

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS CORPUS EN LOS CASOS
DEL DERECHO DE FAMILIA RELACIONADOS CON TENENCIA Y RÉGIMEN
DE VISITAS”.**

TESIS:

Presentada por la Bachiller en Derecho:

KAREN JULY LOBATO VARGAS.

Asesora de Tesis:

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga.

Cajamarca – Perú

2016

COPYRIGHT © 2016 por

KAREN JULY LOBATO VARGAS

Todos los derechos reservados

A:

A la memoria de mi querido abuelo

Alejandro Lobato Vásquez, ejemplo de rectitud y trabajo.

A mis padres y hermanos, por su inconmensurable amor y por el apoyo incondicional que me brindan en cada momento de mi vida

No se pueden modelar los hijos conforme a las ideas de los padres. Hay que tomarlos como Dios los da, amarlos y educarlos lo mejor posible, sin torcer su inclinación.

--GOETHE

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO.....	viii
GLOSARIO DE TÉRMINOS.....	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
PLAN DE INVESTIGACIÓN	3
1.1 Área de la Investigación:	3
1.2 Planteamiento y definición del problema de investigación	4
1.3 Formulación del problema	7
1.4 Objetivos	7
1.4.1 Objetivo general	7
1.4.2 Objetivos específicos	7
1.5 Hipótesis de la investigación	8
1.6 Justificación de la investigación	8
1.7 Delimitación del problema	9
1.7.1 Delimitación temática.	9
1.7.2 Delimitación espacial o geográfica.	10
1.7.3 Delimitación temporal o cronológica.....	11
1.7.4 Delimitación demográfica o poblacional.	11
1.8 Limitaciones.	11
1.9 Diseño metodológico.....	12
1.9.1 Tipología de la investigación	12
1.9.2 Finalidad de la investigación:	13
1.9.3 Enfoque de la investigación:	13
1.9.4 Alcance de la investigación:	14
1.9.5 Diseño de la investigación	15
1.10 Método de la investigación.	16
1.11 Técnicas de la investigación.....	19
1.12 Instrumentos de la investigación.	20

1.13 Presupuesto	20
1.14 Fuentes de financiamiento y recursos	21
1.15 Cronograma de ejecución	22
CAPÍTULO II	23
MARCO TEORICO.....	23
2.1 HÁBEAS CORPUS	23
2.1.1 Origen	23
2.1.2 Concepto	25
2.1.3 Naturaleza jurídica	26
2.1.4 Finalidad	27
2.1.5 Características	27
2.1.6 Ámbito de protección	30
A. El Derecho a la libertad Individual	30
B. Derechos conexos a la libertad individual.....	32
2.1.7 Procedencia del hábeas corpus	33
2.1.8 Proceso de hábeas corpus	36
A. Personería.....	36
B. Competencia	36
C. Forma	36
D. Procedimiento	37
E. Clasificación	38
a. Habeas corpus conexo	39
b. La relación de conexidad en el hábeas corpus conexo.....	41
c. El Proceso de hábeas corpus y su relación con el derecho de familia	42
2.1.9 Efectos de la sentencia del proceso de hábeas corpus.....	44
CAPÍTULO III	46
PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS	46
3.1 PATRIA POTESTAD	46
3.1.1 Antecedentes y evolución	46
3.1.2 Denominación.....	47

3.1.3 Definición	49
3.1.4 Naturaleza jurídica	52
3.1.5 La patria potestad como derecho-deber.....	53
3.1.6 Características	54
3.1.7 Titularidad y ejercicio de la patria potestad.	58
3.1.8 El ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores se encuentran en situación de crisis.	60
3.1.9 Tendencias en el derecho comparado	63
3.1.10 Sistemas de atribución del ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis de los progenitores.....	64
3.1.11 Sistema de ejercicio unipersonal o exclusivo	66
3.1.12 Derechos y deberes de los padres en la patria potestad.....	68
3.1.13 Vigencia de la patria potestad	70
3.1.14 Desmembración y cese de la patria potestad.....	71
3.1.15 Restitución de la patria potestad	73
3.2 TENENCIA	75
3.2.1 Denominación	77
3.2.2 El ejercicio de la patria potestad y tenencia.	79
3.2.3 Atribución de la tenencia	80
3.2.4 Clases de tenencia	81
3.3 RÉGIMEN DE VISITAS	86
3.3.1 Contenido del régimen de visitas	89
3.3.2 Características del régimen de visitas	92
3.3.3 Finalidad	93
3.3.4 Titulares	93
3.3.5 Formas de determinación	96
3.3.6 Suspensión del régimen de visitas o comunicación paterno filial	96
CAPÍTULO IV.....	99
LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE HABEAS CORPUS EN LOS CASOS DE TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS.....	98
4.1 DERECHOS PROTEGIDOS	105
4.1.1 Derecho a tener una familia y no se separado de ella.....	106

