en los años impares lo pasará con la madre, pudiendo el padre visitar a su hijo dentro del hogar materno en el horario de cuatro de la tarde a ocho de la noche; asimismo **DISPUSIERON** que el demandante reciba una terapia psicológica en un

centro médico estatal para garantizar las relaciones con su menor hijo, conforme se ha recomendado en su evaluación psicológica.

8. Se **EXHORTA** a ambos padres que traten de mantener una relación interpersonal apropiada y de igual modo cumplir con el presente régimen, prestando las facilidades necesarias para el caso concreto a efectos de que se logre un desarrollo integral de su menor hijo; y los devolvieron.

CAPUÑAY CHÁVEZ
TELLO GILARDI
VÁSCONES RUIZ

Tenencia: Implica no variar de residencia

La tenencia faculta a quien la ejerce a permanecer con el hijo, lo que implica una comunidad de vivienda; en consecuencia, obliga al detentador de la tenencia a permanecer con el hijo menor de edad en el lugar de su residencia ni variarla, mientras que tal derecho esté subsistente y no sea variado por otro mandato judicial.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : Nº 8247-2010
MATERIA : Restitución internacional de menor
DEMANDANTE : W.T.L.R.
DEMANDADA : R.M.L.N.
RESOLUCIÓN NÚMERO DIEZ
Lima veintisiete de diciembre del año dos mil once

VISTOS EN DISCORDIA: Con la ponencia de la señora Juez Superior Cabello Matamala; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Superior Provisional a folios setecientos setenta y uno a setecientos setenta y tres.

I. ASUNTO

Que, revisados los autos, se advierte que son materia de apelación:

a) La resolución número siete de fecha veintisiete de enero del año dos mil once, obrante a folios doscientos sesenta y uno, que declara improcedente la prueba pericial ofrecida por la demandada; se concede apelación con la calidad de diferida mediante resolución número doce de fecha once de abril de dos mil diez, obrante a folios quinientos treinta y siete.

b) La resolución número trece de fecha once de abril de dos mil once, obrante a fijar quinientos cuarenta y tres, en el extremo que dispone el impedimento de salida del país de la demandada Rosa María Laso Núñez; se concede apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida mediante resolución número diecisiete, obrante a folios seiscientos veintitrés, y advirtiéndose de la revisión de autos, que no se ha formado el cuaderno de apelación relativo, corresponde emitir pronunciamiento por este colegiado.

c) La resolución número dieciocho de fecha veintinueve de abril de dos mil once, obrante a folios seiscientos treinta y dos, que declara Improcedente la nulidad de todo lo actuado formulada por la demandada; se concede apelación con la calidad de diferida mediante resolución número diecinueve de fecha veintisiete de mayo de dos mil once, obrante a folios seiscientos cincuenta.

d) La sentencia emitida por resolución número veintiuno, de fecha veintiocho de junio de dos mil once, obrante a folios seiscientos sesenta y uno a seiscientos sesenta y siete, que declara fundada la demanda interpuesta por don W.T.L.R. contra doña R.M.L.N.; en consecuencia **SE DISPONE LA RESTITUCIÓN** inmediata de la niña S.L.R. al país de Estados Unidos, Estado de Florida; se concede apelación con efecto suspensivo mediante resolución número veintitrés de fecha once de julio de dos mil once, obrante a folios setecientos cuarenta y seis.

Que, de la argumentación esbozada por la recurrente en su recurso de apelación se advierte que denuncia que no se ha tomado en cuenta los factores endógenos y exógenos que favorecen y perjudican a la menor materia de restitución internacional, que se ha demostrado en demasía que la menor ha quedado integrada a su nuevo ambiente, que el demandante tiene problemas de alcohol y conducta. Que no se ha tomado en cuenta que su menor hija también tiene la nacionalidad peruana; en lo que respecta al inciso b del artículo 13 del convenio, la suscrita ha aportado pruebas sobre el grave riesgo que la restitución de la menor la exponga a un peligro grave físico o psíquico, ya que ha demostrado que el demandante es prontuariado además ha quedado demostrado que la menor se ha integrado a su nuevo ambiente; no encontrándose conforme con que se haya ordenado el pago de las costas y costos del proceso a cargo de la demandada, indicando que la convención norma de que el demandante se encuentra exonerado de todo tipo de pago en el presente proceso, lo cual no ha sido tenido en cuenta por la señora jueza.

II. CONSIDERANDOS

Respecto a la apelación interpuesta contra la resolución número siete emitida el veintisiete de enero del año dos mil once, que declara improcedente la prueba pericial ofrecida por la demandada

1. Que, la demandada ofrece como medio probatorio de la contestación, prueba pericial referida a la evaluación psicológica y psiquiátrica del demandante, a fin de acreditar su carácter agresivo y violento, además la evaluación psicológica de la menor S. no habiéndose precisado los puntos sobre los que versará el dictamen pericial el caso de la menor, como lo establece el artículo 263 del Código Procesal Civil.

2. Que, el artículo 11 de la convención dispone que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores, lo cual debe tenerse presente en la tramitación de estos autos además dada la materia controvertida, corresponde evaluar las condiciones de traslado de la menor.

3. Que, si bien es cierto, la demandada alega la existencia de un grave riesgo de que la restitución de la menor la exponga a un peligro grave físico o psíquico, invocándose la excepción prevista en el artículo 13 de la convención, también lo es, que dada la urgencia del proceso, debe presentarse prueba

preconstituída, no como ocurre al contestar la demanda ofreciéndose prueba pericial, máxime que no es materia de debate la custodia de la menor; fundamentos por los cuales cabe confirmar la resolución número siete.

Respecto a la resolución número trece de fecha once de abril de dos mil once, en el extremo que dispone el impedimento de salida del país de la demandada R.M.L.N.

4. Que, la Constitución Política del Perú, en el artículo 2, inciso 11, establece que toda persona tiene derecho: "A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería".

5. Que, la resolución número trece no cuenta con elementos objetivos que sustenten decretar el impedimento de salida de la demandada, por lo que es menester cautelar el derecho constitucional al libre tránsito de la demandada, por lo cual debe revocarse la resolución impugnada, declarándose improcedente el pedido de impedimento de salida del país de la demandada, ordenándose se levante el impedimento de salida decretado, oficiándose para tal fin.

Respecto a la resolución número dieciocho de fecha veintinueve de abril de dos mil once, que declara improcedente la nulidad de todo lo actuado formulada por la demandada.

6. Que, la demandada deduce nulidad de todo lo actuado alegando que existen vicios en el proceso, contraviniéndose el debido proceso, tratándose que a la demanda se adjunta como prueba y anexos copias simples de documentación en idioma extranjero y traducciones simples.

7. Que, el artículo 171 del Código Procesal Civil establece que la nulidad solo se sanciona por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

8. Que, para que opere la nulidad, como lo contempla el acotado artículo 174 del Código adjetivo, es indispensable que quien formula nulidad acredite estar perjudicado con el acto procesal viciado, y en su caso precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Que, en el caso de autos, la demandada no ha acreditado verse perjudicada, habiendo contestado la demanda, y ejercido su derecho de defensa durante la tramitación del presente proceso, además, el artículo 23 de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, establece que no se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas, fundamentos por los cuales cabe desestimar la nulidad formulada, por lo que corresponde

confirmar la resolución número dieciocho de fecha veintinueve de abril de dos mil once.

Respecto a la sentencia emitida por resolución número veintiuno, de fecha veintiocho de junio de dos mil once, que declara Fundada la demanda interpuesta por don W.T.L.R. contra doña R.M.L.N., en consecuencia **SE DISPONE LA RESTITUCIÓN** inmediata de la niña S.R. al país de Estados Unidos, Estado de Florida.

9. Que, los Estados signatarios de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, han resuelto proteger al menor, en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o retención ilícita, es así que el citado convenio tiene como objetivos primordiales: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

10. Que, cabe acotar, que la tenencia faculta a quien la ejerce a permanecer con el hijo, lo que implica una comunidad de vivienda, en consecuencia legitima al detentador de la tenencia a permanecer con el hijo menor de edad en el lugar de su residencia o variación de residencia, mientras que tal derecho esté subsistente y no sea variado por otro mandato judicial.

11. Que, merituados los argumentos y medios probatorios actuados en el presente proceso, se evidencia que la niña S.L.R., residía habitualmente en los Estados Unidos de América, hasta que se produce el traslado que motiva el presente proceso; corroborándose que la referida menor nació el día catorce de marzo de dos mil ocho, en los Estados Unidos de América (tal como se aprecia del acta de nacimiento de folios quince y siguientes) hasta que en abril de dos mil diez se traslada a la menor a Perú, cuarenta y tres, las partes declararon "el país de residencia habitual del menor son los Estados Unidos", tal como se aprecia a folios treinta y cinco.

12. Que, si bien es cierto, que de conformidad con el Acuerdo para el Plan del de los Hijos a través de mediación, los padres de la niña S.L.R. tienen la responsabilidad paternal compartida, también lo es, que tal como se desprende de la petición de desacato expresa de folios ciento noventa y nueve, en abril de dos mil diez, las partes acordaron que la señora L. podía llevarse a la menor a Perú durante tres días para una boda familiar, siendo que al once de mayo de dos mil diez, la señora Laso no ha cumplido con retornar a los Estados Unidos, tanto más el Tribunal Superior del Circuito Judicial Décimo Sexto del Estado de La Florida, en y para el Condado de Monroe Florida, en la resolución de disolución de matrimonio de las partes, señala que (...). 1. la demandante no regresó del Perú con la hija a los Estados Unidos, y de conformidad (...) 2: De conformidad con la Convención de La Haya para

la Prevención internacional de Secuestro de Menores (...) 3. El padre tiene derechos de custodia tal y como se describen en el Acuerdo de Mediación y el padre ha estado haciendo valer sus derechos; 4. La retención de la menor fuera de los Estados Unidos después del tres de marzo de dos mil diez, es una violación de la Convención de La Haya", tal como se aprecia a folios veintiséis, a mayor abundamiento cabe acotar, que la demandada no ha alegado una permanencia autorizada, por el contrario al contestar la demanda incoada señala "(...) sino he regresado a los Estados Unidos de Norteamérica es porque a mi llegada a dicho país seré arrestada (...)", tal como se aprecia a folios doscientos cuarenta uno, siendo ello así, se encuentra acreditado el derecho de custodia del accionante cuando se realizó el traslado del menor.

13. Que, respecto al supuesto de no restitución previsto en el literal b) del artículo 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que invoca la emplazada al contestar la demanda, referido a que: "b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable"; en el caso de autos, la demandada señala que el padre de la menor tiene una conducta violenta, ha sido protagonista de escándalos, detenido por la policía, es dueño de bares que hace que esté rodeado de mujeres e ingesta de alcohol, que ha dejado a su hija al cuidado de personas extrañas y que han sido arrestadas por delitos, de lo que tenemos que lo alegado por la parte emplazada corresponda se argumente ante el tribunal extranjero competente para dilucidar la custodia de la menor, tanto más que en cuanto a la excepción a la sustracción que invoca la demandada, dado que no obra prueba de actos inferidos por el demandante contra la referida menor, que acrediten la existencia de un grave riesgo de que la restitución de la niña S.L.R., la exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga a la menor en una situación intolerable, por lo que es menester ordenar la restitución inmediata de la menor por haberse acreditado el traslado ilícito de la menor S.L.R. de su domicilio habitual, establecido en Estados Unidos de América con infracción del derecho de custodia del padre.

14. Que, respecto al extremo de la sentencia que fija costas y costos del proceso a cargo de la demandada, que se cuestiona en la apelación interpuesta, cabe señalar, que si bien es cierto que el artículo 26 del convenio, establece que "las autoridades centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico (...)", también lo es, que la referida norma establece que "**al ordenar la restitución de un menor** o al expedir una orden relativa a los derechos

de visita conforme a lo dispuesto en el presente convenio, las **autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante** o en que se haya incurrido en su nombre incluidos los gastos de viajes las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de representación del menor" por lo que en atención a lo previsto en la norma acotada, tanto más que el artículo 412 del Código Procesal Civil establece que el reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración, por lo que habiéndose acreditado la retención ilícita de la menor S.L.R., es menester que la parte vencida pague las costas y costos del proceso.

III. DECISIÓN

Por cuyos fundamentos:

a) **CONFIRMARON** la resolución número siete emitida el veintisiete de enero del año dos mil once, obrante a folios doscientos sesenta y uno, que declara **IMPROCEDENTE** la prueba pericial ofrecida por la demandada.

a) **REVOCARON** la resolución número trece de fecha once de abril de dos mil once, en el extremo que dispone el impedimento de salida del país de la demandada Rosa María Laso Núñez, **REFORMÁNDOLA** en dicho extremo declararon **IMPROCEDENTE** el pedido de impedimento de salida del país de la demandada, ordenándose se levante el impedimento de salida decretado, oficiándose para tal fin.

c) **CONFIRMARON** la resolución número dieciocho de fecha veintinueve de abril de dos mil once, obrante a folios seiscientos treinta y dos, que declara improcedente la nulidad de todo lo actuado formulada por la demandada.

d) **CONFIRMARON** la sentencia emitida por resolución número veintiuno, de fecha veintiocho de junio de dos mil once, obrante a folios seiscientos sesenta y uno a seiscientos sesenta y siete, que declara Fundada la demanda interpuesta por don W.T.L.R. contra doña R.M.L.N., en consecuencia **SE DISPONE LA RESTITUCIÓN** inmediata de la niña S.L.R. al país de Estados Unidos, Estado de Florida; con lo demás que contiene; notificándose y los devolvieron.

CAPUÑAY CHÁVEZ
CABELLO MATAMALA
RODRÍGUEZ ALARCÓN

LA SECRETARIA DE SALA CERTIFICA QUE EL FUNDAMENTO DEL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR CAPUÑAY CHÁVEZ, ES ADEMAS EL SIGUIENTE:

Que de otro lado la suscrita considera además que conforme lo dispone el artículo 196 del Código Procesal Civil, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos; por consiguiente la carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria; en ese sentido, si bien la demandada en el numeral veintitrés de los fundamentos de la contestación de demanda de fojas doscientos treinta y seis y siguientes, afirma que de retornar a los Estados Unidos con su hijo sería arrestada; también lo es que en autos no ha quedado acreditada dicha afirmación, pues lo que obra en autos de fojas ciento noventa y nueve a doscientos cinco, es una traducción de petición efectuada por el demandante W.L.R., sobre desacato expresa en contra de la demandada R.L., sin embargo ello no constituye una orden de búsqueda o arresto en contra de la citada demandada emanada por autoridad competente.

NÉLIDA ESCOBAR TERÓN
SECRETARIA

LA SECRETARÍA DE SALA CERTIFICA QUE EL FUNDAMENTO DEL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR RODRÍGUEZ ALARCÓN, ES ADEMÁS EL SIGUIENTE:

1. Si bien es cierto el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, dispone que "la autoridad judicial o administrativa, aun en el caso que se hubieren iniciado los cien por ciento de la custodia, y a la madre solo se le ha concedido el derecho de visitas supervisadas; agrega que la decisión final de divorcio ya ha sido emitida, no habiendo comparecido la demandada no obstante de habérsele entregado aviso por escrito sobre la audiencia final; y además en abril del año dos mil diez las partes acordaron que la demandada podía llevar a su hija al Perú durante tres días, debiendo regresar el tres de mayo del año dos mil diez, lo cual no cumplió por ello de conformidad con la Convención de La Haya, se ha configurado la violación de la precitada convención.

2. Que por resolución número uno de fojas sesenta y tres se ha admitido la demanda, siendo que por escrito de fojas doscientos treinta y seis a doscientos cuarenta y nueve, la demandada cumple con contestar la demanda, señalando que desde que ella salió embarazada el demandante cambió su actitud para con ella, y luego descubrió que fue por infidelidad; hecho que lo descubrió cuando fue a la casa de la hermana de este, siendo luego agredida por la espalda y con insultos, intentando quitarle a su hija que tenía en brazos, hecho que puso en conocimiento de la Policía; ante esto al retornar

el demandante a su casa le gritaba que se vaya, y los familiares de él también sentaron cinco reportes ante la policía en su contra aduciendo que ella había agredido al demandante, a continuación la demandada narra que no obstante lo ocurrido su esposo visitaba a la menor e incluso ella permitió que dicha menor pueda dormir con su padre quien ya vivía con su amante; y así fue que a lo largo de las visitas, fue advirtiendo los hechos que ponían en riesgo a su hija; es así que en enero del año dos mil nueve su hija presenció una pelea entre el demandante y su nuevo compromiso en total estado de ebriedad; asimismo indica que el carácter agresivo y violento del demandante queda evidenciado con una serie de arrestos policiales que protagonizó en el año dos mil uno.

3. Que agrega que otro hecho en su contra fue en abril de dos mil nueve, cuando le pidió que le devuelva el anillo que este le había regalado en el año dos mil siete, y como no lo tenía en ese momento le ahorcó el cuello y la cara, del cual logró retirarse; es así que ella se ha apersonado a diferentes instituciones como al departamento de asistencia a las víctimas de violencia doméstica pero no logró nada pues estaba fuera de su jurisdicción, asimismo al FBI pero tampoco podían ayudarla directamente; es así que decidió plantear el divorcio en los que entre otros aspectos las partes estaban de acuerdo que su hija viva con ella pero pase tres noches y media por semana con su padre; de otro lado la resolución final del divorcio incorporó el acuerdo de mediación al cual arribaron las partes con fecha diecinueve de marzo del año dos mil diez, en que acordaron: "en el caso de que uno de los padres no pueda cuidar del hijo durante su tiempo estipulado y durante una o más noches, ese padre le dará al otro el primer derecho de cuidar al hijo, antes de hacer los arreglos para el cuidado alterno del menor" y que "ambos padres se pondrán de acuerdo en la persona que cuidará del menor. Antes de contratar una persona para que cuide del menor, los padres entre sí, primero se darán la oportunidad de cuidar al hijo"; acuerdo que nunca cumplió el demandante pues el contaba con niñeras e incluso le dijo que pondría a su hija a una guardería; señala además que las niñeras encargadas por el actor han sido protagonistas de arrestos; asimismo el padre también dejaba a su hija con su hermana quien es amiga del señor J.T. quien ha sido procesado por violación, lo cual le causaba preocupación pues no podía entender que el padre era capaz de exponer a su hija y prefiera poner en riesgo su integridad.

4. Que luego de otros argumentos señala que todos estos hechos le forzaron a no retornar a los Estados Unidos de Norteamérica, ya que una vez que vino al Perú pudo darse cuenta que su hija tendría el ambiente ideal para crecer y desarrollarse como es debido, por fin estaría rodeada de una familia que la quiera y la haga sentir protegida, habiendo su niña empezado en el nido; agrega que cuando viajó al Perú fue con total conocimiento expreso del padre, y si bien no retornó fue porque fue intervenida quirúrgicamente por una hernia que padecía, a raíz de la cual se le prescribió descanso médico

por quince días, hecho que fue comunicado al juzgado; asimismo señala que hasta la fecha no ha regresado a los Estados Unidos de Norteamérica porque a su llegada será arrestada, ya que el demandante en una actitud totalmente deshonesta ha solicitado al juez que sea arrestada en caso de reingreso, lo cual le llena de mucha angustia y preocupación ya que no puede concebir la idea de estar separada de su pequeña por lo que se deberá declarar infundada la demanda; que citadas las partes a audiencia esta se ha llevado con la presencia de las partes conforme consta en las actas que corren de fojas doscientos sesenta a doscientos sesenta y nueve, acta de fojas doscientos setenta y doscientos setenta y dos en que se ha prescindido de la entrevista de la menor S.L.R.

CONSIDERANDOS:

1. Que mediante la "Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" del cual el Perú es parte, los Estados signatarios de la citada Convención, han resuelto proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podrían ocasionarle un traslado o retención ilícita, estableciendo procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita, convenio que entró en vigencia el primero de agosto del año dos mil uno; siendo que a mayor abundamiento la "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", vigente para el Perú desde el primero de abril del año dos mil cinco, tiene igualmente por objeto asegurar la pronta restitución de menores.

2. Que siendo ello así corresponde analizar los fundamentos señalados por la a quo al emitir la resolución número siete que fuera impugnada por la demandada y concedida con la calidad de diferida; en ese sentido la a quo sustenta su decisión en que en el proceso de Restitución Internacional no se evalúa cuál de los padres tiene mejores condiciones para ejercer la custodia, sino únicamente las condiciones del traslado previstas en la Convención, es por ello que en el entendido que la prueba pericial ofrecida por la demandada se orienta a establecer hechos ajenos a la materia controvertida es que declara Improcedente las pericias ofrecidas por la demandada en su escrito de contestación de demanda.

3. Que por su parte la demandada sustenta su impugnación en que la a quo ha cometido un error al declarar improcedente la evaluación psicológica y psiquiátrica del demandante, la evaluación psicológica de la menor y la visita social en su domicilio, pues no estaría obligada a la restitución del menor, si se demuestra un grave riesgo si se expone a un peligro grave, físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; por lo que señala que resulta fundamental determinar cuál es el estado psicológico del demandante ya que de ello dependerá que su hija

no se encuentre expuesta a ningún peligro, más aún si el padre siempre se encuentra rodeado de mujeres, fiestas y alcohol, ambiente que resulta perjudicial para estado tanto físico como psicológico de su hija, en el ambiente actual que le es muy positivo para su crecimiento, ya que por fin su hija está integrada a una familia asistiendo en la actualidad a un nido, encontrándose totalmente identificada en nuestro país.

4. Que siendo ello así, si bien el artículo 30 de la Convención prescribe como regla general que: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención; agrega la norma en su último párrafo: El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado; también lo es que el artículo 12 de la citada Convención, establece una de las excepciones a dichas reglas. En efecto el segundo párrafo dispone. La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio".

5. Que en tal sentido la menor se encuentra en nuestro país desde el 3 de mayo del año dos mil diez, es decir, a la fecha tiene un año y cuatro meses aproximadamente, por lo que se hace necesario que se cuente con elementos probatorios que tiendan a establecer si dicha niña está integrada a su nuevo medio, por consiguiente si bien es cierto que la demandada ha ofrecido como medios probatorios pericias en la persona del demandante, las que son impertinentes para el presente proceso; también lo es que la indicada demandada ha ofrecido como medio probatorio visita social y evaluación psicológica respecto de la menor, los cuales resultan ser relevantes al momento de resolver el fondo del proceso, tanto más si en autos no obra información sobre "situación social" proporcionada por Autoridad Central u otra Autoridad Competente del lugar de residencia habitual de la menor a que se refiere el último párrafo del artículo 13 de la misma Convención, supuesto que acarrea un vicio insalvable al haberse emitido tanto la indicada resolución número siete y por tanto en la sentencia, al haberse emitido esta con infracción de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil.

IV. DECISIÓN DEL VOTO

Declararon **NULA** la resolución número siete emitida en el acto de la audiencia de fecha veintisiete de enero del año dos mil once que corre de fojas doscientos sesenta a doscientos sesenta y cuatro, en el extremo que declara Improcedente la prueba pericial ofrecida respecto de la menor con todo lo demás que al respecto contiene; y por ende **NULA** la sentencia de fojas seiscientos sesenta y uno a seiscientos sesenta y siete, su fecha veintiocho de junio de dos mil once que declara Fundada la demanda interpuesta por don W.T.L.R. contra doña R.M.L.N. y en consecuencia se ordena la Restitución inmediata de la menor hija S.L.R. a los Estados Unidos de Norteamérica con todo lo demás que contiene; y reponiendo el proceso al estado que corresponde, se admite la evaluación psicológica de la menor y visita social en el domicilio materno ofrecido por la demandada en su contestación de demanda; en consecuencia se **ORDENE** a la a quo disponga la realización de dichas pericias y emita nueva sentencia; asimismo **ADVIRTIÉNDOSE** que no se ha formado el cuaderno de apelación a que se refiere la resolución numero diecisiete de fojas seiscientos veintitrés, cumpla la especialista legal en el día y bajo responsabilidad con supervisar la formación y elevación del mismo, recomendándose por esta única vez a fin de que ponga mayor celo en el ejercicio de sus funciones.

VÁSCONES RUIZ
TORRES VALDIVIA

Tenencia: Criterios a tenerse en cuenta

Debe tomarse en consideración que la menor permaneció mayor tiempo con su madre desde la separación de la pareja habiéndose demostrado imposibilidad alguna para que esta siga ejerciendo derecho si se trata de buscar su estabilidad, pues tal como ha señalado el Tribunal Constitucional es prioritario tomar en cuenta la vulnerabilidad de los seres humanos en su proceso de formación, "se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológicos, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya destacado que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos". En ese sentido, se otorga la tenencia de la menor a la madre.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1398-09
MATERIA : TENENCIA / APELACIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO ONCE

Lima, tres de marzo del año dos mil diez

VISTOS: Interviniendo como ponente la Jueza Superior Álvarez Olazábal; de conformidad en parte con lo opinado por la representante del Ministerio Público, en su dictamen de fojas seiscientos sesenta y uno a seiscientos setenta y uno, y oído el informe oral y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que, viene en grado de apelación la sentencia de fecha once de setiembre del año dos mil nueve, de fojas seiscientos siete a seiscientos quince, que declara fundada la demanda sobre tenencia y custodia interpuesta por doña E.T.C. con don A.R.S.T., en consecuencia, se otorga la tenencia y custodia de la menor A.Y.S.T. a su señora madre; asimismo fundada la demanda acumulada sobre régimen de visitas a su favor, a fin de que pueda compartir periodos de convivencia con su menor hija, todos los días domingos de diez de la mañana a ocho de la noche (a excepción del día de la madre) y los días lunes, martes, miércoles, jueves y viernes de seis de la tarde a ocho de la noche siempre que no interfiera en las horas de actividades académicas en el centro de estudio de

la menor, pudiendo ser las visitas con externamiento, debiendo don Alfredo Ricardo Sandón Trillo retirar y retornar del hogar materno a su menor hija, en la hora indicada.