4.1.2 Derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral.....	112
4.2 PRINCIPIOS QUE SE PROTEGE	114
4.2.1 Principio de protección especial del Niño	114
4.2.2 Principio del interés superior del niño.....	116
CAPÍTULO V.....	122
CONCLUSIONES.....	121
RECOMENDACIONES	122
LISTA DE REFERENCIAS	123
ANEXOS	127

Agradecimientos:

El presente trabajo de tesis es dedicado a quienes dieron mucho interés en que pudiera cumplir mis objetivos, ellos son mis padres Mario y Marina, dos personas que han caminado a mi lado en todo momento, sin importar si los días fueron buenos o malos, ellos, que me inculcaron valores y me enseñaron a luchar por mis objetivos y a tratar de ser cada día un mejor ser humano; y, como dejar de lado, a quienes al día de hoy se han convertido en mi ejemplo, como personas y como profesionales, mis hermanos Erik y Reymund.

Agradezco también de manera especial, a quién, desde que ingrese a la universidad se convirtió en mi ejemplo, en mi maestra y sobre todo y más importante en una gran amiga, ella es la persona que me motivó a iniciar este proyecto y que ha guiado del mismo hasta su conclusión, ella es mi asesora de tesis M. Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Habeas corpus. - El Hábeas Corpus, constituye una institución de orden jurídico que busca evitar los arrestos arbitrarios y que garantiza la libertad personal del individuo. El recurso suele emplearse para impedir abusos por parte de las autoridades ya que obliga a dar a conocer la situación del detenido ante un juez.

Derecho de Familia. - El Derecho de Familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial. (MAZEUD 1968, 4)

Patria potestad. - Desde el punto de vista jurídico, la patria potestad, es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados; así como, el conjunto de deberes que también deben cumplir los progenitores respecto de sus hijos.

Tenencia. - La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo.

Régimen de visitas. - Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial.

RESUMEN

La presente investigación estableció como objetivo determinar los supuestos en los que procede acudir a la Justicia Constitucional por medio del habeas corpus, en los casos del Derecho de Familia relacionados con tenencia y régimen de visitas.

Se desarrolló el análisis de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional, en las que se pronuncia sobre la posibilidad de que casos de tenencia y régimen de visitas puedan ser vistos por la Justicia Constitucional, no obstante ser estos casos competencia exclusiva de la Justicia Ordinaria. Las sentencias referidas han señalado como fundamento para emitir un pronunciamiento de fondo, que dichos casos tienen relevancia constitucional por afectar derechos fundamentales de los menores.

Estableciéndose que la procedencia del habeas corpus en los casos de tenencia y régimen de visitas es excepcional, cuando las posibilidades de actuación o respuesta de la jurisdicción ordinaria se han visto desbordadas. Se dice que las posibilidades de actuación han sido desbordadas, cuando uno de los padres ha sido reiterado y manifiestamente impedido de ejercer el régimen de visitas con su menor hijo, ante el caso omiso de los reiterados apercibimientos y ante la negativa de cumplir lo dispuesto por el Juez Especializado.

Concluyendo que el habeas corpus será declarado fundado la vulneración del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, en consecuencia, ante la afectación del Interés Superior del Niño.

Palabras clave: Justicia Constitucional, Habeas Corpus, Justicia Constitucional, Patria Potestad, Tenencia, Régimen de Visitas.

ABSTRACT

This research set the objective to determine the cases in which proceeds to go to the Constitutional Justice through habeas corpus in cases of family law regarding custody and visitation.

Developing analysis of judgments issued by the Constitutional Court, in which it rules on the possibility that cases of custody and visitation can be seen by the Constitutional Justice, despite these cases are exclusive jurisdiction of the regular courts. Those judgments have noted as the basis for issuing a substantive ruling that such cases have constitutional relevance to affect fundamental children's rights.

Establishing that the origin of habeas corpus in cases of custody and visitation is exceptional, when the possibilities for action or response of ordinary jurisdiction have been overwhelmed. It is said that the possibilities of action have been overwhelmed, when one of the parents has been repeated and manifestly unable to exercise visitation with his younger son, before ignoring repeated warnings and the refusal to comply with the provisions of Specialized Judge.

Concluding that the habeas corpus shall be declared founded whether the threat or infringement of the rights evidenced grow in an atmosphere of affection and moral security and the right to have a family and not be separated from it, consequently, to the involvement of the best Interest the child.

Keywords. Constitutional Justice, Habeas Corpus, Constitutional Justice, Custody, Visitation.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación desarrollamos los supuestos en los que procede acudir a la Justicia Constitucional por medio del habeas corpus, en los casos del Derecho de Familia relacionados con tenencia y régimen de visitas, ello debido a que existen casos en los cuales no obstante existir una sentencia expedida por la Justicia Ordinaria,

Nuestro trabajo se circunscribe al análisis jurídico del habeas corpus relacionado con cosas de tenencia y régimen de visitas, teniendo como referente objetivo diversas ejecutorias del Tribunal Constitucional de nuestro país, a través de lo cual evidenciamos que mediante dichas ejecutorias el Tribunal Constitucional ha abierto la posibilidad de atender casos relacionados con tenencia y régimen de visitas, a través de la Garantía Constitucional de Habeas Corpus, no obstante, dichas materias son prima facie competencia exclusiva de la Justicia Ordinaria.

La tenencia y el régimen de visitas son atributos de la patria potestad, también denominada autoridad de los padres o responsabilidad parental, dichas instituciones son propias del Derecho de Familia, cuya regulación normativa la podemos encontrar en normas internacionales como la Convención sobre los derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño y en normas nacionales como la Constitución Política, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes.

Ahora bien, tenemos que puntualizar que el tema materia de estudio de la presente investigación, no tiene antecedente directo alguno, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. A nivel de otras universidades, no se ha encontrado información correspondiente al objeto de estudio del tema propuesto, únicamente existen algunos trabajos de carácter doctrinal que enfocan el asunto de manera general, sin detenerse a realizar un análisis concreto del problema abordado en el presente proyecto, cuyos aportes han sido considerados preferentemente en la elaboración de nuestro marco teórico y han servido como punto de partida de la presente investigación.

Finalmente, precisaremos que la presente investigación ha sido estructurada en cuatro capítulos. El capítulo I es el correspondiente a los aspectos metodológicos utilizados para la investigación. El capítulo II ha sido diseñado para el Marco Teórico, en el cual se abordan los aspectos básicos y generales del Habeas Corpus y su relación con el Derecho de Familia. En lo relacionado al Capítulo III se aborda la temática de patria potestad, tenencia y régimen de visitas, en que se realiza un análisis de dichas instituciones. En el capítulo IV específicamente se desarrolla el tema del habeas corpus relacionado con casos de tenencia y régimen de visitas, se aborda los resultados obtenidos y su discusión. Finalmente, en el capítulo V se trata las conclusiones a las que se ha arribado en el presente trabajo de investigación, del mismo modo se realizan las recomendaciones correspondientes.

CAPÍTULO I

PLAN DE INVESTIGACIÓN

1.1 Área de la Investigación

Caracteriza a la presente investigación la necesidad de realizar un análisis del Derecho Constitucional en su interrelación con el Derecho de Familia, en tanto son parte conformante de la rama del Derecho Público y el Derecho Privado respectivamente, delimitando el centro de nuestro estudio, a evaluar la procedencia de garantía constitucional de habeas corpus en los casos del Derecho de Familia relacionados con tenencia y régimen de visitas.

En la presente investigación se desarrolló una revisión del denominado DERECHO DE FAMILIA, en primer orden realizamos un estudio de la GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS CORPUS relacionado con el derecho de familia, acto seguid analizamos temas específicos dentro del derecho de familia, como son la PATRIA POTESTAD, la TENENCIA y el RÉGIMEN DE VISITAS, se ha determinado los supuestos en los que es posible acudir a la vía constitucional por intermedio del habeas corpus en los casos relacionados con tenencia y régimen de visitas, tomando como punto de partida que para los casos de tenencia y régimen de visitas existe la jurisdicción ordinaria por tanto se debe recurrir a la vía constitucional sólo en casos excepcionales; del mismo se ha determinado los derechos fundamentales que se deben ver conculcados para que exista la posibilidad de acudir a la jurisdicción constitucional.