SEGUNDO: Que, el apelante fundamente sus recursos impugnatorios básicamente en lo siguiente: 1) Que, el a quo no ha tenido en cuenta lo normado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado debe considerarse el Interés Superior del Niño; 2) Que, no se ha tenido en cuenta, el acuerdo reflejado en el Acta de Conciliación modificada de Carabayllo, en el sentido que a partir del mes de junio del año dos mil ocho, el recurrente ejercería la tenencia; 3) Que, no se ha atenido en cuenta lo establecido en el inciso a) del artículo 84 del acotado código; 4) Que, no se ha tenido en cuenta la opinión de la menor quien desea vivir con su padre; 5) Que, nos e ha tenido en cuenta el proceso seguido entre las partes ante el Juzgado Mixto Transitorio de Carabayllo, que ha otorgado medida cautelar de urgencia, prohibiendo a la demandante Esther Torres Cáceres, acercarse a un radio de trescientos metros a la redonda del domicilio y del centro de estudios de la niña cuya tenencia es materia de litis, bajo apercibimiento de disponerse su detención.

TERCERO: Que, conforme lo preceptuado en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, "cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescente se determina de común acuerdo entre ellos, tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior de niño, niña o adolescente, en ese sentido, reiterada jurisprudencia como la Casación Nº 1738-2000, Callao, establece que: La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sea más favorables al menor y en busca de bienestar, estos, teniendo como norte interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro".

CUARTO: Que, es necesario resaltar que dentro de nuestro ordenamiento procesal civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos, para producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones conforme a lo establecido en el artículo 196 concordante con el artículo 188 del Código Procesal Civil.

QUINTO: Que, de la revisión de autos se advierte que doña E.T.C., interpone demanda de tenencia y custodia respecto de su menor hija A.S.T. de seis años de edad, en razón de que su progenitor, con engaño la sustrajo del colegio el día trece de junio de dos mil ocho, teniéndola en su poder hasta la fecha, y no le permite tener contacto con ella.

SEXTO: Que, por su parte el demandado contesta la incoada manifestando que la accionante arribó a un Acuerdo Conciliatorio N° 32/08/D/MDC/78-08 de fecha de tres de febrero de 2008, mediante el cual esta ejercería la tenencia de la hija, sin embargo ella no le permitía ver a su niña, lo cual lo llevó a demandar un régimen de visitas ante el Cuarto Juzgado Mixto de San Lurigancho (Exp. N° 154-08); aunado a ello la menor le contó que era maltratada por su mamá y que esta le daba mayor atención a un amigo que la visitaba e incluso en una oportunidad al encontrarlos juntos en su habitación, ella la amenaza que no contara a nadie sino Dios la iba a castigar (ver fojas ciento diez a ciento diecinueve); que mediante resolución número doce de fecha veintiuno de octubre del mismo año, el juzgador dispuso la acumulación de los dos procesos incoados tanto de tenencia como el de régimen de visitas (ver fojas doscientos cuarenta y siete).

SÉTIMO: Que, dada la importancia de los informes multidisciplinarios a efectos de poder resolver de manera integral el problema humano que subyace en el presenta proceso, se analizará el resultado de tales evaluaciones, empezando por el Informe Psicológico practicado a la demandante, del cual se advierte que presenta tendencia a la extroversión, sociable, sus relaciones con las personas de su entorno en ocasiones puede ser convencida fácilmente y evita entrar en conflicto con los demás, se considera débil y frágil ante el momento que atraviesa, lo que influye en su estado emocional, por lo que busca apoyo en otras personas para solucionar conflictos, concluyendo: "las características de la evaluada, se encuentra dentro de los parámetros de la normalidad, por lo que desde el punto de vista psicológico no existe impedimento para la ejecución de su rol materno (...)" fojas cuatrocientos noventa y seis a cuatrocientos noventa y ocho).

OCTAVO: Que, asimismo del Informe Psicológico efectuado en la persona demandada, se aprecia "es una persona con tendencia introvertidas establece pocas amistades, pero superficialmente interactúa de forma adecuada, en el entorno más íntimo tiende a ser cambiante, ser ofensivo y fácilmente muestra una actitud a la defensiva ante las opiniones de los demás las cuales en ocasiones le genera conflicto pero logra evitarlos, tratando de mantener una relación aparentemente estable. Se considera débil y frágil, busca apoyo en otras personas para solucionar sus conflictos, en determinadas situaciones muestra conductas infantiles e inmaduras, presenta dificultades para decidir por sí mismo, muestra sentimientos de tensión, es indeciso, tiende a generar diversidad de malestares físicos (...), para concluir el evaluado se encuentra dentro de los parámetros de la normalidad existe impedimento para la ejecución de su rol paterno (...)" así es de verse de fojas quinientos veintinueve a quinientos treinta y dos.

NOVENO: Que, en relación al Informe Psicológico practicado a la menor hija de las partes, se observa "es una niña adaptable a los demás, con una conducta controlada y estable, con capacidad para dar y recibir afecto, expresa necesidades afectivas que en su entorno cercano no se están cubriendo, demanda ello en las relaciones que establece con su entorno amical y familiar, mostrando así una conducta adaptable, la niña muestra afecto por ambos padres, aunque mayor

afecto por la imagen paterna, identificándose con él y asumiendo las dificultades que el padre pasa como propios, en la entrevista ha podido apreciarse influencia de la imagen paterna en las opiniones y expresiones de la menor que refiere sentirse mejor con el padre porque él la atiende y le da mucho amor y que si está con su mamá ella no le permitiría ver a su papá y a su abuelita (...)", para luego concluir: "La orientación a los padres se hace necesaria de tal manera que distinguen entre sus intereses y deseos, de las necesidades de su hija, debe propiciarse e incrementarse los contactos entre la madre y la menor, de tal manera que se establezca la imagen materna, puesto que la menor, de tal manera que distingan entre sus intereses los contactos entre la madre y la menor, de tal manera que se establezca la imagen materna, puesto que la menor refiere quererla pero le da temor estar con ella ya que la madre no le permitiría ver a su padre, independientemente de que padre obtenga la tenencia, sería recomendable que la menor mantenga contacto con ambos, puesto que el afecto de los padres es único y no sería sustituido y que con el tiempo podría influenciar en su estado emocional" (fojas quinientos veintiséis a quinientos veintiocho).

DÉCIMO: Que, otra de las apreciaciones profesionales a tomar en cuenta es el Informe Social efectuado en el hogar materno, del que se aprecia que la demandante alquila un departamento en el distrito de Breña, dentro de un condominio cerrado, cuenta con todos los servicios básicos y el mobiliario necesario en el hogar, siendo que en la actualidad lo habita con su hermana G.T.C.; trabaja en el Poder Judicial, cuenta con un ingreso fijo, además de vender productos de belleza y recibe el apoyo económico de su padre que trabaja en España (ver fojas quinientos treinta y cinco a quinientos treinta y ocho).

UNDÉCIMO: Que, del Informe Social realizado en el hogar paterno que corre a fojas quinientos cuarenta a quinientos cuarenta y tres, se advierte que el demandado labora igualmente en el Poder Judicial, percibiendo un ingreso fijo, comparte los gastos con su padre a quien pertenece el inmueble donde vive, cuenta con los servicios básicos, el inmueble se encuentra ubicado en la zona de Carabayllo, Comas, apreciando la profesional "la situación económica del demandado es estable, trabaja desde hace varios años en el Poder Judicial, en el área de notificaciones, cuenta con un ingreso fijo de mil doscientos cincuenta soles mensuales, con lo cual cubre íntegramente los gastos básicos de su hija, los gastos del hogar comparte con su padre quien también trabaja, su madre está dedicada al hogar y le apoya en el cuidado y atención de su hija en horas que él se encuentra trabajando (...)", por su parte la menor indicó que "su abuelita es quien la cuida, le da de comer, la lleva y la recoge del colegio, que su papá trabaja todo el día y es quien paga su colegio, le compra las cosas que necesita, señaló que su papá es bueno, cariñoso, la trata bien y quiere seguir viviendo con él, cuando se le preguntó sobre progenitora, la niña se queda callada, no quiere hablar, no sabe explicar los motivos por si cual no desea ver a su madre, solo indicó que tiene miedo que se la lleve, pero que actualmente no la visita".

DUODÉCIMO: Que, de la declaración de parte del demandado prestada en la continuación de la audiencia única, se advierte que los fines de semana llevaba a la menor a casa de sus padres, pero en ocasiones, pese a que coordinaba telefónicamente con la demandante, cuando llegaba a recogerla no la encontraba, lo que lo motivó a entablar la demanda de régimen de visitas, reconociendo que a la fecha la demandante únicamente ha visto a su hija los días de las audiencias en que han asistido al juzgado (ver hojas quinientos cinco a quinientos siete).

DÉCIMO TERCERO: Que, por su parte la demandante ha señalado en su declaración, que la niña ha permanecido mayor tiempo conviviendo con ella desde el once de febrero de dos mil ocho en que separaron los padres, porque así se acordó en el acta de conciliación extrajudicial ante la Demuna, pero que el catorce de junio del citado año, el demandado le arrebata a su hija hasta enero de dos mil nueve, fecha en que logra recuperarla, para posteriormente el día primero de abril de dos mil nueve, arrebatársela el demandado nuevamente, y hasta la fecha sigue viviendo con él, no teniendo comunicación con la madre porque no le permite verla ni hablarle por teléfono, desconociendo los motivos de dichas restricciones y solo ha visto a su hija en las audiencias señaladas por el juzgado tal como el mismo ha aceptado (ver fojas quinientos siete a quinientos ocho).

DÉCIMO CUARTO: Que, entrevistada la niña A.Y.T.S. de seis años de edad, refirió que vive con su papá, su abuelita S. sus tíos y primos, siendo su abuelita quien se encarga de atenderla, y agrega que quiere a su mamá y a su papá, y al ser preguntada con quién le gustaría vivir, respondió "con mi papá porque él me lleva a todas partes y con mi mamá hay veces que me aburro porque ella me llevaba a juegos que me aburrían", y al ser preguntada con quien quiere irse, expresó con su papá (ver fojas quinientos nueve).

DÉCIMO QUINTO: Que, asimismo en la audiencia de fecha primero de julio del año dos mil nueve, de fojas quinientos cinco, se admitió como medio probatorio el audio del CD ofrecido por la demandante, cuya transcripción corre de fojas cuatrocientos setenta y siete a cuatrocientos setenta y ocho, del cual se aprecia que la accionistas sí permitía la comunicación entre padre e hija, coadyuvando de esa manera a fortalecer los lazos paternofiliales.

DÉCIMO SEXTO: Que, en relación al Acta de Conciliación ante de Demuna modificada en junio del año dos mil ocho, a la que hace referencia el apelante, cabe resaltar que conforme aparece en su contestación de demanda de fojas ciento diecinueve, este señaló: "de manera verbal la demandante aceptó que ni persona se encargaría de nuestra hija, hasta que se recupere emocionalmente por los maltratos psicológicos que su propia madre le ocasionada, con las terapias de un profesional favor de nuestra hija, dejando constancia en la Demuna con la Sra. C.R.A.Z., la cual no quiso firmar pero quedó inscrito", en tal sentido no ha quedado plasmado en el documento tal voluntad de entregar la tenencia de su menor hija a favor del progenitor, por lo que dicho extremo, no se encuentra

acreditado, más aún si en el documento acompañado se extrae que todo acuerdo era transitorio en tanto se resolviese judicialmente el presente proceso.

DÉCIMO SÉTIMO: Que, de los medios probatorios aportados al proceso se aprecia que la niña vivió con ambos padres hasta el doce de febrero del año dos mil ocho en que se produjo la separación (ver constancia policial de fojas cinco), para luego ellos acordar que la madre ostentaría la tenencia (ver Acta de Conciliación N° 32/08/D/MDC/78/08 de fojas cuatro); que, con fecha trece de junio de dos mil ocho, el demandado se lleva a la niña a la salida del colegio y comunica vía telefónica a la actora, que se hace cargo de ella (ver fojas treinta y tres), acciones que se encuentran corroboradas con lo expresado por el propio demandado, siendo en esta circunstancia que estando la niña ya en el hogar paterno, le comenta a su padre que no quería regresar al hogar materno por tener temor al amigo que llevaba a casa la demandante, afirmación que no se encuentra sustentada en autos con prueba objetiva, y por el contrario del informe psicológico de la menor A. la psicóloga ha percibido la influencia de la imagen paternal, respecto a las opiniones y expresiones de la niña tal como se señaló en el noveno considerando de la presente; que, igualmente se tiene en cuenta que los informes psicológicos de los progenitores, acreditan que se encuentran aptos para asumir la tenencia de su menor hija, por lo que se hace necesario recalcar que los casos sujetos a resolución judicial en los que estén involucrados derechos de niños o adolescentes, deben ser tratados como problemas humanos, teniendo siempre en consideración el interés superior de aquellos, así como el respeto a sus derechos, de acuerdo a lo previsto en los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

DÉCIMO OCTAVO: Que, es por ello que se tiene en cuenta igualmente que fue el propio demandado quien planteó un régimen de visitas en su favor, iniciativa que resultaba coherente a aquel acuerdo expresado en el Acta de Conciliación ante la Demuna, que sea la madre quien ejerza la tenencia para el mantener una relación paternofilial adecuada mediante un régimen de visitas, que al llevarse a la niña a su hogar en contra de la voluntad de la madre y no permitir el contacto con su menor hija, él no aporta a su seguridad ni a su estabilidad emocional, máxima si la medida cautelar dictada en el Expediente N° 528-2008 sobre violencia familiar, que se tramita ante el Juzgado Mixto Transitorio de Carabayllo –fojas 650 a 884– es por naturaleza, provisoria y variable, y está referida a hechos de violencia entre personas adultas integrantes de la familia paterna como materna, de los que lamentablemente hacen víctima a la niña, arrebatándola como si se tratara de un objeto y no de un ser humano cuya integridad psíquica debe ser conservada, precisamente como una obligación principal de ambos progenitores.

DÉCIMO NOVENO: Que en efecto tal como se advierte del tercer considerando dicha resolución cautelar, la premisa fáctica de la que parte el a quo, es que se encuentra en el hogar paterno, ni se vincula al acuerdo conciliatorio adoptado

por ambos progenitores, por lo que evidencia información sesgada, y tal como sea la propia resolución, siendo una medida provisional, no establece o imprime criterio determinado en cuanto al pedido de fondo del presente proceso.

VIGÉSIMO: Que, debe tomarse en consideración igualmente que la niña ha permanecido mayor tiempo con su madre desde la separación de la pareja habiéndose demostrado imposibilidad alguna para que esta siga ejerciendo derecho si se trata de buscar su estabilidad, pues tal como ha señalado el Tribunal Constitucional es prioritario tomar en cuenta la vulnerabilidad de los seres humanos en su proceso de formación "se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológicos, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De allí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos".

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, el Alto Tribunal ha sentado doctrina en cuanto al Derecho de los padres o patria potestad, en el sentido que debe ejercerse en función al Principio del Interés Superior del Niño: "A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustentado en el principio-derecho de dignidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y el bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2 inciso 1) de la Constitución".

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, si bien la señora Fiscal Superior opina por la modificación del régimen de visitas establecido por la a quo, debe tomarse en consideración que no ha sido expresado dentro de los agravios del recurrente, en este extremo, por lo tanto aquello que en materia de revisión es la decisión sobre la tenencia, cuyos fundamentos comparte este colegiado, por lo que la resolución impugnada se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho; por estos fundamentos: **CONFIRMARON** en todos sus extremos, la sentencia de fecha once de setiembre de dos mil nueve, de fojas seiscientos siete a seiscientos quince, que declara fundada la demanda de Tenencia y Custodia de la menor A.Y.S.T., interpuesta por E.T.C. contra A.R.S.T., en consecuencia otorga la tenencia y custodia de la menor A.Y.S.T. a su madre doña E.T,C.; fundada la demanda de Régimen de Visitas interpuesta por don A.R.S.T., a fin de que pueda compartir periodos de convivencia con su menor hija, todos los días domingos de diez de la mañana a ocho de la noche (a excepción del día de la madre) y los días lunes, martes, miércoles, jueves y viernes de seis de la tarde a ocho de la noche siempre que no interfieran en las horas de actividades académicas en el centro de estudio

de la menor, pudiendo ser las visitas con externamiento debiendo don A.R.S.T retirar y retornar al hogar materno a su menor hija A.Y.S.T. en la hora indicada, con lo demás que contiene, **EXHORTARON** a ambos padres se abstengan de cualquier situación que implique conflicto entre ellos y mejoren el nivel de la comunicación cuando estén el presencia de su hija, asimismo, depongan cualquier actitud que entorpezca el cumplimiento de su hija, asimismo de que se ha establecido en beneficio de la menor, con lo demás que contiene, notificándose y los devolvieron.

TELLO GIRALDI
ÁLVAREZ OLAZÁBAL
CORONEL AQUINO

Tenencia: Padre tiene derecho a visitar a su hija a efectos de mantener el contacto directo

Cuando la pretensión de tenencia instaurada en contra de una misma persona (en este caso el apelante), se circunscriben esencialmente en los hechos del lazo filial con su hija, el alejamiento unilateral de la madre (y, por ende, el de su hija) del hogar conyugal y la prohibición de la madre a que el padre vea a su hija; estos de ninguna manera pueden soslayar el derecho del padre de visitar a su hija a efectos de mantener el contacto directo: paternofilial.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1126-09
MATERIA : RÉGIMEN DE VISITAS - AUTO

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO

Lima, cinco de noviembre del año dos mil nueve

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente la señorita Vocal Coronel Aquino; a la vista los autos principales acumulados seguidos por las mismas partes, que se devolverán; con lo opinado por la Señora Representante del Ministerio Público, según dictamen de fojas 73/76; y,

ATENDIENDO:

PRIMERO: Que, viene en grado de apelación la resolución número dos, de fecha veintinueve de mayo del año dos mil nueve, de fojas 53, que resuelve declarar improcedente la solicitud cautelar peticionada, archivándose de forma definitiva el presente cuaderno cautelar (régimen provisional de visitas a favor del progenitor don Pedro Uriarte Laynes).

SEGUNDO: Que, el apelante fundamenta su recurso esencialmente en que el a quo rechaza su pedido, por supuestos maltratos psicológicos materia de un proceso de violencia familiar denunciados en su contra, el que encontrándose en trámite debe aplicarse el principio de presunción de inocencia y hacer prevalecer las pruebas objetivas.

TERCERO: Que, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, siendo de naturaleza provisional, instrumental y variable; que para su procedencia es necesario la presencia de tres presupuestos básicos: 1) La verosimilitud del derecho invocado; 2) El peligro en la demora; y 3) La contracautela, los que deben estar presentes en forma conjunta, de tal modo que la ausencia de uno de ellos, impida al Órgano Jurisdiccional adoptar dicha medida; que en el caso de autos acumulados, si bien la pretensión principal es la de tenencia, el artículo 84 del citado

Código otorga facultades al juzgador de fijar un régimen de visitas al padre o madre que no obtenga la tenencia.

CUARTO: Que, tratándose de una medida temporal sobre el fondo de la controversia, para determinar si es amparable provisionalmente su pedido debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, así como también lo dispuesto en el artículo 150 del mismo Código.

QUINTO: Que, fluye de la revisión del cuaderno de apelación, que don P.M.U.L. solicita se le conceda un régimen provisional de visitas, respecto de su menor hija A.A.U.S. de nueve años de edad (fojas 30) fundamentando que siempre ha tenido un lazo filial con su menor hija, hasta que con fecha dieciocho de febrero de dos mil ocho, unilateralmente la emplazada la alejó del hogar conyugal, viéndose obligado a iniciar un proceso de tenencia y custodia de su citada hija, dado que la misma corre un peligro eminente al encontrarse viviendo bajo la misma casa de la persona, que atribuye, haber agredido sexualmente a su hija (actos contra el pudor), el hermano de la emplazada, el que ha sido materia de una denuncia penal; hechos que han dado origen a que la emplazada no le permita visitas a su hija; acompaña contestación policial de fojas 16 y a fojas 40 obra la boleta de pago, por la que acredita el cumplimiento de la obligación alimenticia.

SEXTO: Que, de autos principales fluye que tanto las pretensiones de tenencia como la denuncia de violencia familiar instaurada en su contra del apelante, se circunscriben esencialmente en los hechos a que se refiere el quinto considerando del presente; los mismos que de ninguna manera pueden soslayar el derecho del padre de visitar a su hija a efectos de mantener el contacto directo, paterno-filial con la niña; por cuyas razones: **REVOCARON** la resolución materia de apelación, la que reformándola, **ADMITIERON** a trámite la medida cautelar de Régimen de Visitas solicitadas por don P.M.U.L.; **DISPUSIERON:** Que la a quo ordene las evaluaciones psicológicas y sociales de los padres y la referida menor, para emitir la resolución con arreglo a derecho; notificándose y los devolvieron.

TELLO GIRALDI
CORONEL AQUINO
MENDOZA CABALLERO (e)

Tenencia: A favor de la madre por falta de interés del padre demandado

El presente proceso ha sido seguido con las garantías establecidas por nuestro ordenamiento legal, habiendo notificado al demandado con las resoluciones judiciales en su domicilio procesal, pese a lo cual no concurrió a la audiencia, ni se sometió a la evaluación sicológica dispuesta por el a quo como prueba de oficio, apreciándose que el demandado únicamente participa cuando interpone recurso de apelación contra la sentencia, por lo que siendo que la apelada ha sido dictada conforme a ley, al haberse valorado debidamente la evaluación siquiátrica y sicológica de la demandante, así como la evaluación sicológica de la menor, quien además fue entrevistada por la juzgadora, y siendo que ha vivido más tiempo con su madre, corresponde que esta ejerza su tenencia.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 135-2008
MATERIA : TENENCIA
DEMANDANTE : M.C.L.R.
DEMANDADO : L.E.S.M.

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Lima, dieciséis de diciembre de dos mil once

VISTOS: oído el informe oral, e interviniendo como ponente la señora Juez Superior Capuñay Chávez, con el expuesto por la Señora Fiscal Superior en su dictamen de fojas trescientos treinta y cuatro a trescientos treinta y cinco, y con el oficio remitido por la Segunda Sala Especializada de Familia.

I. MATERIA DE APELACIÓN

Sentencia de fecha diecinueve de abril de dos mil once, que ocurre de fojas doscientos setenta y ocho a doscientos ochenta y cinco, que declara fundada la demanda y en consecuencia concede la tenencia de la niña A.M.S.L. a su madre doña M.C.L.R., concediéndose un régimen de visitas a favor del padre, que se efectuará el primer y tercer domingo de cada mes en el horario de dos de la tarde a seis de la tarde con externamiento, y el segundo y cuarto sábado de cada mes en el horario de dos de la tarde a seis de la tarde con externamiento.

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El demandado sustenta su apelación en la excepción de litispendencia que dedujo señalando que con anterioridad a este proceso, existía otro sobre la misma materia en el juzgado de familia de El Agustino, indicando que debió haberse

oficiado a dicho juzgado para que informe sobre la duplicidad de procesos que existiría y que podría generar sentencias contradictorias violándose el debido proceso, incurriendo con la figura de la acumulación, señalando además que la apelada le produce agravios porque se ha vulnerado su derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso si se tiene en cuenta los vicios de los que adolece, ya que se le ha recortado su derecho de defensa.

III. ANTECEDENTES

3.1. Con fecha siete de febrero de dos mil ocho, doña M.C.L.R. interpuso demanda de tenencia de su menor hija A.M. contra don L.E.S.M. argumentando que la menor fue procreada durante el periodo convivencial que tuvo con el demandado por espacio de tres años. En enero de dicho año, la demandante acompañada de su menor hija, se presentó ante el demandado a fin de reclamarle el cumplimiento de su obligación, siendo que este le pidió que le deje a la niña para ir a retirar el dinero, pasearla, diciéndole que retorne a las seis de la noche para recogerla y hacerle entrega del dinero, a lo cual la demandante accedió, sin embargo refiere que a la hora acordada, el padre no le hizo entrega de la menor negándose a devolvérsela hasta la fecha de interposición de la demanda.

3.2. El demandado presentó escrito deduciendo la excepción de litispendencia, señalando que el proceso es idéntico a otro sobre la misma materia y seguido por las mismas partes ante el juzgado de familia del módulo básico de justicia de El Agustino, Expediente N° 842-2007, acompañando reporte de seguimiento de expediente, al cual recayó la resolución número siete. En la que se dispuso que el demandado haga valer su derecho en la audiencia respectiva, de conformidad al artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes, advirtiéndose además que el demandado fue declarado rebelde por resolución número ocho, habiéndosele notificado con dichas resoluciones en su domicilio procesal señalando a fojas ciento doce.

IV. CONSIDERANDOS

PRIMERO: Respecto a la excepción de litispendencia, cabe señalar que el demandado no concurrió a la audiencia única realizada el veintiocho de octubre de dos mil ocho, por lo que no pudo promover excepción alguna, pese a haber sido notificado que debió hacerla valer en el acto de audiencia, como se aprecia de la resolución número siete, la misma que no fuera apelada por el recurrente, habiendo quedado consentida, motivo por el cual no resulta pertinente que pretenda hacerla valer en la apelación contra la sentencia.

SEGUNDO: En cuanto a la duplicidad de procesos debido a la existencia del Expediente N° 842-2007, seguido por las mismas partes y materia ante el juzgado de familia de El Agustino, cabe señalar que dicho proceso quedó concluido sin pronunciamiento sobre el fondo mediante resolución número cinco de fecha veintitrés de abril de dos mil diez, la que fuera apelada por el recurrente, siendo

que la Segunda Sala Especializada de Familia por resolución de vista de fecha veinticuatro de enero del presente año, la declaró nula disponiendo que el a quo emita el pronunciamiento de oficio respecto a la acumulación de pretensiones con arreglo a lo establecido en el inciso 3) del artículo 88 del Código Procesal Civil, siendo sus principales fundamentos los considerandos quinto y sexto, en los que señala que se encontraba pendiente de emitir nueva sentencia el primer juzgado de familia, ya que la anterior sentencia había sido declarada nula por esta Sala Superior.

TERCERO: En lo que respecta a la acumulación, las razones que la justifican son "(...) la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero, que de otro modo darían lugar a diferentes contradictorios a que puede conducir la sustentación de pretensiones conexas en procesos distintos también la justifica"[(1)]. En el primer caso se obtiene una ventaja, respecto a ello cabe señalar que si bien la juez de familia de El Agustino expidió resolución disponiendo la acumulación del expediente seguido ante el primer juzgado de familia, cursando el oficio respectivo, como se aprecia a fojas doscientos noventa y tres y doscientos noventa y cuatro, dicha resolución tiene por fecha el primero de julio del presente año, esto es, cuando ya el juez del presente expediente había emitido resolución, lo que motivó la expedición de la resolución, lo que motivó la expedición de la resolución número veinte, que declaró la improcedencia de la remisión del expediente para su acumulación, advirtiéndose que la demora en disponer la acumulación es de la juez del Juzgado de Familia de El Agustino, por cuanto recién fue puesto a despacho el primero de julio de dos mil once, cuando la sentencia materia de grado fue expedida el diecinueve de abril del presente año.

CUARTO: Que, en el presente caso, al tratarse de una menor de edad, debe aplicarse el principio del interés superior del niño y del adolescente que se encuentra consagrado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, así como en el artículo IX del Título Preliminar de nuestro Código de los Niños y Adolescentes, que además en su artículo X establece que el Estado garantiza que en los procesos donde estén involucrados niños o adolescentes, estos serán tratados como problemas humanos; siendo que dichos principios "(...) implican el respeto a su dignidad humana, así como la búsqueda de su máximo bienestar, casi siempre relegado a un segundo plano frente a los conflictos de los adultos[(2)].

QUINTO: Que, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; c) para el que no tenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe

(1) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. pp. 199-200.
(2) Cas. N° 3863-2008-Lima.

señalarse un régimen de visitas conforme lo dispone el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes modificado por la Ley N° 29269.

SEXTO: Asimismo, es necesario destacar la importancia de la participación de ambos padres para el desarrollo del niño, por cuanto, el Tribunal Constitucional refiere que "(...) el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que exista razones determinantes en función del interés superior de aquel 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)].

SÉTIMO: El presente proceso ha sido seguido con las garantías establecido por nuestro ordenamiento legal, habiendo el demandado sido notificado con las resoluciones judiciales en su domicilio procesal señalado a fojas ciento doce, pese a lo cual no concurrió a la audiencia, ni se sometió a la evaluación sicológica dispuesta por el a quo como prueba de oficio, apreciándose que el demandado únicamente participa cuando interpone recurso de apelación contra la sentencia, como se aprecia a fojas doscientos cuarenta y nueve y a fojas doscientos noventa y ocho, por lo que siendo que la apelada ha sido dictada conforme a ley, al haberse valorado debidamente la evaluación siquiátrica y sicológica de la demandante, así como la evaluación sicológica de la menor, quien además fue entrevistada por la juzgadora, estando además a la edad de la menor siete años, y siendo que ha vivido más tiempo con su madre, corresponde que esta ejerza su tenencia, no habiéndose conculcado su derecho de defensa del apelante, por cuanto se le ha notificado con las resoluciones emitidas en este proceso en su domicilio procesal, por lo que no habiendo el recurso impugnatorio enervado los fundamentos de la apelada **CONFIRMARON** la sentencia de fecha diecinueve de abril de dos mil once, que corre a fojas doscientos setenta y ocho a doscientos ochenta y cinco, que declara Fundada la demanda y en consecuencia concede la tenencia de la niña A.M.S.L. a su madre doña M.C.L.R., concediéndole un régimen de visitas a favor del padre, que se efectuará el primer y tercer domingo de cada mes en el horario de dos de la tarde a seis de la tarde con externamiento, y el segundo y cuarto sábado de cada mes en el horario de dos de la tarde a seis de la tarde con externamiento, **EXHORTÁNDOSE**, a los padres para que den cumplimiento del horario señalado en bien de su menor hija; notificándose y los devolvieron.

CAPUÑAY CHÁVEZ
CABELLO MATAMALA
VÁSCONES RUIZ

(3) Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, de fecha siete de octubre de dos mil nueve.

Tenencia: A favor de abuelo materno en perjuicio del padre

Debe tenerse presente el hecho de que el menor involucrado en el presente proceso ha convivido mayor parte del tiempo con la madre y a partir de su deceso, con los abuelos maternos; asimismo es menester considerar que el menor de edad, a pesar de la pérdida de su progenitora se ha desarrollado de manera favorable a su edad y bienestar, tal como aparece de los documentos fotográficos y libretas de notas. Así, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: "El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable", norma que resulta de aplicación extensiva para el caso de los abuelos que solicitan la custodia de su nieto, en razón a las circunstancias particulares del presente caso.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1432-2009
MATERIA : TENENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE

Lima, veintinueve de enero del año dos mil diez

VISTOS: interviniendo como vocal ponente la señora Tello Gilardi; con lo expuesto por la señora Fiscal Superior en su dictamen a fojas mil veinte a mil veinticinco y,

CONSIDERANDO:

ASUNTO

Se eleva ante esta instancia la apelación interpuesta por don C.M.C.L. y don R.P.Y. debiéndose precisar que cada uno en su escrito pertinente cuestiona la resolución número sesenta y cuatro, de fecha quince de junio del año dos mil nueve, obrante a páginas novecientos noventa y seis a novecientos treinta y siete.

ANTECEDENTES

1. El presente proceso contiene una acumulación de pretensiones, en tanto ambas partes interpusieron demandas de tenencia, las cuales fueron acumuladas a fin de evitar sentencias contradictorias que pudieran afectar la seguridad jurídica.

2. Que mediante escrito que corre a páginas treinta y ocho a cuarenta y cinco, que corre en el Tomo I, don C.M.C.L. interpone demanda de tenencia respecto a su hijo C.M.C.P., quien a la fecha cuenta con once años de edad.

Refiere que con fecha cinco de julio del año mil novecientos noventa y siete contrajo matrimonio procrearon al citado menor; asimismo refiere que su matrimonio siempre fue de los más normales sin ningún tipo de problema. Indica que su esposa sufría de Vasculitis Cerebral, enfermedad que le afectaba el habla e incluso le paralizó la mano derecha, lo que le impedía que pudiera valerse por sí misma, por lo que de mutuo acuerdo decidieron que todos los días después de llevar a su hijo al colegio, él la llevaría a casa de su padres a fin que quede bajo el cuidado de ellos hasta que el recurrente retorne de su trabajo; sin embargo, repentinamente el día veinticuatro de junio de dos mil cinco, don R.M.P.Y., padre de su esposa, se la llevó a ella, y a su menor hijo, a vivir a su domicilio, lo que ocasionó que el recurrente realice la denuncia respectiva. Señala que en el mes de octubre de dos mil cuatro, su esposa fue hospitalizada en el Hospital de Policía, y que el padre de ella era quien administraba los haberes que percibía como miembro de la Policía Nacional, sin que el recurrente se opusiera a ello, incluso señala desconocer el motivo por el cual el padre de su esposa le hacía la vida imposible. Finalmente, señala que con fecha treinta de setiembre de dos mil seis su esposa fallece debido a la enfermedad que padecía, y es ahí en el velorio donde su suegro reconoce que había cometido muchos errores por lo que le pidió las disculpas del caso, las cuales el aceptó, pero el día seis de octubre de dos mil seis al acercarse el recurrente con su menor hijo a casa de sus suegros a fin de recoger los útiles del menor, este se lo arrebató haciendo ingresar al menor a su domicilio y profiriéndole varios improperios.

3. Por su parte, don R.M.P.Y., mediante escrito que corre a páginas seiscientos cuarenta y ocho a seiscientos cincuenta y cinco, que corre en el Tomo II, interpone demanda de tenencia respecto de su nieto C.M.C.P., señalando que el referido menor es hijo de su finada hija J.P.D., y que desde la fecha de su fallecimiento el menor se encuentra bajo su custodia, brindándole las atenciones y cuidados que el menor necesita, sin que su padre biológico se preocupe por él, pese a que en muchas oportunidades el menor se hizo presente en la casa de su progenitor, siendo rechazado por este y por su actual pareja quien tiene cinco hijos, situación que motiva a que el menor se resista a vivir junto a su padre y prefiera estar con la familia materna por sentirse más cómodo, refiere además que entre su fallecida hija y su esposo nunca existió una buena relación conyugal, siendo que por el contrario su hija fue víctima de maltratos físicos y psicológicos, las mismas que en algunas ocasiones fueron presenciales por su menor nieto.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Que los agravios denunciados en el recurso de impugnación interpuesto por don C.M.C.L., mediante escrito que corren de fojas novecientos cuarenta y siete a novecientos cincuenta y dos se sustentan en lo siguiente:

a) Que, la sentencia recurrida, perjudica gravemente su derecho a la tenencia y custodia de su menor hijo, desnaturalizando lo prescrito en los artículos 81 y

84 del Código de los Niños y Adolescentes, en tanto la tenencia compartida regulada en dicho cuerpo normativo, se refiere estrictamente a la existencia de conflicto entre los progenitores del niño, lo cual no ocurre en el presente proceso.

b) Que su menor hijo está siendo manipulado por el abuelo materno, perjudicando su educación y su futuro profesional, en tanto le incentiva a tener juguetes electrónicos de última generación.

c) Que el abuelo materno se ha valido en varias oportunidades de certificados médicos privados cuestionables, con la finalidad de no entregarle a su menor hijo los días que le corresponden visitarlo, conforme al acuerdo judicial provisional establecido.

A su vez, los agravios denunciados en el recurso de impugnación interpuesto por don R.M.P.Y., mediante escrito que corren de fojas novecientos cincuenta y siete a novecientos sesenta y uno, se sustentan en lo siguiente:

a) Que la resolución apelada es abusiva y prevaricatoria, ya que vulnera el derecho que le corresponde como abuelo materno en tanto representa a su hija fallecida, contraviniéndose así el artículo 84, inciso a del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Que la sentencia debió ser declarada fundada a su favor, pues están acreditados los antecedentes del demandado como mal padre, existiendo sentencias condenatorias por lesiones ante el Juzgado de Paz letrado de El Agustino, debidamente confirmadas.

c) Que, no se tuvo en cuenta que el pequeño C.M. no quiere vivir con su progenitor, al sentirse menos preciado por la familia de este, no contando con el padre, con las comodidades materiales que tiene con los abuelos maternos.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN JUDICIAL

PRIMERO: De conformidad con el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, los justiciables tienen derecho a que las resoluciones judiciales que se expidan en los procesos en los cuales intervienen, tengan una adecuada motivación o fundamentación que les permita conocer las razones por las cuales se concede o deniega su pretensión, por lo que es manester que el órgano jurisdiccional analice cada una de las argumentaciones impugantorias esbozadas en el escrito de apelación, en aras al respeto que amerita el debido proceso.

SEGUNDO: Asimismo, es importante destacar que el régimen de visitas, deberá de ser considerado como un tiempo mínimo de convivencia que se establecerá respetándose el interés superior del niño, conforme lo establece el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

TERCERO: Que de la revisión de actuados judiciales se advierte que el menor involucrado en el presente proceso convivió con su progenitora hasta el treinta de setiembre del año dos mil seis, fecha en que esta falleciera como consecuencia de la Vasculitis Cerebral que padecía, y desde entonces dicho menor permanece bajo la custodia de sus abuelos maternos.

CUARTO: Que a fojas doscientos sesenta y uno a doscientos sesenta y dos, obra el informe de Terapia Familiar, a través del cual se concluye que las dos familias no han logrado construir un espacio para deliberar en forma coherente sus diferencias de opinión y elaborar acuerdos.

QUINTO: Que entre las pruebas de oficio ordenadas por la a quo se encuentran los informes sociales en los domicilios de las partes, así se puede advertir a páginas setecientos el informe social respecto al domicilio de R.P.Y. (abuelo materno) apreciándose de los resultados que: "el señor R.P.Y. conforma un hogar constituido, al parecer la relación con su yerno no fueron armoniosas, el niño se encuentra identificado con sus abuelos maternos, vive en armonía, afecto, amor, cariño, siente el calor familiar de todos lo que lo rodean en la casa de los abuelos maternos"; a páginas setecientos ochenta y siete corre el informe social efectuado en el domicilio don C.M.C.L. (progenitor), teniendo como conclusiones lo siguiente: "el señor C.M.C.L. conforma un hogar disfuncional desde el fallecimiento de su esposa y la ausencia de su hijo, quien se encuentra con los abuelos maternos".

SEXTO: Que, a fojas mil veintiséis y mil treinta y tres y mil treinta y cuatro a mil treinta y nueve, obran las copias certificadas de los actuados de los Expedientes signados con los N°s 2007-00106-0-181-JP y 2007-00332-0-1812-JP-PE-01, conteniendo las sentencias emitidas por el primer Juzgado de Paz Letrado del módulo Básico de Justicia de El Agustino, en la cual fallan: condenando a don C.M.C.L. como autor de faltas contra la persona en agravio del menor C.M.C.P.

SÉTIMO: Que estos resultados deben concordarse con el hecho de que el menor involucrado en el presente proceso ha convivido mayor parte del tiempo con la madre y a partir de su deceso, con los abuelos maternos, asimismo es menester considerar que el menor de edad, a pesar de la pérdida de su progenitora se ha desarrollado de manera favorable a su edad y bienestar, tal como aparece de los documentos fotográficos y libretas de notas.

OCTAVO: Que, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece en su inciso a), que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: "El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable", norma que resulta de aplicación extensiva para el caso de los abuelos que solicitan la custodia de su nieto, en razón a las circunstancias particulares del presente caso. Debiéndose acotar que el mismo artículo en su inciso c) señala que "para que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescentes debe señalarse un Régimen de Visitas", derecho que tiene por finalidad afianzar los lazos paternofiliales

a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor, así como que las visitas no solo es un derecho de los padres, sino también de los hijos.

NOVENO: Que estando a los considerandos precedentes y al amparo de las normas procesales señaladas en concordancia con el principio de interés Superior del Niño y Adolescente previsto en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo tercero de la convención sobre los Derechos del Niño, fundamentos por los cuales; **CONFIRMARON** la sentencia que obra de fojas novecientos veintiséis a novecientos treinta y siete, que declara fundada la demanda acumulada de tenencia interpuesta por don R.M.P.Y., en su calidad de abuelo materno, respecto al menor C.M.C.P., **REVOCARON** la sentencia en el extremo que declara fundada parte la demanda de tenencia interpuesta por don C.M.C.L. en su calidad de progenitor, **REFORMÁNDOLA** declararon infundados la demanda de tenencia interpuesta por don C.M.C.L. en su calidad de progenitor, asimismo señalaron el siguiente régimen de visitas para el progenitor C.M.C.P..

1. **El PRIMER** y **SEGUNDO** fin de semana de cada mes recogerá a su hijo el día VIERNES a las seis de la tarde del hogar del abuelo materno o lugar donde se encuentra (si realiza alguna actividad o taller en dicho horario será al término del mismo) y los retornará al hogar del abuelo materno el día **DOMINGO** a las seis de la tarde. Asimismo los días **MARTES** y **JUEVES** recogerá a su hijo a la salida del colegio o lugar donde se encuentre (si realiza alguna actividad o taller será al término del mismo) y lo retornará al hogar del abuelo materno a las siete de la noche.

2. En época de **VACACIONES** recogerá a su hijo los días **MARTES Y JUEVES** a las dos de la tarde del hogar del abuelo materno o lugar donde se encuentre (si realiza alguna actividad o taller será al término del mismo) y lo retornará al hogar del abuelo materno a las siete de la noche.

3. En época de **VACACIONES DE VERANO** (enero), el menor permanecerá la segunda quincena de enero con su padre, pudiendo los abuelos maternos recoger al menor del hogar paterno el **TERCER SÁBADO DE ENERO** a los dos de la tarde, debiendo retonarlo al mismo a las siete de la noche.

4. **El DÍA DEL PADRE, CUMPLEAÑOS DEL PADRE y CUMPLEAÑOS DEL MENOR**, el niño permanecerá con el progenitor, previa coordinación con el abuelo materno en el horario que acuerden.

EXHORTARON a ambas partes a cumplir a cabalidad la presente decisión judicial, que tiene por finalidad asegurar la protección y cuidados necesarios para el bienestar del menor C.M.C.P. y el cumplimiento de todos los derechos que le corresponde. Asimismo, evitar toda conducta que pueda afectar su normal desarrollo físico, mental y espiritual en condiciones de libertad y dignidad, notifíquese y devuélvase.

TELLO GIRALDI
ÁLVAREZ OLAZÁBAL
CORONEL AQUINO

Tenencia compartida: Improcedencia por temores de la menor

Resulta necesario para la estabilidad de la niña, que ella se mantenga en el hogar materno en el cual ha crecido, no resultando admisible la propuesta del demandante para que se establezca una tenencia compartida, precisamente por los temores de la niña respecto a la conducta del progenitor.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1381-2009
MATERIA : TENENCIA / APELACIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO

Lima, veinte de enero del año dos mil diez

VISTOS; interviniendo como ponente la señora Jueza Superior Álvarez Olazábal, con lo expuesto por la representante del Ministerio Público en el dictamen de fojas 464/467, oído el informe oral; con los cautelares que se acompañan y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que, viene en grado de apelación la sentencia de fecha veintiuno de mayo del año dos mil nueve, de fojas 397/404, que declara infundada la demanda de tenencia y custodia interpuesta por don W.E.F.A. contra doña S.M.M.H., respecto de su menor hija J.J.F.M.

SEGUNDO: Que, el apelante fundamenta su recurso impugnatorio principalmente en lo siguiente: 1) Que, no se ha tenido en cuenta la conducta de la demandada, ya que esta ha mantenido relaciones sentimentales con un menor de edad, con quien ha procreado una hija, ha incurrido en la comisión de un delito, llegando a convivir con su menor hija en el mismo cuarto exponiéndola a peligros en contra de su integridad física ya que este la castigaba sin importarle ello a la demandada, poniendo en riesgo su indemnidad sexual; 2) Que, no se ha tenido en cuenta que el suscrito ha cumplido con asistirle con los alimentos, educación, vestimenta y otras necesidades básicas para su menor hija, efectuando depósitos judiciales al Cuarto Juzgado de Paz Letrado de Villa María del Triunfo (Expediente Nº 586-09); 3) Que, además no se ha tenido en cuenta la pericia psicológica practicada al recurrente en la cual sugieren el contacto entre padre e hija; 4) Que, la demanda ha influenciado a la menor manifestando hechos negativos e induciendo a su hija a manifestar hechos falsos.

TERCERO: Que, la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres, al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y

en busca de bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que al negarle la tenencia a uno de los padres ella le corresponde al otro.

CUARTO: Que, es necesario resaltar que dentro de nuestro ordenamiento procesal civil. Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. De conformidad con el artículo 168 del Código Procesal Civil.

QUINTO: Que, de la revisión de autos se advierte que don W.E.F.A. interpone demanda de tenencia y custodia respecto de su menor hija J.J.F.M quien en la actualidad cuenta con seis años de edad (ver acta de nacimiento de fojas 3) afirmando que la progenitora la mantiene en la mendicidad ya que al haber iniciado una nueva relación sentimental con el adolescente I.Z.O., se preocupa por su bienestar de mujer, no prodigando las atenciones que la menor requiere dada su corta edad, e incluso no deja que visite a la niña (ver escrito de fojas 25/28 y subsanación de fojas 32).

SEXTO: Que, la emplazada al prestar su declaración en relación a los hechos, refirió que convivió con el actor en casa de los padres de este durante seis meses, lugar en que su pareja la agredía psicológicamente e incluso en una oportunidad le tiró un cabezazo; agrega que se retiró del hogar conviviencial debido a que encontró bajo su colchón un envoltorio con polvo blanco y cigarrillos que ya habían sido fumados por el actor, hecho que puso en conocimiento de la madre de este, y al ser preguntada "si el demandante es un buen padre o un mal padre". Dijo: "no es un buen padre porque él no me da ni un sol para la manutención de mi menor hija, tampoco va a mi casa para dejarle un sol (...)", así es de verse de fojas 75/76.

SÉTIMO: Que, el actor al prestar su declaración, refirió que desde que su hija nació, ha venido entregando ocho soles diarios hasta el mes de junio (dos mil cinco) que dejó de pagar porque ya no veía a su hija, y al ser preguntado que si es cierto que la agredía física y sicológicamente a la demandada, respondió que sí hubo una agresión de su parte al haber esta confesado una infidelidad, agrega que siempre peleaban y que ella retornaba a su casa, viviendo juntos por intervalos hasta que separaron en forma definitiva, en relación al proceso al ser preguntado en caso de ser beneficiado con la tenencia de su menor hija, ¿quién la cuidaría? Dijo: "mi madre, para que diga ¿las horas en las que trabaja?" Dijo: "trabajo en la moto desde las cinco de la mañana hasta las tres de la tarde, luego descanso desde las siete de la noche hasta las once" (hojas 76 vuelta y 77 vuelta).

OCTAVO: Que al ser entrevistada la niña y con relación a su estado mental, ¿con quién vive? Dijo: "con mi mamá S. y con mi mama 'concho', también con Giovanna, Marcos y Ana, indicando que si va al Colegio y al ser preguntada, si su mamá es buena dijo que sí porque no me pega, además expresó que quiere mucho a su mamá" (fojas 106/106 vuelta).

NOVENO: Que, del informe psicológico del demandante efectuado por el Equipo Multidisciplinario a nivel de personalidad se advierte, carencias afectivas, rasgos impulsivos que en algunas oportunidades no puede controlar, el señor F. es un joven inseguro, celoso, ansioso, con quien posiblemente haya sido difícil la convivencia (al margen de las características personales de su expareja) y que reconoce que le falta tener mayor seguridad, para luego recomendar, al margen de que se dé la tenencia para el padre o no, creemos que tendría que continuar al contacto con su hija que podría verse afectada ante la inestabilidad de la presencia del padre, a quien también necesita (fojas 213/214).

DÉCIMO: Que, fojas 133/135 obra el informe psicológico efectuado a la demandada en el que se pueden advertir algunos rasgos de su personalidad "se adhiere a las normas ejerciendo un control sobre sus emociones e impulsos; sin embargo, en ocasiones este control puede faltar mostrando conductas de ansiedad e inseguridad frente a conflictos donde la evaluada se siente incapaz y con falta de recursos para poderlos enfrentar y resolverlos eficazmente, con respecto a su hija, se muestra como una madre protectora y tolerante. Se observa en ella preocupación por el bienestar de la menor para luego concluir que las características apreciadas no constituyen alteraciones de la personalidad ni trastornos de la conducta, no apreciándose limitaciones para que ejerza su rol materno" (ver fojas 133/135); que, asimismo en autos se aprecia un segundo examen psicológico (N° 092-08-PJ-BM-COMPENSA) realizado por el profesional Ricardo Enrique Silva Elizalde, psicológico de apoyo al Módulo Básico de Villa María del Triunfo el cual sugiere. A pesar de ciertas falencias encontradas en la evaluada, esto no imposibilita a que ella siga ejerciendo su rol materno tal y como lo viene haciendo hasta el día de hoy (ver fojas 295/298).

UNDÉCIMO: Que, de fojas 300/301 obra el Informe Psicológico N° 092-08-PJ-BM-COMPENSA correspondiente a la menor en litis J.F.M., "la menor evaluada se muestra cohibida y temerosa durante la entrevista personal, no es muy comunicativa ni expresiva ya que se muestra callada reservado, observadora y analítica de las preguntas formuladas por su interlocutor (...) hay indicadores de timidez, retraimiento así como cierta pobreza de recursos para abrirse camino en la vida y adaptar el medio ambiente a las propias necesidades, evidenciando tendencias de encerrarse en ella misma, así como una dependencia y sumisión con respecto a las personas más cercanas de su entorno social observando el mundo de una manera subjetiva, condicionada y vivenciada según sus problemas o distorsiones interiores, refiere sentirse bien viviendo con su madre y con sus abuelos; sin embargo, cuando se le pregunta por su padre biológico, la menor cambia su estado de ánimo ya que expresa temor y hasta recelo hacia él, ya que recuerda vívidamente la etapa en la que su padre: "me robó el día de mi cumpleaños y me llevó a una casa fea en Huampaní, por eso me puse flaquita" refiere que no desea vivir con su padre, porque él ya no viene a visitarla desde hace buen tiempo, ya que "él es malo" (según sus propias palabras) porque me tenía abandonada ya que se "iba todo el día y me dejaba sola en la casa", en ese sentido el psicólogo evaluador sugiere: "Consejería psicológica a la menor que busque trabajar las

áreas relacionadas a su autonomía y seguridad, así como también a su autoestima disminuida debido a los problemas que le ha tocado vivenciar".

DÉCIMO SEGUNDO: Que, del informe social de fojas 285/287 efectuado en la casa del demandante, se advierte que este vive con sus señores padres, hermano y la pareja de este último, en una modesta vivienda de dos pisos, de material noble, trabajando como taxista, y los ingresos que percibe se alcanzan para cubrir sus necesidades básicas, incluida la pensión de alimentos para su menor hija, por quien demuestra preocupación al no poder verla.

DÉCIMO TERCERO: Que, de fojas 288/293 corre el Informe Social realizado en la casa de la madre de la demandada, inmueble que se encuentra ubicado en una zona semiurbana, la familia que habita el inmueble es numerosa, compuesta por la abuela y dos hermanos de la emplazada con sus respectivas parejas e hijos, a excepción de la demandada quien en la actualidad se encuentra presente el hermano de la emplazada, quien expresó que el padre de su sobrina había asistido para cumplir el régimen de visita en estado etílico, en compañía de un policía, es por ello que no le permiten ver a la niña, asimismo se entrevistó a la niña quien demuestra actitudes de afecto y cariño hacia su madre y abuela, a quien dice mamá Consuelo, evidenciando apego y lazo con ambas, añade que esta se relaciona con las demás menores de la casa como son sus primas contemporáneas a su edad, refiriendo experiencia traumática en relación al hecho del rapto por parte del demandante.

DÉCIMO CUARTO: Que, en el caso concreto de las declaraciones prestadas por las partes, se advierte que los problemas surgidos entre ellos, no solo han repercutido en el aspecto emocional de la pareja, sino también y sobre todo en su menor hija quien ha sido la más vulnerada, lo cual se corrobora con los informes psicológicos a ella practicados, de los cuales se aprecia que presenta baja autoestima, falta de madurez psicológica evidente, e insuficiente desarrollo intelectual; asimismo, la niña se encuentra identificada con su progenitora así como su abuela, con quienes ha creado un fuerte lazo de afecto y dependencia, máxime si el mayor tiempo de su corta vida ha permanecido al lado de su progenitora, por lo que desarraigarla del hogar materno con lo cual se encuentra identificada, le causaría un mayor daño emocional, situación distinta a su relación con el padre, a quien le tiene temor y relaciona con el hecho traumático del rapto del cual fue objeto, más aún se toma en consideración que, de entregársele la tenencia al padre, este no podrá cuidarla personalmente ya que se encuentra trabajando en un horario extenso y delegaría la atención en sus familiares, siendo que los cuidados que se deben prodigar a todo menor, corresponden de forma directa y prioritaria a los padres.