1.2 Planteamiento y definición del problema de investigación

Cuando nos referimos a las relaciones paterno-filiales dentro de lo que es la estructura familiar, se concluye que los encargados de velar en primer orden por la funcionalidad de la familia son los progenitores (padre y madre) como titulares de la patria potestad y que ejercen dicha titularidad en igualdad de condiciones sobre los hijos habidos en el matrimonio o en la relación de pareja (convivencia).

Lo ideal sería que todos los hijos vivan en compañía de ambos progenitores y sean estos los que se encarguen del cuidado de los menores, pero, qué ocurre cuando la estructura familiar entra en crisis y se torna disfuncional, o mejor dicho cuando los progenitores deciden mutua o unilateralmente dejar de convivir bajo el mismo techo, en el caso de los matrimonios y las uniones de hecho. Es en dicho momento cuando surge la controversia de cuál de los progenitores será el responsable de cuidar de sus menores hijos, es cuando una pugna interminable comienza, siendo los únicos afectados los hijos.

Lo que es cierto y no debería merecer controversia alguna es el tema de la titularidad de la patria potestad, independientemente de la relación que exista entre los cónyuges o en la pareja de progenitores, el contacto o la continuación de las relaciones filiales entre los hijos menores de edad y sus progenitores no debería verse afectada por la separación de los mismos.

Al respecto, es la misma legislación la que genera dicho conflicto, al establecer como regla general que en los supuestos de separación de los progenitores uno de ellos se debe quedar con la tenencia exclusiva de los menores hijos, quedando el otro con la patria potestad suspendida y con derecho a un régimen de visitas, son dichas circunstancias las que generan que uno de los progenitores sienta que tiene el poder absoluto sobre los menores hijos, llegando en muchos casos a privar el contacto de los menores con el otro progenitor, afectando de este modo el libre desarrollo del menor.

Teniendo en cuenta que los progenitores han tomado la decisión de no continuar con el matrimonio o la convivencia y han determinado ya sea de mutuo acuerdo o en la vía judicial quien será el encargado de ejercer la tenencia de sus menores hijos y también se habrá establecido un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtuvo la misma, el problema se presenta cuando el padre que ostenta la tenencia de sus menores hijos no permite que el otro progenitor cumpla con el régimen de visitas, es decir no permite que el progenitor que tiene el derecho al régimen de visitas se mantenga en contacto con sus menores hijos.

La referida situación conculca el derecho de los menores a mantener contacto con ambos progenitores, por cuanto, se entorpece el normal crecimiento de los niños, niñas y adolescentes y se suprime los lazos afectivos que son tan importantes y necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral.

La solución al problema planteado, a la luz del Derecho de Familia sería que los padres que ostentan la tenencia del menor o en su caso los que sean los titulares del régimen de visitas acudan a la Jurisdicción Ordinaria a fin de que sea esta la que haga efectivo el cumplimiento de las resoluciones judiciales o transacciones extrajudiciales; sin embargo, se ha evidenciado la existencia de casos en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC de fecha 07 de octubre de 2009; en el Exp. N° 02892-2010-HC de fecha 6 de diciembre de 2011 y el Exp. N° 04227-2010-HC de fecha 6 de setiembre de 2011 donde las posibilidades de actuación o respuesta de la Jurisdicción Ordinaria se han visto desbordadas, es decir que, no obstante haber expedido la Jurisdicción Ordinaria una sentencia de tenencia y habiendo fijado un régimen de visitas no ha podido dar efectivo cumplimiento a la misma, tomando para lo mismo prolongados períodos de tiempo, tiempo que no hace sino afectar las relaciones paterno o materno filiales.

Conforme a la propia naturaleza de los procesos constitucionales, no cabe acudir a la jurisdicción constitucional para dilucidar temas que *prima facie* son competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, concretamente no cabe acudir a la vía constitucional con el fin de dilucidar aspectos como la tenencia o el régimen de visitas. Desde luego, tampoco puede utilizarse a la jurisdicción constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad.