DÉCIMO QUINTO: Que, tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Que, la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas

en todos los órdenes relativos a la vida del niño, siendo de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño, siendo que a la luz de los considerandos expuestos, y lo señalado por la a quo en la resolución impugnada, resulta necesario para la estabilidad de la niña, que ella se mantenga en el hogar materno en el cual ha crecido, no resultando admisible la propuesta del demandante para que se establezca una tenencia compartida, precisamente por los temores de la niña respecto a la conducta del progenitor.

DÉCIMO SEXTO: Que, sin embargo tal como se desprende del cuaderno cautelar, se estableció un régimen de visitas a favor del padre (ver fojas 31 del acompañado), el que no se ha venido cumpliendo, estando a que las visitas es un derecho sobre todo de la niña, el de mantener contacto con su padre, así lo ha sugerido el profesional en el Informe Psicológico de fojas 213/214, de igual forma ha sido recomendado por la asistencia social en el informe de fojas 288/293: "el demandante participe en programas de tratamiento terapéutico individual para un manejo adecuado de interrelaciones personales-familiares, posterior mantenga vínculo e interactúe con la menor con el propósito que contribuya en el proceso educativo y afectivo" (ver fojas 288/293), en ese sentido, es de aplicación lo dispuesto en el numeral C del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que deberá fijarse un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtenga la tenencia, por lo que en atención al artículo 172 del Código Procesal Civil, responde **INTEGRARSE** al respecto, fundamentos por los cuales la tenencia recurrida ha sido dictada con arreglo a los hechos y al derecho; fundamentos por los cuales **CONFIRMARON** la sentencia de fecha veintiuno de mayo del año dos mil nueve, de fojas 397/404, que declara infundada la demanda de tenencia y custodia interpuesta por don W.E.F.A. contra doña Susana M.M.H., respecto de su menor hija J.J.F.M. con lo demás que contienen, e **INTEGRACIÓN**, y **FIJARON** un régimen de visitas a favor de don W.E.F.A. los días lunes, miércoles y viernes de tres a cinco de la tarde, en el domicilio de la demandada, notificándose y los devolvieron.

TELLO GILARDI
ÁLVAREZ OLAZÁBAL
CORONEL AQUINO

Régimen de visitas: Interés superior del niño como factor decisivo

El régimen de visitas de menores tiene como factor decisivo el interés superior de estos sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir en cada caso, sin que el padre o la madre puedan alegar preferentemente derecho, ello sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los progenitores en cuanto no se opongan al de los hijos.

PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA DE LIMA

EXPEDIENTE : N° 173-2004-0-1801-JR-FC-10
DEMANDANTE : E.A.C.E.
DEMANDADO : G.L.A.E.
MATERIA : RÉGIMEN DE VISITAS

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil once

Vista la causa en Audiencia Pública, interviene la Señora Juez superior Váscones Ruiz, con el dictamen de la representante del Ministerio Público a fojas tres mil trescientos treinta y ocho a tres mil ciento cuarenta (3138 a 3140).

MATERIA

Viene en grado de apelación la sentencia de fecha veintinueve de octubre del año dos mil diez, que declara fundada en parte la demanda de Régimen de Visitas, interpuesta por don C.E.E.A. contra doña G.L.E.A., respecto de sus menores hijos C.G. y L.E.E.A., **FIJÁNDOSE** el siguiente régimen de visitas progresivo a favor del demandante: **1)** Los días martes y jueves de seis a nueve de la noche, sin externamiento del hogar materno, por el periodo de DOS MESES. **2)** Cumplido tal periodo se procederá a incrementar a estos días, las visitas en los días sábado de cada mes desde las once de la mañana a seis de la tarde con externamiento de los menores del hogar materno y en compañía de la madre, la cual deberá coadyuvar y no entorpecer las visitas, por el periodo de DOS MESES. **3)** Cumplido tal periodo se procederá a incrementar a estos días, las visitas en los primeros y terceros domingos de cada mes desde las diez de la mañana a seis de la tarde, con externamiento de los menores del hogar materno sin presencia de la madre. **4)** Cumplidos tales periodos se procederá a ejecutar las visitas en todos los días señalados con externamiento del hogar materno sin la presencia de tercero que supervise las mismas. **5)** Para proceder al externamiento de los menores sin supervisión previamente el accionante deberá presentar al juzgado el resultado favorable de terapia psicológica en los menores y demandante que se refleje haber mejorado los aspectos negativos de su personalidad, la que deberá haberse efectuado por el periodo de seis meses ante una entidad dependiente del Ministerio de Salud. **6)** Después de todas estas directivas los menores podrán

pernoctar desde el día anterior a los primeros y terceros domingos de cada mes con el padre, previo asentimiento de los menores.

ANTECEDENTES:

1. Mediante demanda de fojas siete a doce, don C.E.E.A. pretende un Régimen de Visitas respecto de sus menores hijos C.G. y L.E.E.A. Precisa que la madre de sus hijos doña G.L.E.A., le impide relacionarse con sus hijos; que mantuvo una relación de convivencia con la demandada la cual se deterioró por los celos enfermizos de la misma, sin embargo contrajo matrimonio con ella a fin de que esta tuviera mayor seguridad, que pese a ello el dieciséis de agosto del año dos mil tres luego de ser agredido por la emplazada se retira del hogar para residir en casa de su madre dejando la constancia ante la autoridad policial y pese a que cumplía con los gastos, la demandada le inicia un proceso de alimentos ordenándose un descuento de sus haberes equivalente al treinta y cinco por ciento mensual, pese a ello se le impide visitar a sus hijos.

   Admitida la demanda se corre traslado a la demandada por el término de ley, la misma que contesta la demanda negando la misma y precisa que es falso que ella le impida al demandante relacionarse con sus hijos, sino que el demandante hizo abandono del hogar conyugal en varios oportunidades, hay una serie de procesos por violencia familiar entre las partes, así como el hecho de que contra el padre se ha iniciado un proceso penal por actos contra el pudor, por lo que en su condición de madre no puede someter a sus hijos al peligro de una relación con el padre.

   Que a fojas trescientos cuarenta y uno a trescientos cuarenta y dos, corre el acta de Audiencia Única la misma que continuo a fojas dos mil cuarenta y cuatro a dos mil cincuenta, dos mil cincuenta y cinco a dos mil sesenticinco; emitiéndose la sentencia de fojas dos mil noventa y seis a dos mil ciento ocho, la misma que fue declarada nula conforme a sentencia de vista de fojas dos mil quinientos treinta a dos mil quinientos treinta, y cinco, a fin de que se actúen algunas pruebas. Que mediante resolución de fecha veintinueve de octubre del ario dos mil diez, se declara fundada en parte la demanda de Régimen de Visitas, interpuesta por don C.E.E.A. contra doña G.L.E.A., respecto de sus menores hijos C.G. y L.E.E.C.A, fijándose un régimen de visitas progresivo a favor del demandante. Contra la sentencia la demandada interpone recurso impugnatorio.

De la apelación:

2. Mediante escrito de fojas tres mil cincuenta y cuatro a tres mil sesenta y cuatro, la demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia precisando que la misma le causa agravio por violación del debido proceso y haber sido emitida en violación del principio superior del interés y bienestar del niño. Precisa que la misma se ha emitido sin que se hayan resueltos las apelaciones interpuestas contra las resoluciones ciento cincuentiocho y

ciento sesenta y cuatro; que existen circunstancias que atentan contra la salud mental y síquica de sus hijos además de que sus menores hijos rechazan a en todo momento la presencia del padre por los actos execrables del padre y que cesaron por la intervención de la madre. Que durante años ha tenido que solicitar el apoyo de la autoridad policial por hechos producidos que atentaron con la vida el cuerpo y la salud e integridad de la recurrente y sus hijos.

ANÁLISIS

3. Que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas de relevancia jurídica, conforme lo señala el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

4. Que conforme lo señala el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño". Esta pauta ha sido recogida en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, Ley Nº 27337 cuando establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que aporte 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 considerara el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respecto de sus derechos.

5. Que el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se especifica que los Estados respetarán el Derecho del Niño que este separado de uno o de ambos padres de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular salvo si estos son contrarios al interés superior del niño.

6. Que el artículo 89 del Código de los Niños y Adolescente faculta al padre o madre impedidos o limitados de ejercer el derecho de visitar a su hijo a solicitar el régimen provisional de visita.

7. Que en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los de los mayores y por ende en todo proceso de establecimiento de la tenencia de los Menores y régimen de visita debe estar despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta.

8. Que por ello en un conflicto en el régimen de visitas de menores, la resolución judicial tiene como factor decisivo el interés superior de los menores, como se ha dicho, sobre cualquiera otra circunstancia que pueda concurrir en cada caso, sin que el padre o la madre puedan alegar preferentemente

derecho, ellos sin perjuicio de que se contemple los eses y afectos de los progenitores en cuanto no se opongan al de los hijos.

9. Se advierte de autos que a fojas dos mil setecientos cincuenta y siete, corre el oficio remitido por el Sexto Juzgado Penal de Lima, en el proceso que se ligue al demandante en agravio de sus hijos sobre actos contra el pudor, su fecha dos de diciembre del ario dos mil nueve y en el que se informa que se encontraba pendiente de emitir sentencia. Que de otro lado la sentencia data del veintinueve de octubre de dos mil diez, es decir habiendo transcurrido aproximadamente diez meses, sin que se advierta en autos que la magistrado haya actualizado la información respecto de este proceso, que es importante tener presente al momento de resolver la presente causa.

10. Que todos los medios probatorios deben ser valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, los cuales forman una unidad y deben confrontarse los que apoyan la pretensión reclamada de los que la contradicen, para en base a ello evaluar y formar una cabal convicción respecto de la materia de litis, por lo que al emitirse la apelada se ha incurrido en causal de nulidad conforme a los artículos 122 y 171 del Código Procesal Civil.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, este colegiado **DECLARA NULA** la sentencia de fecha veintinueve de octubre del año dos mil diez que declara **FUNDADA** la demanda interpuesta por don C.E.E.A. contra doña Gina L.E.A., sobre régimen de visitas; y **ORDENARON** a la magistrada emitir nuevo pronunciamiento y los devolvieron.

CABELLO MATAMALA
VÁSCONES RUIZ
RODRÍGUEZ ALARCÓN

Régimen de visitas: Derecho de los niños separados de uno o ambos padres

Se debe respetar el derecho de los niños que estén separados de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo entre ellos y con ambos padres de modo regular, por lo que ha de establecerse un régimen de visitas adecuado que no afecte la relación paternofilial.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA
EXPEDIENTE : Nº 140-2008
DEMANDANTE : A.M.V.
DEMANDADO : C.A.M.B.
MATERIA : TENENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO ONCE
Lima, veintisiete de enero del año dos mil doce

VISTOS: EN DISCORDIA: interviniendo como ponente la Señora Juez Superior provisional Torres Valdivia; oído el informe oral; de conformidad con lo opinado por la Señora Fiscal Superior en su dictamen obrante de folios seiscientos ochenta y dos a seiscientos ochenta y seis; con el acompañado sobre cuaderno de tenencia provisional que se tiene a la vista; y,

CONSIDERANDO además:

PRIMERO: Que, se ha elevado en apelación la sentencia obrante de fojas seiscientos cuarenta y uno a seiscientos cincuenta y dos, de fecha treinta y uno de enero del año dos mil once, que declara fundada la demanda de fojas ochenta y uno a ochenta y cinco, subsanada de fojas ciento dos, en consecuencia se concede la tenencia y custodia de los menores J.A.M.M. y E.A.M.M. a don A.M.V., fijándose como régimen de visitas dentro del hogar paterno, para la madre el primer y tercer sábado de cada mes y el segundo y cuarto domingo de cada mes en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, entendiéndose que las visitas son sin externamiento, recomendándose al padre facilite las visitas a los menores, brindando un ambiente adecuado para el desarrollo de las mismas.

SEGUNDO: Que, por la patria potestad los padres se encuentran obligados frente a sus hijos de alimentarlos, educarlos, cuidar de su persona y de sus bienes en forma conjunta, y de encontrarse separados de hecho y de no ponerse de acuerdo sobre el ejercicio de la tenencia y custodia se procederá en vía de acción.

TERCERO: Que, los niños han permanecido desde que nacieron con sus padres hasta que la pareja por conflicto conyugal optó por separarse, no obrando en autos prueba que descalifique al actor para ejercer su cuidado y brindarle

las atenciones propias de su corta edad, pues conforme es de verse del Informe Psicológico correspondiente al demandante don A.M.V. que obra de fojas doscientos treinta a doscientos treinta y uno, se aprecia que en cuanto a sus hijos "parece ser un padre cariñoso y preocupado, piensa en su futuro y desea que sean buenas personas y profesionales" dice que asume los gastos de su hijo pero "no se le dejan ver". Considera que su exconviviente no reúne las condiciones para encargarse de ellos, porque "no los cuida bien, no los lava, están con la ropa sucia, toda la casa esta sucia y desordenada", además que algunas veces llegaba con olor a alcohol; y, si bien en el señor A.M.V., no se encuentran indicadores psicológicos de trastorno o patología, tiene varios aspectos que debe corregir sobre la relación con su expareja. Finaliza el informe recomendándose que podrá hacerse cargo de los niños.

CUARTO: Que, del Informe Psicológico de la demandada C.A.M.B. obrante de fojas doscientos treinta y dos a doscientos treinta y tres, se aprecia que presenta algunas dificultades en aspecto de su personalidad, y respecto a sus hijos preocupación y afecto, así como bastante interés para que estén académicamente bien; asimismo se ha apreciado descuido en los cuidados personales de los niños, al notarse en ellos poca higiene y prendas de vestir sucias, y aunque no se observa sintomatología indicativa de trastorno psicopatológico, la evaluada podría seguir encargándose de los niños, pero tendría que preocuparse más del tiempo dedicado e higiene de los niños, y que "su impaciencia podría interferir en el modo de tratarlos" y, debe facilitar el contacto de los niños con su padre, no debe rebajar la importancia de este en el desarrollo psicológico de los menores, ni influir en la percepción que tienen sus hijos de él".

QUINTO: Que, respecto del informe psicológico al niño J.A.M.M. de cinco años de edad, se aprecia que se ha consignado que el niño "llega a la entrevista en malas condiciones de higiene y arreglo personal (...) además su cabello se muestra descuidado y seco. El uniforme de colegio con el que también llega luce descuidado", "aparenta un nivel intelectual por debajo de su nivel promedio esperado para su edad cronológica. Llama la atención la falta de información sobre datos de sí mismo (...) no sabe dar sus apellidos ni de sus padres (...) no sabe dar su número telefónico ni su dirección (...) no sabe cuál es su izquierda ni su derecha (...) también tiene dificultades serias en el lenguaje (...) indican descuido en el entorno familiar (...) respecto al desaseo del niño, es obvio que los encargados del menor no lo están atendiendo como debiera ser; tanto su mamá como su abuela las considera como su fuente principal de afecto y de cuidado. No obstante a su madre la percibe algo irritable y es quien impone la disciplina ("me pega, me jala la oreja, el cabello, fuerte". Finalmente en las recomendaciones se señala que "la falta de cuidados en la higiene es un problema directamente relacionado con las personas que se encargan de él, es decir la madre y la abuela", "el niño no rechaza al padre (...) debería haber un mayor contacto entre ellos".

SEXTO: Que, de fojas doscientos veintiocho a doscientos veintinueve obra la evaluación psicológica de la menor E.A.M.M. de seis años, en la que se consigna

"la ropa con la que viene la niña a la entrevista se ve sucia", "nivel intelectual dentro del promedio", "casi todo el tiempo se muestra sonriente (...) le gusta 'hacer payasadas' (...) su postura es de rechazo hacia su papá (...) la menor afirma que su padre ha cometido actos contra el pudor (...) sin embargo, no se le ve afectada ni perturbada cuando habla del tema; aunque pone una expresión de triste, esta no refleja su estado del ánimo, que por lo general se mantiene alegre (...) además llama la atención que diga que la madre no la lleva al psicólogo (...) sabiendo lo que supuestamente ocurrió", señala que su abuela es la que le ayuda en las tareas (...) puesto que la madre "no le ayuda porque está dormida" y si la despierta se molesta, se amarga y a veces hasta "le jala los pelos si se porta mal"; recomendándose que se observa descuido en el aseo de la niña (...) esto indica una desatención de las personas encargadas de [ella], hay una influencia bastante notoria de la madre o de las persona adultas del entorno (...) en cuanto a la postura hacia su padre. La mamá no debería mezclar asuntos meramente conyugales con los filiales, ya que se perjudicará directamente a la niña, que se corte la posibilidad de interactuar con su padre con mayor fluidez.

SÉTIMO: Que, de folios doscientos cuarenta y uno a doscientos cuarenta y seis obra el Informe Social correspondiente al hogar del demandante y padre de la niña E.A.M.M. y del niño J.A.M.M., apreciándose que vive en la casa de sus padres, que son los abuelos paternos quienes permanecen en el hogar, uno realizando actividades en el huerto de la casa y la otra en las labores domésticas; los niños tienen dos tías solteras que tendrían en la actualidad cuarenta y cinco y veintiún años de edad, y un tío de veintisiete años con su conviviente de veintiséis años, que tienen una niña de cinco años de edad, prima de E.; además la casa cuenta con dos niveles, y los ambientes evidencian un adecuado confort, orden e higiene, el progenitor refiere que tendría el apoyo de sus padres y su hermana soltera en el cuidado de su hija que la madre biológica lo denunció falsamente contra la libertad sexual, que le dio a conocer la clase de madre que tiene sus hijos y que no se encuentra de acuerdo en que en que esta asuma la tenencia, que grita a sus hijos y se encuentran temerosos, que corren peligro a su integridad física al estar descuidados por completo en un ambiente insalubre y sucio, que no permite su adecuado desarrollo.

OCTAVO: Que, conforme es verse del Informe Social de folios doscientos cuarenta y nueve a doscientos cincuenta y cinco, correspondiente al hogar materno, se aprecia que los niños viven con su progenitora, abuelos maternos y un tío soltero y desocupado, en un ambiente totalmente antihigiénico, con falta de orden, y la habitación de los niños emanaba olor a humedad; al ser entrevistados los menores refieren maltratos de su progenitora y abuela materna, "cuando no hago la tarea me castiga mi mamá o mi abuelita con la correa, nadie me defiende" y si bien expresan querer vivir con su mamá y abuelita y que su papá los visite, como los domingos que se quedan jugando en casa y les lleva leche, yogurt, kekitos; en la segunda visita de la asistenta social, los niños vuelven a referir maltratos "me jalan las orejas o me dan con la correa", almorzamos en el mercado cerca del colegio, "cuando nos portamos mal mi abuelita nos pega con la correa", al preguntarle por

su papá, manifestaron "me gusta que venga, pero él es malo, eso me ha dicho mi mamá, me gusta que me visite", "que es su mamá quien le indica que su papá es malo".

NOVENO: Que, en consecuencia, los menores materia de autos que se encuentra bajo la custodia de su progenitora, no se encuentran adecuadamente cuidados, pues se están desarrollando en un ambiente que no reúne las condiciones de higiene y salubridad, al igual que en su persona, lo que perjudica su desarrollo integral; mostrando en el caso del niño, que su nivel intelectual, de comunicación y lenguaje está por debajo del promedio para su edad, lo denota además descuido en el entorno familiar, conformado por su progenitora y abuela materna, quienes no le prodigan la atención y cuidados que le corresponden para su desarrollo psicobiológico; en el caso de la menor E., además del descuido en su aseo personal, lo cual, indica una desatención de las personas encargadas de su cuidado, su madre y su abuela materna, también se observó que hay una influencia negativa notoria de la madre en cuanto a la figura paterna, pues por propio dicho de los niños, es ella quien le dice a sus hijos que su padre es "malo"; por lo que no se ha acreditado que se encuentre en capacidad de tenerlos bajo su cuidado.

DÉCIMO: Que, se debe tener en cuenta el principio previsto en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley Nº 273337, el Interés Superior del Niño, el cual supone la vigencia y satisfacción de todos sus derechos, alude a la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y a una calidad de vida adecuada, debiendo en este aspecto proveerse a los niños y adolescentes de un ambiente familiar favorable, que les brinde seguridad, siendo ello deber de ambos progenitores aunque estén separados.

DÉCIMO PRIMERO: Que, a tenor de lo señalado en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescente: "(...) de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento", siendo que del análisis de lo actuado en el proceso se concluye que la tenencia la ejerza el actor y la madre le corresponda un régimen de visitas.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, por consiguiente se debe respetar el derecho de los niños que estén separados de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo entre ellos y con ambos padres de modo regular, por lo que ha de establecerse un régimen de visitas adecuado al Interés Superior del Niño y que no afecte la relación paterno filial, conforme lo preceptuado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes concordante con el artículo 84 del Código acotado, inciso 3) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuyas razones: **CONFIRMARON** la sentencia obrante de fojas seiscientos cuarenta y uno a seiscientos cincuenta y dos, de fecha treinta y uno de enero del año dos mil once, que declara fundada la demanda de fojas ochenta y uno a ochenta y cinco, subsanada de fojas ciento dos, en consecuencia se concede la tenencia y custodia de los menores

J.A.M.M. y E.A.M.M. a don A.M.V., fijándose como régimen de visitas dentro del hogar paterno, para la madre el primer y tercer sábado de cada mes y el segundo y cuarto domingo de cada mes en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, entendiéndose que las visitas son sin externamiento, recomendándose al padre facilite las visitas a los menores, brindando un ambiente adecuado para el desarrollo de las mismas; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

TELLO GILARDI
VÁSCONES RUIZ
TORRES VALDIVIA

LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR TELLO GILARDI SE ADHIERE AL VOTO DE LAS SEÑORAS JUECES SUPERIORES TORRES VALDIVIA Y VÁSCONES RUIZ, CONSIDERANDO ADEMÁS QUE DEBE CONFIRMARSE LA SENTENCIA POR LO SIGUIENTE:

PRIMERO: Que, conforme se aprecia de la documentación aparejada en esta instancia, se acredita que la niña E.M.M. y el niño J.A.M.M., desaprobaron el año escolar dos mil diez, siendo que incluso en este segundo caso, el niño fue desaprobado por no asistir a rendir sus exámenes de aplazado, habiendo sido finalmente retirados del Colegio "Manuel González Prada", sin que se conozca el Centro Educativo en el cual cursa sus estudios escolares.

SEGUNDO: Que, esta situación abona en la decisión de confirmar la demanda interpuesta, puesto que demuestra la falta de atención y apoyo de la madre hacia sus menores hijos, es decir, de sus deberes como persona adulta responsable del desarrollo integral, así como de dirigir su proceso educativo, conforme lo señala el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes al señalar los deberes y derechos que se generan del ejercicio de la patria potestad. Finalmente debe exhortarse a ambos progenitores a fin que asuman acuerdos en beneficio de sus hijos.

TELLO GILARDI

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR CAPUÑAY CHÁVEZ AL QUE SE ADHIERE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR PROVISIONAL RÍOS CHU SON LOS SIGUIENTES:

PRIMERO: Que, se ha elevado en grado de apelación la sentencia de fojas seiscientos cuarenta y uno a seiscientos cincuenta y dos, su fecha treinta y uno de enero del año dos mil once que resuelve declarar fundada la demanda de fojas ochenta y uno a ochenta y cinco, subsanada a fojas ciento dos, en consecuencia se concede la tenencia y custodia de los menores J.A.M.M. y E.A.M.M. a su progenitor A.M.V., fijándose un régimen de visitas dentro del hogar paterno a favor de la madre el mismo que comprende el primer y tercer sábado de cada mes y el segundo y cuarto domingo de cada mes en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, entendiéndose que las visitas son sin externamiento,

recomendándose al padre facilite las visitas a los menores brindando un ambiente adecuado para el desarrollo de las mismas; que, transcurrido un año del cumplimiento de la apelada, previo informe favorable del psicólogo, se procederá al externamiento de los menores los días señalados en el horario indicado, sin pernoctar en el hogar materno; sin costos ni costas del proceso;

SEGUNDO: Que, alega la apelante, que la sentencia materia del grado le causa un daño moral y psicológico tanto a ella como a sus menores hijos, quienes se encuentran felices de estar viendo con ella y siendo visitados ocasionalmente por su progenitor, quien solo ha pretendido continuar con el presente proceso para causarle un daño a ella sin importarle el perjuicio emocional que le ocasiona a sus hijos;

TERCERO: Que, fluye de autos que por escrito de fojas ochenta y uno y siguientes don A.M.V. interpone demanda de tenencia contra C.A.B.M. respecto de sus menores hijos J.A. y E.A.M.M. de seis y cinco años de edad respectivamente, la que sustenta en que la demandada sin consultarle ni mucho menos comunicarle, con fecha catorce de abril del año dos mil siete decide abandonar el hogar conyugal conjuntamente con sus menores hijos, siendo ella la responsable de la ruptura de la relación familiar por sus mentiras y falsos testimonios, así como por sus agresiones físicas y psicológicas ocasionadas a su persona y a sus hijos, a quienes siempre y hasta ahora los amenaza y obliga a que hagan solo lo que ella les pide, sin considerar si tales hechos son convenientes o no para ellos, siendo que además los tiene en completo abandono, pues no les presta el cuidado y atención que como madre le corresponde; señala además que la demandada ha llegado inclusive a denunciarlo ante la Primera Fiscalía Provincial Penal del Callao por la presunta comisión del delito contra la Libertad Sexual en agravio de su menor hija, proceso en el que consta que la niña con sollozos hizo notar la presión que ejercía sobre ella su progenitora, siendo archivada dicha causa al no acreditarse su responsabilidad, con lo que quedó demostrada la mala fe con que actúa la demandada, sin tener en cuenta que con su conducta perjudica enormemente la relación afectiva que como padre debe sostener con sus menores hijos, llegando al colmo además de no permitirles que tengan contacto alguno con su familia paterna;

CUARTO: Que, la tenencia es un atributo de la Patria Potestad, que, ante el desacuerdo de los padres respecto a su ejercicio, corresponde al juez resolver escuchando la opinión del menor y tomando en consideración lo más conveniente para este, atendiendo además al principio del Interés Superior del Niño previsto en el artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes;

QUINTO: Que, en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos para lo cual gozarán de protección específica, conforme a lo prescrito en el artículo Décimo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, Ley de la especialidad aplicable al presente caso, correspondiendo al a quo emitir pronunciamiento que resuelva la litis estando al principio del

Interés Superior del Niño prescrito en el artículo noveno del Título Preliminar del Código acotado;

SEXTO: Que, estando a las normas precedentes corresponde evaluar en el caso de autos lo que es más favorable para los menores, atendiendo básicamente a lo manifestando por ambos en la audiencia de pruebas de fojas doscientos treinta y seis y siguientes, en la que si bien no se aprecia que exista rechazo hacia la figura paterna, también lo es que han expresado que no quieren vivir con su progenitor lo que tácitamente implica que su deseo es continuar viviendo con su progenitora, situación que de igual modo se advierte del informe social de fecha primer y tercer sábado de cada mes y el segundo y cuarto domingo de cada mes en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, entendiéndose que las visitas son sin externamiento, recomendándose al padre facilite las visitas a los menores brindando un ambiente adecuado para el desarrollo de las mismas; que, transcurrido un año del cumplimiento de la apelada, previo informe favorable del psicólogo, se procederá al externamiento de los menores los días señalados en el horario indicado, sin pernoctar en el hogar materno; sin costos ni costas del proceso; **REFORMÁNDOLA** se declare infundada la demanda de tenencia interpuesta por A.M.V. contra C.A.B.M. respecto de sus menores hijos J.A. y E.A.M.M.; ordenándose que a través del área de Servicio Social del Equipo Multidisciplinario de Apoyo al Órgano Jurisdiccional se realice visitas cada seis meses en el domicilio de la demandada a fin de supervisar las condiciones personales en que se encuentran los menores, emitiéndose el informe correspondiente, disponiéndose además que doña C.A.M.B. se someta a un tratamiento de terapia psicológica a fin de que reciba apoyo psicológico y se le brinde orientación sobre las pautas de crianza que debe tener en cuenta en el cuidado y protección de sus menores hijos; **EXHORTÁNDOSE** a ambos progenitores a fin de que dejen de lado sus conflictos personales y asuman acuerdos favorables al bienestar de sus menores hijos, quienes por su corta edad requieren de protección a su estabilidad emocional.

CAPUÑAY CHÁVEZ
RÍOS CHU

Régimen de visitas: Finalidad

La finalidad del régimen de visitas es afianzar los lazos paternos filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor de edad; destacando que la visita no es solamente un derecho de los padres, sino también –y principalmente– de los hijos, que requieren de la imagen paterna para un desarrollo saludable.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1169-2009
MATERIA : RÉGIMEN DE VISITAS

RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE

Lima, ocho de marzo del año dos mil diez

VISTOS: Interviniendo como vocal ponente la señora Tello Gilardi de conformidad en parte con lo opinado por la señora Fiscal Superior en su dictamen a fojas cuatrocientos treinta tres a cuatrocientos treinta y cinco; y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que viene en apelación interpuesta por ambas partes, la sentencia que corre a fojas trescientos veinticuatro a trescientos cuarenta y dos, que declara Fundada la demanda sobre Régimen de Visitas interpuesta por don D.L.T. contra doña P.J.M.S., respecto de su hijo D.A.L.M.; en el extremo que fija el horario, fechas y modo del régimen de visitas.

SEGUNDO: Que los agravios denunciados en el recurso de impugnación interpuesto por el demandante D.L.T. mediante escrito que corre de fojas trescientos cincuenta y nueve a trescientos sesenta y dos se sustenta en lo siguiente:

- Que respecto a la primera etapa del régimen de visitas, el horario de los días de semana resulta limitado, negándosele la posibilidad de enceramiento, sin tener en cuenta y/o persona que ella designe; y el horario de los fines de semana es de tres horas que descontando el traslado de su hijo queda reducido en dos horas, que resultan escasas si se tiene en cuenta que esos días podrían estar destinados al paseo y recreación de su hijo. Omitiéndose por otro lado señalar visitar para el día de navidad y onomásticos de los abuelos.
- Que en cuando a la segunda y tercera etapa, indica que el horario de los días de semana y así como el de los fines de semana resultan extremadamente reducidos. Debiendo tomarse en cuenta que ha manifestado su deseo de que su hijo asista a una terapia de estimulación temprana la que podría darse durante los días de semana, al estar en un horario más amplio, lo que a su vez le permitirá convivir y gozar de un horario de visitas adecuado.

Que los agravios denunciados por la parte demandada en su escrito de apelación obrantes a fojas trescientos cincuenta y uno a trescientos sesenta y cinco se sustenta en lo siguiente:

- Que si bien es cierto se concluye que el demandante debe acudir a terapias, esta se minimiza con el horario de visita otorgado.
- Que la sentencia considera que la prueba sicológica del demandado acredita que este viene superando los problemas sicológicos cuando esta es solo una prueba y no una terapia.
- Que no se han valorado los escritos de fecha catorce y treinta de abril del año dos mil nueve, los mismos que debieron ser tomados en cuenta con el fin de restringir las visitas del demandado.
- Que al encontrarse el padre con trastornos sicológicos es necesaria la presencia de la madre en las visitas, porque las visitas deberían ser más restringidas con la finalidad de proteger a su hijo.
- Que se le obliga a ir a unas terapias, a pesar de que en las pruebas se desprende que se encuentra estable sicológicamente.
- Que el determinar que las visitas se realicen con externamiento, en compañía de la madre o de quien ella disponga, se le niega la posibilidad de acompañar a su hijo puesto que ese horario estaría trabajando.
- Que su hijo no podrá almorzar con la familia materna el día de navidad.
- Se ha omitido señalar como serán las visitas si cae el día del cumpleaños de la madre o el día de la madre. Así como los días feriados o vacaciones de la madre.
- Si las visitas se mantienen en las vacaciones de la madre o en feriados no se le estaría permitiendo al menor mantener una relación más cercana con la madre.

TERCERO: Que el régimen de visitas es un derecho del padre o la madre que no cuenta con la tenencia de su hijos, a efectos de generarle un espacio de contacto físico y efectivo, que les permite afianzar los lazos paternos o maternos en beneficio del desarrollo integral de los hijos, fijándose un horario para llevarlo a cabo, teniéndose en consideración que debe el solicitante encontrase al día en sus obligaciones alimentarias o en imposibilidad de hacerlo conforme lo establecido el artículo 88 del Código del Código de los Niños y Adolescentes.

CUARTO: Que de la revisión de los autos se advierte de páginas ciento treinta a ciento treinta a ciento treinta y cinco, el Informe Psicológico N° 2023-08-MCF-EM-PSI, efectuado al demandante el catorce de noviembre de dos mil ocho, indicando como conclusiones y recomendaciones. “Nos muestra una persona de rasgos obsesivos, suspicaz, meticuloso, asfixiante, posesivo. Tiende a ser limitante con las personas que quiere reclamando de ellas atención y afecto (…). Dichos rasgos además de la excesiva preocupación, actitud sobre protectora,

tendencia a maximizar los riesgos a los que su hijo puede estar expuesto y el gran resentimiento que tienen hacia su esposa son poco favorables para un adecuado contacto paterno filial, por lo que es recomendable que el señor L. acuda a una terapia psicológica que lo ayude a trabajar sus características de personalidad (…) Debido a la corta edad del menor de retomarse el contacto debería darse en forma gradual y con supervisión (...)". Asimismo a páginas ciento setenta y seis corre la Evaluación Psiquiátrica N° 002106-2009-PSQ correspondiente al progenitor indicando como conclusión no psicopatología de psicosis, inteligencia promedio normal, no trastorno de personalidad. Por lo tanto, de las pruebas actuadas, las mismas que no han sido cuestionadas, no se advierten imposibilidad alguna para que el actor pueda llevar a cabo las visitas a su pequeño hijo; sin perjuicio de las recomendaciones efectuadas por el profesional, las mismas que como se advierte de los informes de terapias psicológicas, obrante a páginas cuatrocientos ochenta y cinco y quinientos trece, presentados ante esta Instancia, ha venido cumpliendo.

QUINTO: Que respecto al informe psicológico presentado por el actor y que obra de páginas ciento cuarenta y cinco a ciento cuarenta y siete, cabe señalar que la demandada solicito mediante escrito que corre a páginas doscientos treinta y uno a doscientos treinta y seis se declara improcedentes o en ese defecto sea considerado como un documento presentado de parte, que no puede tener más valor que el realizado por uno de institución estatal, a lo que el juzgado proveyó tener presente al momento de sentenciar, conforme se aprecia de la resolución quince que corre a páginas doscientos treinta y siete, la misma que no fue impugnada por la demandada. Por otro lado, ha de considerarse que si bien el referido documento no trata de una terapia psicológica sino de una evaluación de tres días, también lo es que de sus resultados se logran advertir que no posee signos ni síntomas psicopatológicas, así como descarta compromiso orgánico que pudiera condicionar la falta de control de impulsos.

SEXTO: Que en cuanto a los escritos de fechas catorce y treinta de abril presentados por la emplazada, cabe señalar que si bien es cierto refirió que el demandante había acudido a las visitas después de haber ingerido alcohol, también lo es que ello no se ha acreditado.

SÉTIMO: Que con relaciona los días, horario y modo de las visitas cabe señalar que a la fecha el niño D.A. cuenta con dos años de edad, habiendo mantenido frecuente contacto con la figura paterna, lo que denota aceptación, identificación y desarrollo saludable, conforme se advierte de las diversas fotografías que corren en autos, por lo que este Colegiado considera que no es necesario que el régimen de visitas sea progresivo, mas aun cuando a la fecha se ha culminado la primera etapa de las visitas establecida por el a quo; asimismo se deberá considerar de que el próximo año el niño empieza la etapa escolar, en tal sentido sus horas de distracción se verán reducidas requiriendo por otro lado contar con apoyo de los padres para las labores escolares. Respecto al progenitor cabe

destacar que ha demostrado interés para superar las deficiencias advertidas en su pericia psicológica acudiendo a terapias señaladas precedentemente.

OCTAVO: Que en tal sentido y siendo la finalidad del régimen de visitas afianzar los lazos paterno filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor de edad, y siendo que en el presente caso no se advierte causal que manifieste que del acercamiento entre el padre y su hijo resulte perjudicial para este último; destacándose que la visita no es solamente un derecho de los padres, sino también –y principalmente– de los hijos, que requieren de la imagen paterna para un desarrollo saludable; siendo así y al amparo del Principio del Interés Superior del Niño y Adolescentes consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes e inciso tercero del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, instrumento internacional suscrito por el Perú; **REVOCARON** la sentencia que corre de fojas trescientos veinticuatro a trescientos cuarenta y dos; en el extremo apelado que fija el horario de las visitas a favor de don Dante Loza Ticona, contenido en las denominadas primera, segunda y tercera etapa; **REFORMÁNDOLA** establecieron el siguiente régimen de visitas a favor del progenitor demandante:

Durante el año dos mil diez:

- Lunes, miércoles, viernes en el horario de dos a seis de la tarde; sin externamiento.
- El primer y tercer domingo de cada mes en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, pudiendo externar al niño en dicho horario y solo en compañía de la madre, familiar o persona que esta designe.
- El segundo y cuarto sábado de cada mes en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, pudiendo externar a niño en dicho horario y solo en compañía de la madre, familiar o persona que esta designe.
- El día del padre o cumpleaños del padre, el padre podrá visitar a su hijo en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, con externamiento y sin acompañamiento.
- Navidad, el progenitor podrá recoger a su hijo el día veinticinco de diciembre a las diez y treinta de la mañana, externarlo y deberá retonarlo al hogar materno a las seis y treinta de la tarde.

Durante el año dos mil once en adelante (los externamientos señalados son sin compañía de la madre, familia o tercera persona que esta designe):

- De lunes a viernes en etapa escolar en progenitor recogerá a su hijo de su centro educativo, almorzará con él, externarlo y retornarlo al hogar materno a las seis de la tarde.
- El primer y tercer domingo de cada es en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, pudiendo externar al niño en dicho horario, y retornarlo al hogar materno en el horario señalado.

- El segundo y cuarto sábado de cada mes en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, pudiendo externar al niño en dicho horario, y retornarlo al hogar materno en el horario señalado.
- El día del padre o cumpleaños del padre, el padre podrá visitar a su hijo en el horario de diez de la mañana a cinco de la tarde, con externamiento.
- Navidad, el progenitor podrá recoger a su hijo el día veinticinco de diciembre a las diez y treinta de la mañana, externarlo y retornarlo a las seis y treinta de la tarde.
- En etapa de vacaciones (enero) el padre podrá recoger a su hijo del hogar materno el segundo y cuarto lunes de dicho mes, externarlo retonarlo al hogar materno el segundo y cuarto viernes de cada mes.

Dejando a salvo las recomendaciones señaladas en el segundo punto del fallo, con lo demás que contiene, notifíquese y devuélvase oportunamente al juzgado de origen.

TELLO GILARDI
GONZALES FUENTES
ÁLVAREZ OLAZÁBAL

Régimen de visitas: Presupuestos

Para otorgar un régimen de visitas se debe de tomar en cuenta si la madre o padre, quien solicita el régimen de vistas, cumple con la obligación alimenticia, ya que si en el proceso no se ha pronunciado sobre el cumplimiento de la obligación alimenticia (o, en su defecto, su incumplimiento) se está transgrediendo el principio al debido proceso.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 350-2009-38
PROCEDENCIA : OCTAVO JUZGADO DE FAMILIA DE LIMA
DEMANDANTE : J.J.G.C.
DEMANDADA : F.P.I.R.B.
MATERIA : RÉGIMEN DE VISITAS

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Lima, veintiséis de setiembre de dos mil once

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente la señora Jueza Superior Cabello Matamala; con lo expuesto por la señora representante del Ministerio Público en su dictamen de folios quinientos setenta y nueve a quinientos ochenta.

I. ASUNTO

Que, viene en apelación la resolución número cuarenta de fecha trece de junio de dos mil once, obrante en copia certificada a folios quinientos cuarenta y ocho a quinientos cuarenta y nueve, que resuelve declarar: cúmplase las visitas sociales dispuestas en autos mediante resolución número dieciséis de fojas trescientos cuarenta a trescientos cuarenta y dos en el Instituto Holística Perú, debiendo la demandada cumplir con conducir a sus menores hijos a dicho instituto en los horarios establecidos en la mencionada resolución dieciséis y debiendo el demandante cubrir los gastos que demandada la realización de dichas visitas en la mencionada institución, para lo cual la progenitora deberá poner en conocimiento los gastos en los que incurra a fin de conducir a los menores al Instituto Holística Perú.

Que, doña F.P.I.B. fundamenta la apelación interpuesta indicando que la a quo ha omitido hacer de su conocimiento la solicitud presentada por el demandante, para que las visitas supervisadas se realicen en el Instituto Holística Perú, lo cual afecta su derecho de defensa, que se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones. La recurrente rechaza lo peticionado, por los fundamentos de su escrito de oposición de fecha seis de mayo del año dos mil once, no habiéndose enervado el valor probatorio y los fundamentos en que se sustentan, señala que el juzgador enuncia los informes sociales, que han sido

observados al resultar parcializados además porque se trata de un lugar que no es neutral, es completamente desconocido para la recurrente, no brinda garantía para la seguridad de sus hijos y atenta contra la fe católica que la recurrente y sus hijos profesan; que el demandado viene solicitando peticiones antojadizas al juzgador, que le son admitidas sin que exista un pronunciamiento respecto al incumplimiento de sus obligaciones alimentarias, que lo desacredita para pretender cualquier régimen de visitas.

II. CONSIDERANDOS

1. Que, el principio del interés superior del niño y adolescente, previsto en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño y en el artículo IX del título Preliminar del Código Procesal Civil, importa la plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es por ello que a la luz del referido principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los menores, y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tienen que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

2. Que, en el caso de autos, don J.J.G.C., mediante escrito presentado el veintiséis de mayo de dos mil once, solicita que las visitas se realicen en el Instituto Holística Perú, debido a que no existen las condiciones en la casa de la madre de sus hijos, para que se interrelacione libremente con ellos y tampoco en las instalaciones del Equipo Multidisciplinario como inicialmente lo solicito, dado que la atención en el Poder Judicial es únicamente hasta las cuatro y treinta de la tarde.

3. Que, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño y adolescente, previamente a emitir pronunciamiento sobre lo peticionado, la a quo debe oficiar al Equipo Multidisciplinario - Área de Psicología a fin de que informe si resulta favorable a los menores su traslado desde su domicilio ubicado en el distrito de Surco hasta el Instituto Holística Perú situado en Avenida Parque Hernán Velarde número ocho, Santa Beatriz - Cercado de Lima, los días miércoles y viernes en el horario del régimen de visitas provisional de cinco de la tarde a ocho de la noche, o si considerando el acercamiento inicial de los menores M. y K.G.R. con su progenitor, podría procederse al externamiento de los mismos.

4. Que, asimismo se advierte que la a quo ha omitido pronunciamiento sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por don J.J.G.C.; siendo ello así, se ha transgredido el debido proceso, incurriéndose en causal de nulidad insubsanable.

III. DECISIÓN

Por cuyos fundamentos y estando a lo dispuesto en el artículo 171 de nuestra norma adjetiva declararon: **NULA** la resolución número cuarenta de fecha trece

de junio de dos mil once, obrante en copia certificada a folios quinientos cuarenta y ocho a quinientos cuarenta y nueve, que resuelve declarar: cúmplase las visitas sociales dispuestas en autos mediante resolución número dieciséis de fojas trescientos cuarenta a trescientos cuarenta y dos en el Instituto Holística Perú; **ORDENARON** al a quo emitir pronunciamiento teniendo en cuenta los considerandos precedentes; notificándose y los devolvieron.

CAPUÑAY CHÁVEZ
CABELLO MATAMALA
VÁSCONES RUIZ

Régimen de visitas: Edad del menor permite mantener comunicación fluida con ambos padres

Dada la edad del hijo, su nivel de desarrollo actual le permite una comunicación fluida con ambos progenitores a pesar de la separación de hecho de aquellos, puede mantener una relación paternofilial estrecha que no debe recortarse en tanto dure el trámite del proceso principal, pues ella es parte esencial en el proceso de formación de un ser humano a nivel sicológico, emocional, así como de identificación sexual, sin haber demostrado la parte demandada motivo de riesgo o peligro en la salud o integridad del niño para que así pueda darse un régimen de visitas con externamiento.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1355-09
MATERIA : RÉGIMEN DE VISITAS (CAUTELAR)

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Lima, doce de enero de dos mil diez

AUTOS Y VISTOS: Interviniendo como ponente la Jueza Superior Álvarez Olazábal; de conformidad en parte con lo opinado por la Representante del Ministerio Público en el dictamen que antecede y,

ATENDIENDO

PRIMERO: que es materia de apelación la resolución número uno del cuaderno cautelar, de fecha cuatro de mayo de dos mil nueve, obrante en el cuaderno cautelar, de fecha cuatro de mayo de dos mil nueve, obrante en copia certificada de fojas noventidós a noventitrés, en cuanto fija como régimen de visitas provisional a favor del recurrente, primer y tercer sábado de cada mes y el segundo y cuarto domingo de cada mes, en el horario de nueve de la mañana a una de la tarde, con externamiento;

SEGUNDO: El recurrente fundamenta su recurso de apelación señalando que la a quo no ha considerado que se trata de un horario bastante reducido, que no le permitirá compartir las comidas con su hijo ni apoyarlo en sus tareas escolares, causándole a él y a su hijo un perjuicio moral y emocional por recortar su derecho para mantener su relación paternofilial, máxime si la demandada ha admitido en su contestación que en efecto en el niño pasa todos los fines de semana con él, no teniendo en consecuencia ningún impedimento;

TERCERO: Que el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito que sea anulada o revocada,

total o parcialmente de conformidad con lo normado por el artículo 364 del Código Procesal Civil;

CUARTO: Que del análisis de autos se advierte, dada la edad del hijo de las partes: ocho años a la fecha, que su nivel de desarrollo actual le permite una comunicación fluída con ambos progenitores y sus respectivas familias, de la manera que a pesar de la separación de hecho de aquellos, puede mantener una relación paternofilial estrecha que no debe de recortarse en tanto dure el trámite del proceso principal, pues ella es parte esencial en el proceso de formación de un ser humano a nivel psicológico, emocional así como de identificación sexual, no habiéndose señalado por la parte demandada motivo de riesgo o peligro en la salud o integridad del niño para que así pueda darse un régimen de visitas con externamiento;

QUINTO: Que tal como ha señalado la representante del Ministerio Público en el dictamen que antecede, la propia demandada al formular su contestación señaló que todos los fines de semana el niño sale con su progenitor, por lo tanto puede judicialmente formalizarse este horario de salidas con el niño precisamente en tales fechas, de tal forma que continúe departiendo con su padre, sin dejar de tener en cuenta que precisamente en los fines de semana es factible que pueda mantener actividades de recreación, o de reunión familiar o social junto con su señora madre, por lo que se fijará un horario prudencial, tratándose de una medida cautelar o régimen provisional, que por su naturaleza es variable e instrumental tal como establece el artículo 612 del Código Procesal Civil; fundamentos por los cuales **REVOCARON:** la resolución número uno del cuaderno cautelar, su fecha cuatro de mayo de dos mil nueve, que obra en copia certificada de fojas noventidós a noventitrés, en cuanto al extermo apelado que fija como régimen de visitas provisional al recurrente, el primer y tercer sábado de cada mes y el segundo y cuarto domingo de cada mes, en el horario de nueve de la mañana a una de la tarde; y **REFORMÁNDOLA: FIJARON** como régimen de visitas paterno provisional durante los fines de semana: el primer y tercer sábado de cada mes y el segundo y cuarto domingo de cada mes, en el horario de nueve de la mañana a siete de la noche, con externamiento, devolviéndolo al hogar materno culminado el citado horario; y durante la semana: lunes y miércoles desde las siete hasta las ocho de la noche, con externamiento, devolviéndolo al hogar materno culminado el citado horario; **EXHORTÁNDOSE** a ambos progenitores al cumplimiento del horario fijado pues tratándose de una medida provisoria en tanto dure el proceso principal redundará en beneficio de la estabilidad emocional de su menor hijo, pues en las sucesivas etapas de su desarrollo, la seguridad que ambos le brinden durante su niñez, contribuirá al fortalecimiento de su responsabilidad futura, sin perder de vista que con el tiempo él mismo podrá proponer y desarrollar los horarios de visitas mas acordes a sus actividades educativas y familiares; **ORDENARON:** que Secretaría procesa con arreglo al artículo 383 del Código Procesal Civil; oficiándose y notificándose.

TELLO GILARDI
ÁLVAREZ OLAZÁBAL
CORONEL AQUINO

Cambio del horario del régimen de visitas supervisado por el equipo multidisciplinario: No procede por no estar dentro del horario de atención del equipo

Si en el expediente cautelar, ni en la apelación obra documento fehaciente que acredite que el horario de visitas se cruza con los horarios de clases escolares de los menores, se deberá cumplir con lo dispuesto por la jueza de primera instancia, más aún si se ha ordenado la presencia de un profesional en sicología que las asista debiéndose precisar que a efectos de las visitas se desarrollen con la asistencia de un psicólogo del equipo multidisciplinario, estas deben realizarse dentro del horario de funcionamiento del equipo asignado a los Juzgados de Familia –cuyo horario de atención es de ocho de la mañana a cuatro y cuarenta y cinco de la tarde, de lunes a viernes– hecho que no debe de constituir una limitación para el desarrollo de las visitas.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1503-2008
MATERIA : TENENCIA - MEDIDA CAUTELAR DE VARIACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS PROVISIONAL

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Lima, siete de abril de dos mil nueve

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como Vocal Ponente la Señora Beltrán Pacheco; con lo expuesto por la Señora Fiscal Superior en su dictamen obrante de la página doscientos ocho a la página doscientos once.

I. ASUNTO

Que es elevada en grado de apelación la resolución número siete, de fecha trece de junio de dos mil ocho, obrante de la página ciento cuarenta y siete a ciento cuarenta y ocho, mediante la cual se declaró procedente la solicitud cautelar de variación de régimen de visitas interpuesta por doña M.E.M.G.; ordenándose que estas se realicen en un ambiente privado del área de psicología del Equipo Multidisciplinario los días miércoles y viernes de las quince y treinta a dieciséis y treinta horas.

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha veinticinco de marzo de dos mil ocho, doña M.E.M.G., en vía del proceso cautelar solicitó la variación del régimen de visitas que se venía realizando en casa de don G.A.R.R. sosteniendo que estas no se desarrollaban en forma espontánea, impidiendo un acercamiento idóneo entre la madre y sus hijos. Argumentó que durante las visitas realizadas nunca se le permitió

un momento de intimidad con sus hijos para facilitar de manera progresiva el acercamiento con ellos.

2. Conforme lo dispone el artículos 617 del Código Procesal Civil, don G.A.R.R., absolvió el traslado mediante escrito obrante de la página ciento treinta y cinco a ciento cuarenta y tres en donde refirió que doña M.E.M.G. no expresaba la verdad; pues no había cumplido puntualmente con las visitas señaladas, concurriendo solo por contados minutos durante los días de visitas, añadiendo que sus hijos no se encontraban coaccionados por el recurrente; quien por el contrario otorgaba las facilidades para que se desarrolle el régimen de visitas en cuestión.

3. Expedida la resolución cautelar; y no encontrándose conforme con la decisión de la jueza; don G.A.R.R. apeló de la misma, fundando su impugnación en los siguientes argumentos:

   a) Que el juzgador había cometido un error al considerar que las visitas en la casa paterna no reunían las condiciones de seguridad necesarias, toda vez que esta es el área más segura para el desenvolvimiento natural y desarrollo familiar de los niños; produciéndose el rechazo de estos hacia su progenitora como consecuencia de los hechos de violencia injustificada perpetrados por la madre hacia sus hijos.

   b) Que al fijarse el horario de visitas no se había considerado el horario de salida del colegio de los niños; lo cual imposibilita el arribo oportuno de los mismos a la sede judicial.

   c) Que no se oponía a que la relación maternofilial se desarrolle de manera normal y natural, razón por la cual solicitaba que las visitas se efectúen con la presencia de un psicólogo y únicamente los días viernes de las dieciséis y treinta a diecisiete y treinta horas a fin de no perjudicar a su persona y a los niños en sus actividades escolares.

III. FUNDAMENTOS

PRIMERO: Que de conformidad con el inciso cinco del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el inciso sexto del artículo 150 del Código Procesal Civil, los justiciables tienen derecho a que las resoluciones judiciales que se expidan en los procesos en los cuales intervienen, tengan una adecuada motivación o fundamentación que les permita conocer las razones por las cuales se concede o deniega su pretensión, por lo que es menester que el órgano jurisdiccional analice cada una de las argumentaciones impugnatorias esbozadas en el escrito de apelación, en aras al respecto que amerita el debido proceso.

SEGUNDO: Toda medida cautelar tiene por finalidad garantizar el futuro cumplimiento de una resolución judicial, por tanto es provisoria, instrumental y variable.

TERCERO: El artículo 677 del Código Procesal Civil, establece que proceden las medidas cautelares temporales sobre el fondo, en los casos en los cuales se litiguen pretensiones familiares como lo son: el divorcio, la tenencia, y régimen de visitas, entre otras, debiéndose precisar que esta norma jurídica debe interpretarse sistemáticamente con lo prescrito en el artículo 89 del Código de los Niños y Adolescentes.

CUARTO: Que conforme al artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, toda medida concerniente a estos que adopte el Estado debe expedirse a la luz del interés superior del niño, considerándosele como problema humano.

QUINTO: Que en el presente caso, se observa que la madre busca consolidar y retomar la relación materno filial que le une con sus hijos E.V y G.A.R.M., de ocho y seis años de edad, por lo que conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes –entre los que se encuentra el Perú– deberán coadyuvar a que el niño mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres, siempre que no perjudiquen su interés superior.

SEXTO: Que previamente a analizar los puntos sustentatorios de la apelación, es necesario precisar que tanto la solicitud como la concesión de toda medida cautelar debe atenderse a lo establecido en los artículos 610 y 611 del Código Procesal Civil, debiendo acotarse que en el presente caso dichas disposiciones legales deben concordarse con lo estipulado en el artículo 617 del precitado texto legal, así como con la norma especial que reconoce la posibilidad de variar un régimen provisional de visitas, que en el presente proceso fue acordado por ambas partes durante la tramitación de un proceso de tenencia.

SÉTIMO: Cabe precisar que las medidas cautelares son procedimientos autónomos por tanto, se resuelven considerando las piezas procesales que hayan sido incorporadas conforme a ley en el cuaderno materia de revisión por lo que los argumentos solo serán considerados si se encuentran debidamente acreditados a través de los medios probatorios pertinentes.

OCTAVO: Que a fin de analizar los argumentos sustentatorios de la apelación, cabe acotar que respecto al acápite a) se deberá tener en consideración los informes psicológicos, obrante en las páginas ciento ochenta a ciento noventa y cinco del cuaderno cautelar, los mismos que fueron incorporados a pedido de la Señora Fiscal Superior de Familia a través de los cuales se acredita que la casa donde residen los niños no permite un desarrollo natural del régimen de visitas, en tanto la madre requiere de un ambiente íntimo que coadyuve a que los niños se comuniquen con ella, debiéndose precisar que los hechos que aduce el recurrente no están fehacientemente probados en el cuaderno cautelar, por lo que no son obstáculos para que la madre mantenga un tiempo mínimo de convivencia a través de las visitas, más aún si el progenitor sostiene que no se opone a que la relación materno filial se desarrolle de manera normal y natural.

NOVENO: Respecto al argumento b) debemos precisar que ni en el expediente cautelar, ni en la apelación obra documento fehaciente que acredite la afirmación del impugnante respecto a los horarios de clases escolares, por lo que este deberá de cumplir con lo establecido por la Jueza de Primera Instancia, más aún si se ha ordenado la presencia de un profesional en psicología que asistas a las mismas; debiéndose precisar que a efectos de las visitas se desarrollen con la asistencia de un Psicólogo del Equipo Multidisciplinario, estas deben realizarse dentro del horario de funcionamiento del Equipo asignado a los Juzgados de Familia –cuyo horario de atención es de ocho de la mañana a cuatro y cuarenta y cinco de la tarde, de lunes a viernes– hecho que no debe de constituir una limitación para el desarrollo de las visitas; más aún, si el propio apelante ha expresado su deseo de que la relación materno filial se restablezca.

DÉCIMO: Respecto al punto c) debemos acotar que el pedido del progenitor se contradice con su deseo de fortalecer el vínculo materno filial, en tanto implica que se recorten los días de visitas a un solo día situación que sería contradictoria al Interés Superior de los Niños involucrados en el presente proceso judicial, más aún si consideramos que tanto como madre deben participar en la crianza y formación integral de sus hijos, debiéndose precisar que el horario pedido se encuentra fuera de las horas de atención del equipo multidisciplinario, lo cual implicaría que el régimen de visitas no se podría viabilizar siendo los niños los más perjudicados.

UNDÉCIMO: Considerando las evaluaciones psicológicas que obran en autos, así como el deseo y preocupación de ambos progenitores respectos a los niños y a su interés superior, este Órgano Colegiado considera imprescindible que la psicóloga no solo supervise las visitas sino que también determine si existen rasgos de aleneación parental de los niños que perjudiquen la relación con su madre en tanto la función tuitiva de todas las autoridades involucradas en resolver los conflictos familiares implica tomar decisiones que coadyuven en el desarrollo integral de toda niño, niña o adolescente.

Por los fundamentos expuestos la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

IV. RESUELVE

CONFIRMAR la resolución número siete, de fecha trece de junio de dos mil ocho, obrante de la página ciento cuarenta y siete a ciento cuarenta y ocho, mediante la cual se declaró procedente la solicitud cautelar de variación de régimen de visitas efectuada por doña M.E.M.G. para sus hijos los niños E.V. y G.A.R.M.; y en consecuencia se ordena que estas se realicen en un ambiente privado del área de psicología del equipo multidisciplinario los días miércoles y viernes de las quince y treinta a dieciséis y treinta horas; **EXHORTARON** a ambos progenitores a que depongan cualquier actitud hostil u obstructiva que impida el correcto desarrollo del régimen de visitas señalado, en tanto este redundará en el desarrollo integral de los niños involucrados; y los devolvieron.

Desaparición del motivo del régimen de visitas provisional: Efectos

Cuando la solicitud de régimen de visitas provisional desaparece, lo que es procedente es que se declare la sustracción de la materia, pues carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 749-2010
MATERIA : RÉGIMEN DE VISITAS

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO

Lima, tres de setiembre del año dos mil diez

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como jueza superior ponente la señora Tello Gilardi, con lo expuesto por el señor Fiscal Superior de Familia en su dictamen de folios ciento setenta y nueve a ciento ochenta y uno; y,

ATENDIENDO

PRIMERO: Que es materia de apelación interpuesta por la demandada, la resolución numero dos, que en copia obra a folios ciento cuatro, la cual precisa que el demandante podrá visitar a su menor hijo el día veinte de noviembre de dos mil nueve, de tres a cinco de la tarde **SIN EXTERNAMIENTO**; en el proceso sobre régimen de visitas (cuaderno cautelar) seguido por E.S.T. contra L.C.N.S.

SEGUNDO: Que los agravios denunciados en el recurso de impugnación interpuesto por la recurrente mediante escrito que en copia corre a folios ciento sesenta y tres a ciento sesenta y seis, se sustenta básicamente en lo siguiente; que, el padre de su hijo es una persona con problemas psicológicos, agresivo y presenta trastornos personales, habiéndola maltratado cuando estaba embarazada y después de haber nacido su hijo; indica además que el a quo no ha tomado en cuenta lo expuesto por su parte en el proceso principal, donde señala que el demandante no acredita cumplimiento de la obligación alimentaria, motivo por el cual ha tenido que iniciarle un proceso de alimentos ante el Quinto Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja.

TERCERO: Que debe de tenerse presente que la medida cautelar por su naturaleza misma, es una medida destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, siempre que se acredite la verosimilitud del derecho invocado y sea necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso conforme se desprende de la previsión legal contenida en los artículos 608 y 611 del Código Procesal Civil.

CUARTO: Que, revisado los autos se advierte que con fecha veintiocho de octubre del año dos mil nueve, don E.J.S.T., solicita medida cautelar de régimen de visitas provisional de su hijo menor de edad llamado A.E.S.N., en atención a que con fecha quince de noviembre del año dos mil nueve estaría ingresando al territorio peruano proveniente de Madrid - España, tal como lo demuestra con la boleta de información de vuelo, que en copia obra a folios noventa y ocho; siendo que mediante resolución numero dos, se resuelve admitir la medida cautelar de régimen de visitas a favor de don E.S.T., respecto de su menor hijo A.E.S.N. sin externamiento; a realizarse el día veinte de noviembre próximo de tres a cinco de la tarde en el hogar materno (...)".

QUINTO: Que, del mismo modo de las copias certificadas de las piezas procesales del cuaderno principal que se ha recabado en esta instancia, es de verificarse que mediante escrito de fecha treinta de noviembre del año dos mil nueve, la demandada doña L.C.N.S. señala en el numeral cinco: "(…) el padre de mi hijo E.S.T., con fecha veinte de noviembre se apersonó a mi domicilio a las tres de la tarde y estuvo visitando a mi hijo hasta las cinco de la tarde (…)".

SEXTO: Que, siendo ello así y atendiendo que a la fecha el motivo de la solicitud de régimen de visitas provisional ha desaparecido, es procedente que se declare la sustracción de la materia en el presente incidente, conforme a lo regulado por el artículo 321 del Código procesal Civil; fundamentos por los cuales **DECLARARON** que carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto; **DISPUSIERON** que por secretaría se proceda de conformidad con el artículo 383 del Código Procesal Civil.

TELLO GILARDI
CORONEL AQUINO
DONAYRE MÁVILA

Régimen de visitas: Ausencia de peligro en la demora

No se advierte el peligro en la demora cuando los padres ya han arribado a un acuerdo conciliatorio en el régimen de visitas.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 166-2010
MATERIA : VARIACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS - APELACIÓN DE AUTO

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Lima, tres de mayo de dos mil diez

AUTOS Y VISTOS: Interviniendo como ponente la señorita Vocal Coronel Aquino, con lo opinado por la señora Fiscal de la Segunda Fiscalía Superior de Familia en su Dictamen a fojas 519/522; y,

ATENDIENDO:

PRIMERO: Que, viene en grado de apelación la resolución número cuatro, su fecha tres de setiembre de dos mil uno, obrante a fojas 466/468, que resuelve **ADMITIR** a trámite la medida cautelar de variación de régimen de visitas solicitado por la demandante M.H.B.F. y en consecuencia **VARÍESE PROVISIONALMENTE** el Régimen de visitas dictada ante el Segundo Juzgado de Familia del Cuzco, en el Expediente N° 1512-2007 a favor de don C.I.Z.D.P. a fin de que pueda visitar a su hija A.M.Z.B. en el siguiente horario: 1) Cuando el padre de la menor se encuentre en la ciudad de Lima, los días de la semana podrá recoger a su menor hija del hogar materno a partir de las cuatro de la tarde hasta las siete y treinta de la noche y sin que dicho horario perjudique las cuestiones académicas de la menor; 2) Cuando el padre se encuentre los días domingos en la ciudad de Lima (en un máximo de dos domingos por mes) podrá recoger a su menor hija de nueve de la mañana a siete de la noche; y lo demás que contiene.

SEGUNDO: Que, el recurrente fundamenta su recurso, esencialmente en lo siguiente: 1) Que, no existe peligro en la demora en razón que su persona como el demandado han suscrito un convenio que regula el régimen de visita; 2) Que no existen pruebas reales que demuestren que el emplazado haya ido a visitar a su hija en un horario diferente al establecido; 3) Que con esta medida se está dejando sin operatividad y sin efecto legal una decisión asumida por los Órganos Jurisdiccionales de la ciudad del Cuzco cuya ejecución se está llevando a cabo en la actualidad.

TERCERO: Que, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, siendo de naturaleza provisional, instrumental y variable; que para su procedencia es necesario la

presencia de presupuestos básicos: 1) La verosimilitud del derecho invocado; 2) El peligro en la demora y; 3) La contracautela, los mismos que deben estar presentes en forma conjunta, de tal modo que la ausencia de uno de ellos, impida a la juzgadora a adoptar la medida.

CUARTO: Que de la revisión de autos fluye, que el hoy emplazado, ante el Segundo Juzgado de Familia del Cuzco promovió un Proceso de Régimen de Visitas contra doña M.B.F. (hoy demandante), Expediente Nº 2007-01512-0-1001-JR-FA-2 en el que por Audiencia Única de fecha veintitrés de agosto de dos mil siete las partes arriban a un acuerdo conciliatorio, en el sentido que la niña quedara bajo la tenencia de la madre y fijan un régimen de visitas a favor del padre en el horario y la forma que allí precisa, la misma que al ser aprobada tiene la calidad de sentencia consentida (fojas 132/134); que en ejecución de dicho acuerdo conciliatorio, las partes ampliaron el régimen de visitas acordado, en los términos que se centre el acta de Audiencia Especial de fecha catorce de enero de dos mil nueve (fojas 13/15 repetida a fojas 1199/201 y fojas 419/421).

QUINTO: Que en consecuencia, al haberse otorgado por el Órgano Jurisdiccional del Estado tutela efectiva, la misma que se encuentra en ejecución ante la Corte Superior de Justicia del Cuzco, no se advierte "peligro en la demora", más aún que dichos acuerdos en ejecución son producto del común consenso de las partes; que en todo caso, eventualmente es en sentencia y con mayor análisis de autos, en el que se definirá la materia controvertida; teniendo en consideración la resolución cinco, de fecha diecinueve de octubre de dos mil nueve, en autos principales se dispuso que el emplazado haga valer su "excepción de litis pendencia" deducida mediante escrito que corre a fojas 332/355, en Audiencia Única (fojas 358/359); Razones por las cuales: **REVOCARO**N la resolución número cuatro, su fecha tres de setiembre de dos mil uno, que resuelve **ADMITIR** a trámite la medida cautelar de variación de régimen de visitas solicitado por la demandante M.H.B.F. y en consecuencia **VARÍESE PROVISIONALMENTE** el régimen de visitas dictada ante el Segundo Juzgado de Familia del Cuzco, en el Expediente número 1512-2007 a favor de don C.I.Z.D.P. a favor de que pueda visitar a su hija A.M.Z.B. en el horario que allí precisa; la que **REFORMÁNDOLA** declararon **INFUNDADA; DISPUSIERON** que Secretaria de Sala de cumplimento a lo establecido en el artículo 383 del Código Procesal Civil. Notificándose y los devolvieron.

TELLO GILARDI
CORONEL AQUINO
ÁLVAREZ OLAZÁBAL

Régimen de visitas otorgado supera al demandado: Violación del principio de congruencia

Cuando la medida cautelar de régimen provisional de visitas es mayor a la solicitada, es evidente que esa decisión resulta incongruente al pedido formulado por el demandante, incurriendo así en la causal de nulidad insalvable.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1324-08
MATERIA : MEDIDA CAUTELAR DE VARIACIÓN DE RÉGIMEN PROVISIONAL DE VISITAS/AUTO

RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE

Lima, diecinueve de marzo del año dos mil nueve

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente la señorita Vocal Coronel Aquino; y con lo expuesto por la representante del Ministerio Público en su dictamen de fojas ciento sesenta y tres a ciento sesenta y seis; y,

ATENDIENDO

PRIMERO: Que, es materia de apelación la resolución número ocho de fecha cinco de setiembre del año dos mil ocho, de fojas ciento diecisiete, que declara fundada en parte el pedido y varia la medida cautelar extendiéndose la misma a los días martes y jueves de cinco de la tarde a siete de la noche, dentro del hogar materno, además del día domingo, sin externamiento.

SEGUNDO: Que, la apelante manifiesta en su recurso de impugnación que la resolución objeto de apelación le causa agravio en el sentido de que va en contra del propio mandato legislativo, es decir de no tener derecho a un régimen de visitas a quien incumple con la obligación alimentaría, sino que además abstrayéndose al mandato de una norma de orden público, amplía dicho régimen, de una forma absolutamente arbitraria al no haber sido pedido por el demandante y en directo perjuicio a una expectativa que no va a cumplir el demandante frente a su menor hijo.

TERCERO: Que, conforme lo establece el artículo 612 del Código Procesal Civil "toda medida cautelar importa un prejuzgamiento es provisoria, instrumental y variable".

CUARTO: Que, "la vulneración del principio de congruencia da lugar entre otros, al vicio de incongruencia denominado extra petita, que se configura cuando se concede algo diferente a lo pedido o la decisión se refiere a persona ajena al proceso".

QUINTO: Que, tal como fluye de autos se otorgó un régimen provisional de visitas a don F.B.P., para que pueda visitar a su menor hijo M.S.B.S. los días domingos de nueve de la mañana a una de la tarde, decisión que ha sido confirmada por resolución de vista de fojas treinta y siete a treinta y ocho.

SEXTO: Que, mediante resolución número ocho de fojas ciento diecisiete, la a quo ha variado la medida cautelar de régimen provisional de visitas, extendiéndola los días martes y jueves de cinco de la tarde a siete de la noche, dentro del hogar materno e incluyendo el día domingo, sin externamiento; sin embargo, es de verse del pedido de variación de fojas cuarenta y dos a cuarenta y tres, el peticionante tan solo solícita la variación de dicha medida en cuanto al externamiento de su menor hijo M.S.B.S. de siete años de edad, por lo que es evidente que esta decisión resulta incongruente al pedido formulado por el demandante, habiéndose incurrido en causal de nulidad insalvable previsto en el artículo 171 y 176 del Código Procesal Civil, por tal razón declararon: **NULA** la resolución número ocho de fecha cinco de setiembre del año dos mil ocho, de fojas ciento diecisiete, que declara Fundada en parte el pedido y varia la medida cautelar extendiéndose la misma a los días martes y jueves de cinco de la tarde a siete de la noche, dentro del hogar materno, además del día domingo en el horario establecido, sin externamiento; con lo demás que contiene, **MANDARON** a la a quo emitir nueva resolución de acuerdo a los considerandos precedentes y con arreglo a ley; notificándose y los devolvieron.

TELLO GILARDI
BELTRÁN PACHECO
CORONEL AQUINO

Alimentos

Alimentos: Concepto

Los alimentos son un instituto de amparo familiar. Entendiéndose por ello que son lo indispensable para el sustento, habitación, vestidos y asistencia médica según sus posibilidades y situación familiar.

PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA DE LIMA
EXPEDIENTE : Nº 00157-2008-24-1801-3R-FC-15
DEMANDADO : M.G.M.T.
DEMANDANTE : C.G.M.C.
MATERIA : ALIMENTOS
RESOLUCIÓN NÚMERO DOS
Lima, veinte de diciembre de dos mil once

AUTOS Y VISTOS: interviene como ponente la Magistrada Váscones Ruiz.

MATERIA

Viene en grado de apelación la resolución treinta y dos de fecha quince de julio de dos mil once que **APRUEBA** la liquidación de pensiones devengadas desde enero del año mil novecientos noventa y uno a junio del año dos mil once.

ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia de la Sala Superior de fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa, se confirma la sentencia que ordena una pensión de alimentos a favor de doña R.V.R. en su calidad de cónyuge y su hija L.E.A.V. revocando respecto del porcentaje señalado fijándolo en el diez por ciento para la cónyuge y veinte por ciento para la hija. Por resolución treinta y uno de fecha veintiséis de mayo de dos mil cinco el juzgado ordena se practique la liquidación de pensiones devengadas bajo los parámetros de la Remuneración Mínima Vital. Con fecha seis de junio de dos mil once la Técnico Pericial del Equipo, correspondiente emite el informe correspondiente concluyendo que las pensiones devengadas del periodo de enero de mil novecientos noventa y uno a junio de dos mil diez. Por escrito de fecha once de julio de dos mil once el demandado observa el informe pericial señalando que "vuestro despacho no debe dejarse sorprender por la demandante (mayor de 28 años) quien en base a argucias sin fundamentos pretende gozar de un derecho que no le corresponde (...)" [sic]. Mediante resolución treinta y dos de fecha quince de julio de dos mil once el juzgado declara infundada la observación y aprueba la liquidación de pensiones devengadas.

2. El demandante interpone recurso de apelación contra la resolución antes citada fundando su agravio en que el obligado tiene la calidad de desempleado, que ante el Décimo Noveno Juzgado de Familia de Lima la demandante interpuso demanda de alimentos, la cual fue rechazada por no contar con los elementos mínimos de procedibilidad y razonabilidad, que la demandante posee negocio propio y percibe ingresos.

ANÁLISIS

3. Que los alimentos son un instituto de amparo familiar. Entendiéndose por ello que alimento es lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia medica según sus posibilidades y situación familiar;

4. Que los autos se encuentran en ejecución de sentencia. Que de otro lado la parte demandada no ha aportado prueba de que haya cumplido con la obligación alimentaria por el periodo liquidado o de sus ingresos.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos por mayoría **CONFIRMA** la resolución treinta y dos de fecha quince de julio de dos mil once que **APRUEBA** la liquidación de pensiones devengadas desde enero del año mil novecientos noventa y uno a junio del año dos mil once debiendo la Secretaria cumplir con lo previsto en el artículo 383 del Código Procesal Civil.

CAPUÑAY CHÁVEZ
VÁSCONES RUIZ

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA SEÑORA CABELLO MATAMALA SON LOS SIGUIENTES:

1. Que, conforme lo establece el artículo cuatrocientos ochenta y tres del Código Civil, modificado por la Ley número veintisiete mil seiscientos cuarenta y seis, publicado con fecha veintitrés de enero del año dos mil dos, de modo similar a su texto original prescribe expresamente que: "Tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, esta deja de regir al llegar aquellos a la mayoría de edad. Sin embargo subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.

2. Que, por mandato legal la exigibilidad de la pensión alimenticia dispuesta por pronunciamiento judicial concluye al adquirir el alimentista la mayoría de edad, en tanto el estado de necesidad presumido por su minoridad ha concluido, debiendo a partir de dicho momento acreditarse los supuestos de hecho contemplados en la ley, para que esta relación obligacional continúe.

3. Que, dicha prescripción legal no enerva que los padres de modo voluntario acudan a sus hijos mayores de edad, a través de prestaciones económicas las que de conformidad al artículo mil doscientos setenta y cinco del Código sustantivo no son objeto de devolución por consistir en prestaciones que importan el cumplimento de deberes morales.

4. Que, en el caso de autos, la alimentista L.E.A.V., ha llegado a la mayoría de edad, requiriéndose para la subsistencia de la obligación se acrediten los supuestos del numeral precedentemente acotado para continuar vigente la pensión alimenticia establecida; teniendo además en cuenta que la referida persona no se ha apersonado en autos a exigir el cumplimiento de las pensiones alimenticias devengadas; fundamentos por los cuales **MI VOTO** es porque se declare **NULA** la resolución apelada, copiada a folios ochenta, de fecha quince de julio de dos mil once, que declara Infundada la observación, se aprueba en la suma de treinta y dos mil ciento cincuenta y tres nuevos soles, con sesenta y cinco céntimos, pensiones devengadas que corren del mes de enero del año mil novecientos noventa y uno al mes de junio del año dos mil once, que deberá pagar el demandado, debiendo emitir el a quo nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los considerandos precedentes.

CABELLO MATAMALA

Alimentos: Pensiones devengadas

Cuando las deudas provienen de una pensión devengada de alimentos que no se encuentra garantizada, procede interponer medida cautelar de embargo en forma de inscripción.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1262-2009
MATERIA : ALIMENTOS - MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS

Limas, catorce de diciembre del año dos mil nueve

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como Vocal Ponente la señorita Jueza Superior Beltrán Pacheco.

ASUNTO

Que, es materia de apelación el extremo de la resolución dos de fecha quince de agosto del año dos mil ocho, obrante en la página veinte, a través de la cual se declaró improcedente la medida cautelar solicitada por doña M.J.B.R.

ANTECEDENTES

1. Que, se observa de autos que doña M.J.B.R., recurrió ante el Órgano Jurisdiccional solicitando se dicte medida cautelar de Embargo de Forma de Inscripción sobre las acciones y derechos que don Gerardo Ramírez Silva posee los inmuebles ubicados en:

   a) Lote N° 10 Manzana M, distrito de José Leonardo Ortiz, Departamento de Lambayeque, y

   b) Calle Río Chotano N° 150 Urbanización Federico Villarreal, provincia de Chiclayo Departamento de Lambayeque.

2. Que, mediante resolución número dos, obrante en la página veinte, se declaró improcedente la medida cautelar solicitada por doña M.J.B.R.;

3. Conforme se desprende del escrito obrante en la página veintidós donde el solicitante interpuso el medio impugnatorio de apelación, argumentando que la deuda proveniente de las pensiones devengadas de alimentos no se encuentra garantizada, argumentos por los cuales solicita la revocatoria de la resolución apelada.

ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL

PRIMERO: Cabe acotar que el artículo seiscientos ocho del Código Procesal Civil, establece que las medidas cautelares son un instituto de carácter procesal a través de las cuales el órgano jurisdiccional a propuesta de una de las partes busca asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, garantizando la eficacia del proceso.

SEGUNDO: Que, estando a los argumentos vertidos por la apelante en su escrito impugnatorio obrante en la página veintidós, debemos precisar que existe pendiente se aprueba una liquidación de pensiones devengadas de alimentos.

TERCERO: Que, en este sentido encontrándose los actuados en ejecución resulta pertinente que previamente a resolver si procede o no la medida cautelar, el Órgano Jurisdiccional establezca fehacientemente si a la fecha existe pensiones devengadas de alimentos, por lo que luego de ello, se analizará si es pertinente conceder la medida cautelar solicitada, así como el monto de su afectación conforme establece el inciso tercero del artículo seiscientos diez del Código Procesal Civil.

CUARTO: Que, en consecuencia la decisión del juzgador, afecta el derecho que tiene toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocida en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil; por cuyas razones, en aplicación de los artículos ciento setenta y uno y ciento setenta y seis del Código Procesal citado, este Órgano Colegiado en ejercicio de las atribuciones conferidas por ley.

RESUELVE

DECLARAR NULA la resolución dos de fecha quince de agosto del años dos mil ocho, obrante en la página veinte, a través de la cual se declaró improcedente la medida cautelar solicitada por doña M.J.B.R.; **DISPUSIERON** que la señora Jueza de Primera Instancia, emita un nuevo pronunciamiento teniendo en consideración los fundamentos expuestos; en los seguidos por doña M.J.B.R. sobre alimentos; notificándose y los devolvieron.

BELTRÁN PACHECO

Convenio de separación aprobada por el juez: Constituye título ejecutivo

Cuando los padres en un proceso de separación convencional aprueban una propuesta de convenio presentada por el juez de la causa y no es cumplido por una de las partes, se podrá conceder una medida de ejecución dado que ese convenio constituye un título de ejecución.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 225-2005
MATERIA : SEPARACIÓN CONVENCIONAL - APELACIÓN DE AUTO

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO

Lima, treinta de setiembre de dos mil diez

AUTOS Y VISTOS: Interviniendo como ponente la Señorita Jueza Superior Coronel Aquino; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: Que, viene en apelación la resolución número veintidós de fecha veintiuno de diciembre de dos mil nueve, copiado en fojas 67, que concede la medida cautelar solicitada por G.K.H., disponiéndose el embargo en forma de retención de los ingresos que percibe el codemandante R.W e I.A. en su calidad de abogado de la Cooperación de Ahorro y Crédito AELU hasta por el monto de tres mil nuevos soles, en forma mensual y adelantada, que corresponde a la pensión alimenticia de sus menores hijos L.T. y R.H.I.K. a razón de un mil quinientos nuevos soles para cada uno, bajo apercibimiento de doble pago y remitirse copias certificadas al Ministerio Público en caso de incumplimiento.

SEGUNDO: Que, el apelante R.W. e I.A., fundamenta su recurso copiado a fojas 83/90 esencialmente en lo siguiente: 1) Que se ha dispuesto en forma indebida e ilegal el embargo de más del sesenta por ciento de su sueldo, sin considerar que él ha venido cumpliendo regularmente con pagar la pensión de alimentos de sus menores hijos, siendo falsa la afirmación de la madre de sus hijos en cuanto refiere que él no ha cumplido con pagar en forma completa los alimentos; 2) Que se ha cometido un abuso del derecho al haberse ordenado el embargo de su sueldo sin haberlo requerido previamente para el pago; 3) Que su situación ha cambiado en la actualidad pues ha contraído nuevamente matrimonio teniendo una hija de un año de nacida además con dos préstamos y respecto a su excónyuge, viene laborando a tiempo completo en una empresa solvente.

TERCERO: Que por sentencia de fecha veintiuno de noviembre de dos mil cinco, el Décimo Octavo Juzgado de Familia de Lima declara la separación legal de cuerpos de los cónyuges, aprobándose la propuesta de convenio presentada, estableciendo como régimen de alimentos: "(...) el padre acudirá con la suma de

tres mil nuevos soles; en forma mensual de los cuales le corresponde a cada hijo la suma de mil quinientos nuevos soles; y a favor de los cónyuges la suma de quinientos nuevos soles hasta que se emita la sentencia de divorcio, asimismo, el padre acudirá a los menores con útiles escolares y la cónyuge se encargará de los uniformes escolares para los menores (…)", que con fecha catorce de marzo de dos mil seis se declaró asimismo la disolución del vínculo matrimonial, siendo declarada consentida por resolución de fecha veinticinco de abril del mismo año.

CUARTO: Que mediante escrito de fecha quince de diciembre de dos mil nueve, la codemandante solicita "se cumpla la sentencia", solicitando se ordene la retención sobre la remuneración mensual que percibe su excónyuge como abogado de la Cooperativa de Ahorro y Crédito AELU ascendente a la suma de tres mil y 00/100 nuevos soles, que corresponde a la pensión alimenticia de sus dos hijos, debido a que el obligado supuestamente no cumple con lo ordenado en la sentencia de separación pues "paga el monto que quiere y en la forma que desea"; que este pedido motivó la expedición de la resolución apelada que concede la medida cautelar de embargo en forma de retención sobre los ingresos del obligado.

QUINTO: Que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: "toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala (…)"; las mismas que constituyen título de ejecución.

SEXTO: Que al caso que nos ocupa es aplicable el artículo 716 del Código Procesal Civil que dispone que: "si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se concederán a solicitud de parte, medidas de ejecución con arreglo al subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada (...)"; entre ellas la Medida Cautelar de Embargo, regulada por el artículo 642 del referido Código adjetivo.

SÉTIMO: Que habiéndose dispuesto en el presente caso, la medida cautelar de embargo en forma de retención de los ingresos que percibe el codemandante R.W. y I.A. hasta por el monto de tres mil nuevos soles, dicha resolución se ha emitido con arreglo a derecho por cuanto el artículo 713 del Código adjetivo que exigía el requerimiento previo a la ejecución forzada quedó derogada por el Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 de junio de 2008; por lo que **CONFIRMARON** la resolución número veintidós de fecha veintiuno de diciembre de dos mil nueve, copiado en fojas 67, que concede la medida cautelar solicitada por G.K.H., disponiendo el embargo en forma de retención de los ingresos que perciba el codemandante R.W. y I.A. en su calidad de abogado de la Cooperativa de Ahorro y crédito AELU hasta por el monto de tres mil nuevos soles, en forma mensual y adelantada, que corresponde a la pensión alimenticia de sus menores hijos L.T. y R.H.I.K., dejándose sin efecto el extremo de la misma que establece

el apercibimiento de doble pago y remitirse copias certificadas al Ministerio Público por no guardar relación con la medida concedida; **DISPUSIERON** que por secretaría se proceda con arreglo a lo establecido por el artículo 383 del Código Procesal Civil.

CORONEL AQUINO

Acuerdo de exoneración de alimentos: Debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del levantamiento del embargo en forma de retención

A pesar de que el acuerdo de exoneración tenga lugar en un proceso distinto se deberá tomar en cuenta a fin de resolver el levantamiento de embargo que se solicita. Por lo que corresponde al a quo emitir pronunciamiento sobre el levantamiento de embargo solicitado por el afectado en el proceso de alimentos, debiendo tener a la vista al momento de resolver los actuados de los expedientes de alimentos, con la finalidad de establecer si existe deuda pendiente de pago.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA DE FAMILIA DE LIMA

EXPEDIENTE : N° 1513-2009
MATERIA : ALIMENTOS - AUTOS

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Lima, once de marzo de dos mil diez

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente la señora Jueza Superior Provisional Cecilia Gabriela Gonzales Fuentes y, **ATENDIENDO**

PRIMERO: Que viene en grado de apelación la resolución número seis, su fecha dos de setiembre de dos mil nueve que declara improcedente el pedido de levantar la medida de embargo en forma de retención del cincuenta por ciento de los beneficios sociales de don A.R.T.C.;

SEGUNDO: Sostiene el apelante que ha acreditado haber cumplido a cabalidad con la pensión de alimentos otorgado a su hijo R.J.T.C. quien ha superado la mayoría de edad, pese a lo cual acordó apoyarlo con el quince por ciento de sus ingresos mensuales hasta el mes de febrero de dos mil ocho;

TERCERO: Se aprecia de lo actuado que la medida de embargo en forma de retención sobre el cincuenta por ciento de los beneficios sociales del demandado fue ordenada mediante resolución copiada a fojas catorce, su fecha trece de febrero de mil novecientos noventa, en el expediente sobre alimentos número 242-89 tramitado ante los juzgados civiles de Lima y actualmente de conocimiento del Sexto Juzgado de Familia de Lima; que posteriormente las partes siguieron el proceso N° 4096-2001 del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja –secretario Motta, fijándose la pensión en el quince por ciento de los haberes del demandado, finalmente, en el Expediente N° 3779-2006 sobre exoneración de alimentos, las partes acordaron que esta rija a partir de primero de febrero del año dos mil ocho, acuerdo que fue aprobado dándose por concluido el proceso;

CUARTO: Que, si bien es cierto que el acuerdo de exoneración tuvo lugar en un proceso distintos, también lo es que la medida cautelar cuyo levantamiento se solicita se ha dictado en el presente proceso, por lo que corresponde al a quo emitir pronunciamiento sobre el levantamiento de embargo solicitado por el afectado, debiendo tener a la vista al momento de resolver los actuados de los expedientes identificados en el apartado anterior con la finalidad de establecer si existe deuda pendiente de pago.

QUINTO: De otra parte, observamos que si bien se ha cumplido con correr traslado al alimentista de la solicitud formulada, la notificación cursada según cargo de fojas treinta y tres y siguiente no ha cumplido su objeto, ya que de acuerdo con la consulta efectuada a Reniec el alimentista tiene su domicilio en Jirón Tacna 437 Santiago de Surco, donde deberá ser debidamente emplazado.

Por las razones anotadas, habiéndose incurrido en infracción de los dispuesto por el artículo I del Título Preliminar 6 y 158 del Código Procesal Civil, de conformidad con la previsión de los artículos 171 y 364 del acotado; **DECLARARON NULA** la resolución número seis, su fecha dos de setiembre de dos mil nueve que declara improcedente el pedido de levantamiento de la medida de embargo en forma de retención del cincuenta por ciento de los beneficios sociales que pudieran corresponder a don Albino Raúl Taype Cerreños en caso de retiro; **ORDENARON** que el juzgado emita nueva resolución sobre el fondo de lo solicitado, previa notificación al demandante y con vista de los expedientes anteriormente indicados; **MANDARON** que la Secretaría de esta Sala dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 383 del Código Procesal Civil.

GONZALES FUENTES

Asignación anticipada de alimentos: A favor de víctima de violencia familiar

El artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar establece la procedencia de la solicitud de una asignación anticipada de alimentos como medida de protección inmediata a favor de la víctima.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 62-2010
MATERIA : VIOLENCIA FAMILIAR / AUTO

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Lima, veintidós de abril del año dos mil diez

AUTOS, VISTOS; a la vista el informe del Asegurado expedida por *EsSalud.gob.pe* e informe del Colegio de Abogados de Lima expedidos por el sistema de Internet, que se agregará a los autos; interviniendo como ponente la señorita Juez Superior Coronel Aquino; con el dictamen emitido por el Representante del Ministerio Público de fojas 302/304 y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: Que es elevado en grado de apelación la resolución uno su fecha primero de diciembre de dos mil nueve en el extremo que resuelve "(...) respecto a la solicitud de otorgamiento de una pensión provisional de alimentos, no se ha acreditado la verisimilitud del derecho invocado por el recurrente, así como tampoco la capacidad económica del demandado, por lo que no se ha logrado establecer la necesidad de la emisión de una decisión preventiva, por no cumplir ninguno de los presupuestos fácticos exigidos por la norma adjetiva para amparar el pedido".

SEGUNDO: Que el impugnante fundamenta su recurso, esencialmente en lo siguiente: 1) Que no se ha considerado su evaluación de incapacidad otorgada por EsSalud en la que se establece que cuenta con una capacidad del treinta por ciento de visión que no le permite laborar, 2) Que no cuenta con renta o pensión de jubilación alguna, 3) Que cuenta con setenta y cinco años de edad, 4) Que el agresor tiene un ingreso superior a siete mil nuevos soles, 5) Que el agresor no es propietario del inmueble ubicado en la calle las Begonias número dos mil seiscientos sesenta y si bien es cierto se encuentra inscrito propietario en los Registros Públicos, se trata de una venta simulada que será materia de otro proceso civil y por tanto el agresor no tiene derecho a cobrar ilícitamente los alquileres.

TERCERO: Que el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar establece que dictado el auto de apertura de instrucción por hecho tipificados como delitos y que se relacionan con la

violencia familiar, corresponde al juez dictar de oficio las medidas cautelares que señala la presente Ley; que concordado con el artículo 7 de dicha norma, establece la procedencia de la solicitud de una asignación anticipada de alimentos como medida de protección inmediata a favor de la víctima, que se hace evidente en el caso de autos; por cuyos fundamentos **CONFIRMARON** la resolución materia de apelación, su fecha primero de diciembre de dos mil nueve en el extremo que resuelve: "(...) respecto a la solicitud de otorgamiento de una pensión provisional de alimentos, no se ha acreditado la verosimilitud del derecho invocado por el recurrente, así como tampoco la capacidad económica del demandado, por lo que no se ha logrado establecer la necesidad de la emisión de una decisión preventiva, por no cumplir ninguno de los presupuestos fácticos exigidos por la norma adjetiva para amparar el pedido". **DISPUSIERON:** Que la secretaría de esta Sala cumpla con lo dispuesto en el artículo 383 del Código Procesal Civil.

CORONEL AQUINO

Asignación anticipada de alimentos: Procede cuando no se acredita que el cónyuge adulto mayor no cuenta con ingresos adicionales

Cuando en el proceso no obra medio probatorio indubitable que acredite que la cónyuge adulto mayor perciba ingresos adicionales, se deberá fijar un monto proporcional tomando en cuenta que es una medida cautelar.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA DE FAMILIA DE LIMA

EXPEDIENTE : N° 1203-2009
MATERIA : MEDIDA CAUTELAR (ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS) - DIVORCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Lima, diecisiete de noviembre de dos mil nueve

AUTOS Y VISTOS: Interviniendo como ponente la Señorita Jueza Superior Coronel Aquino; con la información brindada por el Sistema de Consultas en Línea del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, así como la información del asegurado, de los justiciables que se tienen a la vista y se incorporan al proceso; y

ATENDIENDO:

PRIMERO: Que es elevado en grado de apelación la resolución doce, su fecha primero de junio del año en curso, de fojas 199/200, que admite a trámite cautelar de Asignación Anticipada de Alimentos a favor de la accionante doña Irma Haydée Herrera Segura de Bazalar ascendente al veinte por ciento del total de ingresos percibidos por el demandado Jorge Gustavo Bazalar Vidal, como pensionista de EsSalud oficiándose a dicha entidad para dicho efecto; en los autos seguidos por las partes sobre divorcio por causal;

SEGUNDO: Que conforme el artículo 612 del Código Procesal Civil, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento de carácter provisorio, instrumental y variable y en el caso de autos, tratándose de una medida temporal sobre el fondo de la controversia, para determinar el monto, se debe tener en cuenta el contenido de los artículos 473 y 481 del Código Civil, referente al estado de necesidad de quien los pide y las posibilidades económicas de quien debe darlos;

TERCERO: Que en el cuadernillo de su propósito fluye que la solicitante Irma Haydée Herrera Segura de Bazalar, es una ciudadana que cuenta con sesenta y cinco años de edad, que tiene la calidad de pensionista y por ende con ingresos fijos, permanentes y de libre disposición, así como Seguro de EsSalud, sin

obligaciones alimenticias que cumplir más que la suya propia así como la de su cónyuge, conforme lo dispone el inciso 1) del artículo 474 del Código Civil;

CUARTO: A que sin embargo, estando a que en autos no obra medio probatorio indubitable que acredite que la cónyuge perciba ingresos adicionales por los alquileres de propiedades de la sociedad conyugal ascendentes a mil ciento dólares mensuales, haya retirado del Banco de Crédito la suma de treinta y siete mil dólares americanos de los ahorros conyugales, haya adquirido Créditos en Ripley, y que aquel pague seguros de salud a favor de la actora; debe fijarse un monto proporcional, considerando que tratándose de una medida de carácter instrumental, provisoria y variable, en sentencia y con un mayor análisis de autos se determinará en definitiva la pretensión invocada; por cuyos fundamentos: **1) CONFIRMAR** la resolución doce su fecha primero de junio del año en curso, de fojas 199/200, en el extremo que resuelve admitir a trámite la medida cautelar de Asignación Anticipada de Alimentos a favor de la accionante Irma Haydee Herrera Segura de Bazalar; **REVOCAR** el monto fijado; el que **REFORMÁNDOLO**, fijaron en un **CINCO POR CIENTO** del total de los ingresos que percibe el demandado en su centro laboral, con la sola deducción de los descuentos de ley; **DISPUSIERON** que por Secretaría se proceda conforme a lo establecido en el artículo 383 del Código Procesal Civil.

TELLO GILARDI
BELTRÁN PACHECO
CORONEL AQUINO

Pedido de levantamiento del embargo en forma de retención de la CTS: No puede originar que se deje sin efecto la medida cautelar

Se contraviene el principio de congruencia procesal cuando al solicitar el levantamiento de la orden de retención del cincuenta por ciento de la compensación por tiempo de servicios del recurrente se resuelve ordenar dejar sin efecto el embargo en forma de retención.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

EXPEDIENTE : N° 1382-08
MATERIA : EXTINCIÓN DE LOS ALIMENTOS - AUTO

RESOLUCIÓN

Lima, cinco de marzo del año dos mil nueve

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente la señora Vocal Tello Gilardi; y **ATENDIENDO**

PRIMERO: Que, viene en apelación el extremo de la resolución número sesenta y cinco, de fecha once de setiembre del año dos mil ocho, de fojas setenta y cuatro a setenta y cinco, que dispone se deje sin efecto el embargo en forma de retención trabado sobre el cincuenta por ciento de la compensación por tiempo de servicios de don Samuel Campos Valerio, ordenado mediante resolución número veintidós de fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, y dispone se oficie al Banco de Crédito del Perú.

SEGUNDO: Que, la apelante doña Marliz Martha Campos Rodríguez en su recurso de apelación de fojas cien a ciento tres, manifiesta que el extremo recurrido le produce agravio toda vez que el presente expediente ha sido acumulado al Expediente Nº 15294-1998 sobre aumento de alimentos el cual gira ante el Décimo Octavo Juzgado de Familia de Lima, en donde existen liquidaciones de pensiones alimenticias devengadas a favor de la cónyuge las mismas que a la fecha no han sido pagadas.

TERCERO: Que, el recuso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produce agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total y parcialmente, así está establecido en el artículo 364 del Código Procesal civil.

CUARTO: Que, de la revisión de lo actuado aparece que el demandante solicitó se levante la orden de retención del cincuenta por ciento de su compensación por tiempo de servicios dictada mediante resolución veintidós de fecha veintiocho

de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, sin embargo la resolución dictada ordena dejar sin efecto el embargo en forma de retención ordenado mediante resolución de fecha distinta, por lo que se ha faltado al principio de congruencia al no existir correspondencia entre lo peticionado y lo resuelto.

QUINTO: Que, de otra parte, la apelante ha sostenido que existen procesos acumulados en los que se han aprobado liquidaciones por alimentos devengados, las que no deben verse afectadas por la sentencia dictada en el proceso sobre exoneración de alimentos con fecha diecinueve de julio de dos mil tres, confirmada por ejecutoria de dos de marzo del año dos mil cuatro, sentencia cuya ejecución se sujeta a las reglas generales sobre la materia; siendo así, lo resuelto resulta prematuro, debiendo previamente recabarse informe sobre la realidad de la acumulación de procesos, la existencia de los devengados así como de otras medidas entelares dictadas sobre el mismo bien que obliguen a la subsistencia de la afectación. Por las razones anotadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 122 apartado 4), 571 568 y 176 del Código Procesal Civil, habiéndose incurrido en causal de nulidad insubsanable; **SE DECLARA NULA** la resolución número sesenta y cinco de fecha once de setiembre del año dos mil ocho, **SE DISPONE** que el juzgado emita nueva resolución previo cumplimiento de lo antes señalado; notificándose y los devolvieron.

TELLO GILARDI
BELTRÁN PACHECO
GONZALEZ FUENTES

Alimentos: Capacidad económica del demandado

Es preciso establecer que la persona a quien se le reclama el cumplimiento de la obligación alimentaria esté en condiciones de suministrarlos; toda vez que, se entiende que el obligado si bien tiene el deber de acudir a las personas que tengan derecho, dicha obligación debe cumplirse dentro de sus posibilidades económicas, y sin llegar al sacrificio de su propia existencia.

2º JUZGADO DE PAZ LETRADO - Sede MBJ Carabayllo
EXPEDIENTE : Nº 004I 0-2009-0-0905-J P-FC-02
MATERIA : ALIMENTOS
ESPECIALISTA : ROBLES CHIMBE EULOGIA M.
DEMANDADO : M.A.B.S.
DEMANDANTE : H.T.H.

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO ONCE

Carabayllo, 13 de octubre de 2010

VISTOS: Resulta de autos, que por escrito de fojas 9 a 18 **H.T.H.**, interpone demanda de alimentos contra **M.A.B.S.** a fin que cumpla con acudir a favor de su menor hijo D.M.B.T. una pensión mensual ascendente al 60% de su haber mensual.

ANTECEDENTES:

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

La parte demandante sostiene principalmente que:

a) Con el demandado contrajo nupcias el 25 de mayo de 2002, ante los registros civiles de la Municipalidad Metropolitana de Lima, conforme a la partida de matrimonio que adjunta a la presente.

b) Producto de unión conyugal procrearon a su menor hijo (...), quien en la actualidad cuenta con 6 años de edad, conforme lo acredita con la partida de nacimiento que adjunta a la presente.

c) Su menor hijo se encuentra cursando el 2do grado de educación Primaria en la Institución Educativa Particular "Anton Makarenko" de Comas; siendo su persona quien viene únicamente afrontando los gastos para su manutención (alimentos, salud, educación y vestido); así como del amor y apoyo moral que todo hijo necesita.

d) El demandado cuenta con trabajo estable, ya que ostenta el Grado de Suboficial de Primera de la Policía Nacional en situación de actividad, además mensualmente percibe por concepto de servicio individualizado de

seguridad de Bancos directamente de la Agencia Bancaria donde es designado para prestar servicio.

e) El demandado no tiene otras obligaciones ni cargas que cumplir, por lo que debe imperativamente asumir su deber y obligación con el pago de los alimentos a favor de su menor hijo.

f) Es obligación de los padres velar por el sustento, educación, alimentos y brindarles una protección a sus hijos, es por ello que recurre al despacho en busca de tutela.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Relación procesal: Previamente del análisis de los puntos controvertidos, debe señalarse que, con la partida de nacimiento del menor (...) se acredita la relación familiar existente entre este y el demandado, siendo en consecuencia de aplicación lo dispuesto en el artículo 474 inciso 2) del Código Civil, concordante con el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes.

SEGUNDO: Carga y fines de la prueba: Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y a fundamentar sus decisiones, correspondiendo la carga de la prueba a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, salvo disposición legal diferente, de conformidad con los artículos 188 y 196 del Código Procesal Civil.

TERCERO: **Valoración de la prueba**: Que, asimismo los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta utilizando su apreciación razonada, sin embargo en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión, conforme a lo preceptuado en el artículo 197 del Código acotado.

CUARTO: Del interés superior del niño: Se debe tener presente que en la adopción de medidas concernientes al niño y adolescente, es de obligatoria observancia por parte de toda autoridad, el Interés Superior del Niño y el Adolescente, tal como lo prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; siendo que los preceptos señalados, son entendidos como relevantes por este Órgano Jurisdiccional para efectos de esta resolución.

QUINTO: Definición y característica de los alimentos: Tal como señala el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes, se considera como alimento lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño y del adolescente, siendo características de este derecho-deber alimentario el ser inherente a la persona y el ser variable, imprescriptible y recíproco.

SEXTO: Sobre la pretensión: Lo que se viene solicitando es una pensión alimenticia a favor del menor de edad indicado en el punto primero. En tal sentido

se debe tener presente que el derecho alimentario de los descendientes se origina en la consanguinidad, y genera la obligación de los progenitores (ambos) en sostener a su hija.

SÉTIMO: Estado de necesidad de la menor alimentista: El menor (...), cuenta en la actualidad con siete años de edad, según se aprecia de la partida acotada en el primer considerando de esta resolución; por lo que de dicha circunstancia se desprende la necesidad de este de contar con los alimentos necesarios para permitir su desarrollo en condiciones que hagan posible su existencia con decoro y dignidad.

OCTAVO: Capacidad económica del demandado: En este proceso, es preciso establecer que la persona a quien se le reclama el cumplimiento de la obligación alimentaría esté en condiciones de suministrarlos; toda vez que se entiende que el obligado si bien tiene el deber de acudir a las personas que tengan derecho, dicha obligación debe cumplirse dentro de sus posibilidades económicas, y sin llegar al sacrificio de su propia existencia. Al respecto, debe señalarse que el de mandado es Suboficial de Primera de la Policía Nacional del Perú y percibe un ingreso bruto de S/. 1,404.34, conforme se desprende de la boleta de pagos que obra en original a folios 49 de autos.

NOVENO: Obligaciones y carga familiar del demandado: Otro aspecto que debe tenerse en cuenta para determinar si el obligado alimentario se encuentra en posibilidades para otorgar la pensión alimenticia solicitada, es el establecer las obligaciones y carga familiar a las que se encuentra este sometido, independientemente de la obligación alimenticia submateria. Que, el demandado no ha acreditado tener carga similar.

DÉCIMO: Fijación de la pensión alimenticia: Para fijarse el monto de la pensión alimenticia deberá tenerse en consideración las posibilidades económicas del obligado, así como las obligaciones del mismo para con la familia, la cantidad de dinero que constituye su renta mensual, así como las necesidades del alimentista. Así, el Código Civil en su artículo 481, establece la proporcionalidad de la fijación de la pensión de alimentos, pues expresa que los alimentos deben regularse en proporción a las necesidades de quien los pide y de las posibilidades de quien debe darlos, atendiendo además a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. En el caso de autos, de lo precedentemente expuesto se advierte, lo siguiente: a) En autos ha quedado fehacientemente comprobada la necesidad alimentaria del menor (...) por su corta edad. b) Por otro lado, el emplazado no ha demostrado tener otras obligaciones similares a las que son materia del presente proceso. c) De este modo, la pensión que se solicita debe fijarse con la prudencia y proporcionalidad que aconseja el artículo 481 del Código Civil acotado, teniendo en consideración que no es necesario probar rigurosamente los ingresos del demandado y tomando en cuenta las necesidades de la menor alimentista, en aplicación del principio rector acotado en el quinto considerando de esta resolución. d) Debiéndose tener en cuenta que por el hecho mismo de tener una hijo menor, el emplazado

está obligado a trabajar para procurarle el sustento adecuado y no dejar dicha responsabilidad en mano exclusiva de la madre de su menor hijo de donde resulta arreglado a derecho el tener que amparar en parte la demanda de alimentos interpuesta en contra del emplazado.

Por estas razones, las normas invocadas y estando a que las demás pruebas actuadas y no glosadas en nada modifica los considerandos precedentes, la señora juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Carabayllo.

FALLA:

Primero: FUNDADA en parte la demanda de fojas 9 a 18.

Segundo: ORDENÓ: que el demandado **M.A.B.S.**, acuda a su menor hijo (...) con la pensión alimenticia mensual y adelantada ascendente al **30% (TREINTA POR CIENTO)**, de sus ingresos y haberes como Suboficial de Primera de la Policía Nacional del Perú; pensión que será entregada a la demandante en representación de su menor hijo y que regirá a partir de la notificación de la demanda. Sin costas ni costos por la naturaleza del proceso. Déjese sin efecto la Asignación Anticipada concedida en autos. **NOTIFÍQUESE.**

ROSANNA MILAGROS VALENZUELA LÓPEZ, Juez
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO-MBJ CARABAYLLO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Alimentos: Estado de necesidad

Se entiende que una persona se encuentra en estado de necesidad cuando no está habilitada para subsistir modestamente, así como su patrimonio y la capacidad de trabajo de quien pretende obtener la pensión de alimentos o a favor de quien se pretende.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO DE PUENTE PIEDRA, SANTA ROSA Y ANCÓN
SENTENCIA
2º JUZGADO DE PAZ LETRADO - Sede JPL Puente Piedra
EXPEDIENTE : Nº 1367-2012
MATERIA : ALIMENTOS
DEMANDANTE : R.A.C.R.
DEMANDADO : R.J.E.G.
ESPECIALISTA : ROJAS

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO

Puente Piedra, 4 de mayo de 2012

Puesto a Despacho:

VISTOS: Resulta de los actuados: (UNO) DE LA DEMANDA: Que, mediante escrito obrante de folios 12 y 14, doña **R.A.C.R.** interpone demanda de alimentos contra don **R.J.E.G.**, precisando como:

A) PETITORIO: Que, interpone la demanda contra el emplazado a fin de que cumpla con abonar una pensión alimenticia mensual y adelantada **CUATROCIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES** del ingreso mensual que viene percibiendo el demandado quien desempeña varios oficios con ingresos que superan los mil doscientos nuevos soles a favor de la menor (…) de cuatro años de edad con base en los siguientes:

B) FUNDAMENTOS DE HECHO: Que; luego de conocerse con el demandado han convivido en su domicilio antes indicado, desde el mes de junio de 2007, hasta el mes de febrero del año 2010, y fruto de las relaciones procrearon a la menor antes indicada, siendo que desde la separación con el padre de la niña ha hecho caso omiso a su deber y obligación de padre. Que luego de su separación indica la demandante que se fue a vivir en la casa de sus familiares, precisando además que se encuentra gestando y el demandado la ha dejado en completo abandono a ella y a su menor hijita, estableciendo los ingresos que percibe el demandado ascienden a más de mil doscientos nuevos soles. Y demás especificaciones contenidas en el escrito de demanda y;

C) **FUNDAMENTOS DE DERECHO:** Amparando su pretensión en las normas que nuestro ordenamiento legal dispone para el presente caso.

(DOS) DE LOS ACTOS PROCESALES: (a) DEL AUTO ADMISORIO: Calificada la demanda, mediante resolución número uno de fojas 15, se admitió a trámite la misma ordenando se substancie en la vía de proceso único, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios. Y corrido el **traslado al demandado** conforme es de verse del cargo de notificación insertos a fojas 16, el mismo mediante resolución número dos fue declarado **rebelde**; resolución de fojas 17. (b) DE LA AUDIENCIA ÚNICA: Que, la misma se llevó a cabo conforme a los términos a que se contrae el acta que antecede, anexada a los autos.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso, conforme a lo normado en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

SEGUNDO: Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; asimismo, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos, de conformidad con lo establecido en los artículos 188 y 196 del Código Procesal acotado.

TERCERO: Que, se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, siendo que, cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

CUARTO: Que, el artículo 2 de la Constitución Política del Estado precisa que toda persona tiene derecho: "A la vida, a su identidad, a su integridad moral, síquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

QUINTO: Que, nuestro ordenamiento jurídico establece que "se considera alimentos a lo necesario para el sustento, habitación, capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño y del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del posparto".

SEXTO: Que, el Principio 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Niño precisa que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, que en la interpretación del Tribunal Constitucional se considera que tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en el reconocimiento del niño como sujeto de derecho y por lo tanto, de protección atendiendo a sus pocos años y a su estado de

desarrollo, de esta manera el interés superior del niño puede ser definido como "el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales".

SÉTIMO: Que, en tal sentido, el derecho alimentario es irrenunciable, respecto a los menores de edad, por lo que este Órgano Jurisdiccional remarca la importancia de que ambos padres contribuyan a prestar alimentos a sus hijos, conforme se establece en el numeral 2 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Resolución Legislativa Nº 25278, artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por Resolución Legislativa Nº 13282 y, artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes.

OCTAVO: Que, la legitimidad e interés para obrar de la demandante se encuentra acreditada con la partida de nacimiento de su hija (…) de cuatro años de edad de fojas 3; por ende se verifica el derecho de recurrir ante esta judicatura solicitando tutela jurisdiccional conforme a lo dispuesto en el artículo 418 del Código Civil.

NOVENO: Que, en este estado corresponde resolver los puntos controvertidos fijados en autos: Respecto al primer punto controvertido: "Determinar si la parte demandada R.J.E.G., tiene obligación de pagar pensión alimenticia a favor de su hija (…) de cuatro años de edad", tenemos: que, con el mérito de la partida de nacimiento glosada en el considerando precedente la demandante acredita el vínculo filial que tiene la menor con el demandado, determinándose por ello la existencia de la obligación de prestar alimentos por parte del demandado a favor de su hija conforme a lo dispuesto por el artículo 474 del Código Civil.

DÉCIMO: Que, respecto al segundo punto controvertido: "Determinar el estado de necesidad de la persona que solicita alimentos y las circunstancias personales, capacidad económica y cargas adicionales del demandado para establecer el monto de su obligación alimenticia", se debe tener en cuenta que:

Respecto al estado de necesidad de la persona para quien se solicita alimentos: Se entiende que una persona se encuentra en estado de necesidad cuando no está habilitada para subsistir modestamente, así como su patrimonio y, la capacidad de trabajo de quien pretende obtener la pensión de alimentos o a favor de quien se pretende. En tal sentido:

A. **Respecto a la menor (…)** de cuatro años de edad es una excepción, ya que es de presumirse el estado de necesidad atendiendo a la edad que presenta encontrándose por ende en:

    1. Etapa de formación: Requiriendo por ello también de la inversión en dinero para una alimentación básica comprendida por la ingesta de sus tres alimentos dados (desayuno, almuerzo y cena) para los treinta días del mes. Máxime aún si tiene 4 años de edad donde se necesita de una alimentación balanceada. Y que no requiere mayor probanza.

2. Vestimenta: Requiriendo costearse de manera prudencial los gastos por vestimenta al encontrarse la niña en desarrollo constante.

3. Salud: Las atenciones médicas propias de la edad de la menor; máxime aun cuando no obra en autos que haya sido asegurada por su padre.

4. Educación: Atendiendo a la edad de la niña es de entender que se encuentra cursando estudios y para ello requiere la inversión en uniformes, zapatos, útiles escolares etc., para lo cual ambos padres deben cubrir sus necesidades de la menor de manera responsable. Constancias de fojas 5 a 7 de autos.

   Pudiendo establecer por lo antes expuesto, que la menor presenta efectivamente necesidades que deben ser atendidas dentro de condiciones que deben brindarle ambos padres. Incluidas las actividades recreativas y motivación afectiva que toda menor necesita.

B. Respecto a las circunstancias personales, capacidad económica y cargas adicionales del demandado R.J.E.G. a prestar alimentos. Han de considerarse las circunstancias que rodean al deudor alimentario; es decir, debe proceder a verificarse si existe exceso en las rentas del obligado sobre los gastos necesarios a su cargo; en tal sentido debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Ingresos y capacidad laboral del demandado: el demandante en su escrito de demanda señaló que el demandado tenía ingresos superiores a los mil doscientos nuevos soles, no habiendo presentado medio probatorio que acredite exactamente cuáles son sus ingresos, por ende para fijar la pensión de alimentos deberá tomarse como base la **remuneración mínima**, máximo si para fijar la pensión de alimentos para una menor; al tratarse de derechos fundamentales que se tienen que atender y encontrarse incluso el demandado en rebeldía, no se requiere realizar mayor abundamiento sobre los ingresos del demandado.

2. Carga familiar: No obra en autos medio probatorio alguno que determine que el demandado tiene otros hijos a quienes mantener; debiendo asumir la responsabilidad que tiene para con la hija que ha engendrado.

3. Situación física y/o mental: en autos no obra documento probatorio idóneo al caso que permita determinar que el demandado cuente con alguna incapacidad que le impide laborar.

4. Cumplimiento de sus obligaciones alimenticias: No obra en autos medio probatorio alguno que determine que el demandado viene cumpliendo de manera permanente e ininterrumpida con sus obligaciones para con la hija que ha engendrado, lo cual debe ser observado al momento de emitir el fallo respectivo.

Siendo así, encontrándose verificadas las necesidades con las que cuenta la menor, y teniendo presente lo fundamentado, cabe precisar al caso finalmente que:

Las condiciones para asumir el cuidado y satisfacción de las necesidades de todo menor: niño o adolescente son básicas en cada una de las etapas iniciales de la vida da todo ser humano, lo cual implica calidad y cantidad de proteínas y nutrientes, porque es un estadio de formación física y mental, con la asistencia médica a los menores que requieren prioritariamente un control y chequeo general; toda vez que se encuentran en constante crecimiento físico y es necesario por ende en esta etapa de su vida de los menores: vigilar, cautelar y proteger su salud y desarrollo físico, en donde complementariamente también la educación como parte intrínseca e inherente a su desarrollo de todo niño o adolescente es un deber que los padres deben cumplir para que los menores logren un desarrollo integral de su persona en todas sus dimensiones: Física, sicológica e intelectual. Máxime si es de precisar que las necesidades del alimentista corresponden no solo a las necesidades básicas sino las que requiere el contexto social en el que se desenvuelve el menor.

DÉCIMO PRIMERO: Que, respecto al monto a fijarse como pensión de alimentos, en consecuencia, el importe de los alimentos debe fijarse de manera prudencial, equitativa y razonable conforme a lo normado en el artículo 481 del Código Civil, teniendo en cuenta que no es necesario probar rigurosamente los ingresos del obligado; por otro lado, debe tenerse en cuenta que constituye una obligación de ambos padres contribuir al sostenimiento, alimentación y educación de los hijos comunes conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política del Estado, en tal sentido es de entender que con una menor de 4 años de edad es imposible desarrollar actividades laborales dentro del promedio normal de ocho horas, teniendo restringida su capacidad laboral la demandante, aportando a su vez con el tiempo y dedicación que le brinda. Por otro lado, no corresponde fijar una pensión menor a la indispensable para el sostenimiento de la menor, toda vez que conforme se ha desarrollado en el considerando precedente requiere de la inversión en dinero para costear sus principales gastos, sin dejar de lado aquellas necesidades naturales de vestido y salud entre otras por lo cual deben ser asumidos dichos gastos a fin de que logre un óptimo desarrollo acorde a todo ser humano. **EXHORTÁNDOSE** al demandado a cumplir con sus obligaciones, más aún cuando nuestro ordenamiento legal ha contemplado su tratamiento en el artículo 1 de la **Ley Nº 28970**, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos y sus concordancias **D.S. Nº 002-2007-JUS (REGLAMENTO) R.M. Nº 044-2007-JUS** así como demás normas aplicables al caso.

DÉCIMO SEGUNDO: Que las demás pruebas actuadas y no glosadas en nada enervan los fundamentos de la presente resolución.

Por tales consideraciones, de conformidad con los artículos 235, 474 y 475 del Código Civil y, los demás señalados en los considerándos precedentes, con el criterio de conciencia que la ley autoriza, el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra Sante Rosa y Ancón, impartiendo Justicia a nombre de la Nación: **FALLA:** Declarando **FUNDADA EN PARTE** la demanda obrante

de folios 12 y 14, promovida por doña R.A.C.R. contra don R.J.E.G. sobre ALIMENTOS a favor de su hija (…) de cuatro años de edad en consecuencia, **ORDENA** que el emplazado acuda a favor de la demandante en representación de la menor con una pensión alimenticia mensual del **TRESCIENTOS NUEVOS SOLES** atendiendo lo expuesto en el punto décimo sobre ingresos y capacidad laboral del demandado: Para lo cual se ordena oficiar al **BANCO DE LA NACIÓN** a fin de que aperture una cuenta a nombre de la demandada en representación de su menor hija debiendo concurrir a las instalaciones para recabar su oficio y diligenciado, quedando expedito el derecho de la demandante de iniciar las acciones legales que considera pertinentes en caso de incumplimiento sin costas ni costos atendiendo a la naturaleza del proceso. NOTIFICÁNDOSE.

ANA MARÍA ANCIBURO SILVA, Juez
SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO
DE PUENTE PIEDRA SANTA ROSA Y ANCÓN
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Índice general

ÍNDICE GENERAL

Presentación 5

Primera parte
ESTUDIOS

Patria potestad

Benjamín Aguilar Llanos

Introducción 9

I. Concepto de patria potestad 13

II. Signos distintivos de la patria potestad 16

III. Características de la patria potestad 17

IV. Ejercicio de la patria potestad 19

1. Ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos matrimoniales 19

2. Ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos extramatrimoniales 23

V. Contenido de la patria potestad 25

1. Atributos de la patria potestad en el orden personal 26

2. Deberes de los padres para con sus hijos 26

3. Derechos de los padres 29
4. Deberes de los menores dentro de la patria potestad 34
5. Atributos de la patria potestad en el orden económico 34
6. Administración 34
7. Usufructo 36
8. Disposición de los bienes del menor 37
VI. Desmembración y cese de la patria potestad 38
VII. Cese temporal de la patria potestad 40
VIII. Cese temporal de la patria potestad en el Código de los Niños y Adolescentes. La suspensión 40
1. Subsistencia de los deberes de los padres para con sus hijos . 45
IX. Cese definitivo de la patria potestad 46
1. Extinción o pérdida de la patria potestad según el Código de los Niños y Adolescentes 47

La decadencia y terminación de la patria potestad

Enrique Varsi Rospigliosi

I. Generalidades 53
1. Introducción 53
2. Antecedentes y evolución 54
3. Conceptos generales 55
4. Denominación 56
5. Definición 58
6. Características 59
7. Objetivo 61
8. Naturaleza jurídica 62
II. Titularidad y ejercicio 63
1. Sujetos 63

1.1. Padres 63
1.2. Hijos 65
1.2.1. Hijos matrimoniales 65
1.2.2. Hijos extramatrimoniales 66
1.3. Abuelos 67
2. Ejercicio 68
III. Decadencia y terminación 69
1. Generalidades 69
2. Restricciones 70
2.1. Pérdida 70
2.2. Privación 71
2.3. Limitación 72
2.4. Suspensión 72
3. Extinción 75
4. Restitución 78

Pérdida y suspensión de la patria potestad

Ana Miluska Mella Baldovino

I. Patria potestad 82
II. Pérdida de la patria potestad 89
III. Suspensión de la patria potestad 93

Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia

Claudia Canales Torres

Introducción 101
I. La patria potestad y su ejercicio 102

II. La tenencia y el régimen de visitas como relaciones emergentes de la patria potestad 103
1. Tenencia 104
2. Régimen de visitas 107
III. Otorgamiento de la tenencia y el principio del interés superior del niño 108
IV. Tipos de tenencia de acuerdo al tiempo 111
1. Tenencia definitiva 111
2. Tenencia provisional 111
V. Variación o modificación de la tenencia 112
1. La variación de la tenencia 112
2. Modificación de la tenencia 114
Conclusión 115

Aplicación de la tenencia compartida

Javier Ignacio Arrieta García

I. Aspectos fundamentales 117
II. Una visión procesalista 118
III. Nuestra opinión 121

Un reparto equitativo de la autoridad paternal

La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley N° 29269

Anita Susana Chávez Bustamante

Introducción 125
I. El matrimonio, la familia y los deberes y obligaciones de los padres 127
II. La familia y las relaciones resquebrajadas 130

III. La tenencia 131
IV. Modificaciones en el derecho de familia: la tenencia compartida 133
1. Escenario jurídico para la modificación 133
2. Generalidades 135
3. Clases de tenencia 140
Conclusiones: el plan ideal de coparentabilidad o la búsqueda de una anhelada responsabilidad parental 141
Bibliografía 141

¿En interés superior de quién? La alienación parental como riesgo en los procesos de tenencia

Judyth Karyna Gutiérrez De La Cruz
Alfredo Cuipa Pinedo

Introducción 143
I. Los hechos del caso 144
1. Proceso de hábeas corpus 144
2. Respecto del proceso de tenencia (Exp. Nº 02502-2007) 145
II. Tipos de hábeas corpus 146
III. El interés superior del niño 150
IV. Alienación parental 153
V. Sobre la ejecución de sentencias 156
Conclusiones 158

Derecho fundamental a los alimentos: En nombre del padre y por derecho del hijo

César Daniel Cortez Pérez
Alvin Paul Quiroz Frías

Introducción 159
I. El derecho alimentario 161

1. Significado 161
2. Naturaleza jurídica 163
3. Concepto 164
II. Características 167
III. Los alimentos como un derecho fundamental 169
IV. El proceso de alimentos 170
V. El interés superior del niño 178
Conclusiones 182

Derecho de alimentos para el mayor de edad

Amalia Magdalena Gómez Guevara

Introducción 183
I. Derecho a alimentos 184
1. Concepto 184
2. Características del derecho a alimentos 185
II. Derecho de alimentos del mayor de edad 187
1. Estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas 188
1.1. Incapacidad 189
2. Alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente 189
2.1. Estudios exitosos o satisfactorios 190
Conclusiones 192

La asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida del país

Juan Jesús Wong Abad

Introducción 195
I. El derecho de alimentos en el ordenamiento jurídico peruano 196

II. El derecho de alimentos y al de la realización personal 197

III. La tutela efectiva de derechos y el debido proceso o el derecho a una sentencia eficaz por medio de un proceso justo 199

IV. La tutela cautelar y anticipada como expresiones de la tutela efectiva de derechos..... 202

V. Semejanzas y diferencias entre la tutela cautelar y la tutela anticipada..... 208

VI. La asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida del país. Distinguiendo lo cautelar de lo ejecutivo 211

1. Sentencia recaída en el Expediente Nº 02207-2007-PHC/TC de fecha 6 de octubre de 2008 213

2. Sentencia recaída en el Expediente Nº 04679-2009-PHC/TC de fecha 27 de enero de 2010 214

3. Sentencia recaída en el Expediente N° 00213-2010-PHC/TC de fecha 22 de noviembre de 2010 217

Conclusiones 218

La prescripción extintiva en materia alimentaria y la racionalidad del tiempo

Jairo Cieza Mora

I. El Tribunal Constitucional y la prescripción alimentaria 221

II. Incertidumbres acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional que deja sin efecto el artículo 2001 inciso 4) del Código Civil, ampliando el plazo prescriptorio de dos a diez años 223

III. Probables respuestas a las incertidumbres señaladas y nuestra opinión sobre la resolución del Tribunal Constitucional 223

IV. La Corte Suprema y la prescripción alimentaria 228

V. Breve análisis comparado de la prescripción y la caducidad, con incidencia en la prescripción alimentaria. Desarrollo de los caracteres esenciales de la figura y la racionalidad de los plazos breves..... 229

VI. Comentario final y la necesidad de racionalizar el tiempo 264

El nuevo plazo de prescripción que proviene de las pensiones alimenticias

María Isabel Sokolich Alva

I. El Pleno Jurisdiccional de Huánuco (2011) 267
II. El Pleno Jurisdiccional de Ica (2011) 269
1. Primera ponencia 270
2. Segunda ponencia 271
3. Tercera ponencia 271
III. Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. Nº 02132-2008-PA/TC) 272
1. Hechos 272
2. Historia procesal 273
3. Fundamentos 273
IV. A quiénes alcanza los beneficios de la nueva norma 277
Conclusión 279

Pretensión de reducción de alimentos: ¿Es posible su ejecución anticipada?

Sheila Vilela Chinchay

I. Consideraciones generales 281
II. El principio del interés superior del niño y el derecho que sustenta la pretensión de reducción de alimentos 282
1. Interés superior del niño 282
2. El derecho que sustenta la pretensión de reducción de alimentos 286
III. El principio de proporcionalidad en las decisiones legislativa y judicial 288
1. El requisito de idoneidad 289
2. El requisito de necesidad 290
3. El requisito de proporcionalidad en sentido estricto 291

IV. Tutela anticipada de la reducción de alimentos: Análisis de proporcionalidad 291

Conclusiones 295

El desarrollo de los procesos en la especialidad de familia y el contexto de género

Manuel Bermúdez Tapia

I. El bizarro contexto social 297

II. El análisis del "género", como elemento preliminar a la evaluación del contexto procesal en la especialidad 301

1. Género y feminismo 301

a. La crisis del concepto "género" 302

b. Las contradicciones en la definición 303

c. Los remanentes conceptos que derivan en posiciones ... 304

2. Una definición objetiva del "género" 304

III. El problema jurídico-social en los procesos de familia 306

1. El problema de la determinación de las partes 307

2. El problema de la determinación de los problemas primigenio y secundarios, de los intereses y de los petitorios 309

IV. Las acciones afirmativas en el ámbito de los juzgados de familia 311

Bibliografía 312

El predominio del principio del interés superior del niño sobre el principio *non reformatio in peius*

Ocner Córdova López

Introducción 313

I. La importancia del principio de *non reformatio in peius* 315

II. La aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum* 320

III. La relevancia del principio del interés superior del niño..... 325

IV. La aplicación del principio de interés superior del niño en nuestro derecho..... 331

V. La primacía del principio del interés superior de niño sobre los principios procesales de *non reformatio in peius* **y** *tantum devolutum, quantum apellatum*..... 335

Conclusiones 339

Bibliografía 340

¿Es la omisión a la asistencia familiar un delito instantáneo?

Tendencias jurisprudenciales adversas a los derechos del niño y del adolescente

Rubén Cayro Cari

I. Planteamiento del problema 343

II. El delito continuado en el Acuerdo Plenario Nº 8-2009/CJ-116 y la doctrina 344

III. La jurisprudencia no vinculante del Tribunal Constitucional con relación a la doctrina y jurisprudencia comparadas..... 346

IV. La prescripción en los delitos de omisión a la asistencia familiar vulneraría derechos irrenunciables 348

Conclusiones..... 349

La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar

Análisis jurídico penal constitucional sobre la sentencia del caso Giraldo Condori Quispe

Elder J. Miranda Aburto

Introducción 351
I. Naturaleza jurídica del delito de omisión a la asistencia familiar 353
1. Descripción típica 354
2. Bien jurídico tutelado 354
3. Tipo objetivo 355
A) Sujetos 355
B) Acción típica 356
4. Tipo subjetivo 357
5. Tentativa y consumación 357
6. Penalidad 358
7. Modalidades agravadas 358
II. El fin preventivo de la pena 359
III. Análisis al caso concreto 361
Conclusiones 365

El problema de los disensos sobre el ejercicio de la patria potestad y la tenencia

Juan Belfor Zárate del Pino

Introducción 367
I. Titularidad y ejercicio de la patria potestad 370
II. La patria potestad y la tenencia 371

III. Los disensos en el ejercicio de la patria potestad en la filiación matrimonial 372

IV. Acuerdos de los padres en cuanto al ejercicio de la patria potestad 374

V. Los disensos de la patria potestad en la filiación extramatrimonial 378

VI. El ejercicio de la patria potestad por padres menores de edad 380

VII. El régimen de visitas 380

Segunda parte
JURISPRUDENCIA

Patria potestad

- Suspensión de la patria potestad: Incumplimiento de la obligación alimentaria 385
- Suspensión de la patria potestad: Concepto 388
- Pérdida de patria potestad: No puede ser sustentada en trastorno bipolar 391

Tenencia

- Régimen de visitas: No puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales 395
- Tenencia: Implica no variar de residencia 402
- Tenencia: Criterios a tenerse en cuenta 413
- Tenencia: Padre tiene derecho a visitar a su hija a efectos de mantener el contacto directo 421
- Tenencia: A favor de la madre por falta de interés del padre demandado 423

- Tenencia: A favor de abuelo materno en perjuicio del padre 427
- Tenencia compartida: Improcedencia por temores de la menor 432
- Régimen de visitas: Interés superior del niño como factor decisivo 437
- Régimen de visitas: Derecho de los niños separados de uno o ambos padres..... 441
- Régimen de visitas: Finalidad..... 448
- Régimen de visitas: Presupuestos 453
- Régimen de visitas: Edad del menor permite mantener comunicación fluida con ambos padres 456
- Cambio del horario del régimen de visitas supervisado por el equipo multidisciplinario: No procede por no estar dentro del horario de atención del equipo..... 458
- Desaparición del motivo del régimen de visitas provisional: Efectos..... 462
- Régimen de visitas: Ausencia de peligro en la demora..... 464
- Régimen de visitas otorgado supera al demandado: Violación del principio de congruencia..... 466

Alimentos

- Alimentos: Concepto 469
- Alimentos: Pensiones devengadas 472
- Convenio de separación aprobada por el juez: Constituye título ejecutivo..... 474
- Acuerdo de exoneración de alimentos: Debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del levantamiento del embargo en forma de retención 477
- Asignación anticipada de alimentos: A favor de víctima de violencia familiar 479

- Asignación anticipada de alimentos: Procede cuando no se acredita que el cónyuge adulto mayor no cuenta con ingresos adicionales. 481
- Pedido de levantamiento del embargo en forma de retención de la CTS: No puede originar que se deje sin efecto la medida cautelar 483
- Alimentos: Capacidad económica del demandado 485
- Alimentos: Estado de necesidad 489

Índice general 497