Sin embargo, sucede que una vez fijada la tenencia y el régimen de visitas mediante una sentencia, dicha sentencia en la mayoría de los casos puede

tomar meses e incluso años en poder ser ejecutada, lo que ha sucedido en el caso de la STC N° 0005-2011-HC/TC, en el cual una sentencia emitida con fecha 2 de junio del 2009, no ha podido ser ejecutada hasta el 2014, razones como las expuestas hacen necesario plantear una salida eficaz a dicho problema, por lo que el objeto de la presente investigación radica en sostener la procedencia de la Garantía Constitucional de Hábeas Corpus en el Derecho de Familia en los casos relacionados con tenencia, régimen de visitas cuando las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria se ven desbordadas.

1.3 Formulación del problema

¿En qué supuestos procede acudir a la Justicia Constitucional por medio de la Garantía Constitucional de Hábeas Corpus en los casos del Derecho de Familia relacionados con tenencia y régimen de visitas?

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

Determinar los supuestos en los que procede acudir a la Justicia Constitucional por medio de la Garantía Constitucional de hábeas corpus, en los casos del Derecho de Familia relacionados con tenencia y régimen de visitas.

1.4.2 Objetivos específicos

a. Determinar el contenido de la Garantía Constitucional de Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

- b. Establecer los derechos fundamentales vulnerados en los casos relacionados con tenencia y régimen de visitas que podrían ser protegidos mediante la Garantía Constitucional de Hábeas Corpus.

1.5 Hipótesis de la investigación

Procede acudir de manera excepcional a la Justicia Constitucional por medio de la Garantía Constitucional de habeas corpus, en los casos del Derecho de Familia relacionados con tenencia y régimen de visitas, cuando las posibilidades de actuación de la Jurisdicción Ordinaria han sido claramente desbordadas.

1.6 Justificación de la investigación

El presente problema de investigación es de relevancia en la actualidad, debido a la existencia de un sin número de casos en los cuales, no obstante existir un proceso de tenencia y régimen de visitas con sentencia estimatoria, un acuerdo conciliatorio o una sentencia de divorcio en el que se ha fijado la tenencia y el régimen de visitas, dichas sentencias o acuerdos conciliatorios no pueden ser ejecutados, porque uno de los padres es renuente a dejar ver o entregar el hijo al padre quien detenta la tenencia, o a quien le corresponde el régimen de visitas, hechos que originan que la ejecución de una sentencia originada en un proceso del Derecho de Familia lleve años en ser ejecutada; generando así la vulneración de derechos fundamentales, derechos relacionados con los menores de edad, el derecho a la salud y a la integridad en el casos de los mayores de edad, ancianos y enfermos; ahora, si bien estos

derechos no poseen incidencia directa en el derecho a la libertad individual, estos se relacionan por conexidad con la libertad individual, razón por la cual aparece la posibilidad de recurrir a la vía constitucional por intermedio del recurso de habeas corpus.

Por lo tanto se hacía necesario determinar los supuestos en los que procede acudir a la Justicia Constitucional en los casos de tenencia y régimen de visitas, es decir establecer en qué momento los citados procesos adquieren relevancia constitucional, ello a fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de los menores; y así permitir que los niños, niñas y adolescentes se mantengan en contacto con ambos progenitores pues los menores para su normal crecimiento y bienestar necesitan del afecto de sus familiares especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinadas entorpece su crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, del mismo modo, sucede con los mayores de edad, ancianos y enfermos, que por la especial situación en la que se encuentran necesitan una protección especial, pues también necesitan del cariño y protección de sus familiares.

1.7 Delimitación del problema

1.7.1 Delimitación temática

La presente investigación, fue estudiada dentro de las ramas del derecho como son el Derecho Público y Privado, específicamente se enmarcó en el Derecho Constitucional y el Derecho de Familia, siendo el centro de nuestra

atención los casos de tenencia, régimen de visitas y otras relaciones jurídico familiares cuando adquieren relevancia constitucional.

Por lo que, se partió del estudio de la garantía constitucional de habeas corpus, acto seguido se realizó un estudio del Derecho de Familia, específicamente de la patria potestad, tenencia y régimen de visitas, para posteriormente pasar a determinar los supuestos en los que procede acudir a la Justicia Constitucional por medio de la Garantía Constitucional de habeas corpus, en el ámbito del Derecho de Familia, específicamente en los casos relacionados con tenencia, régimen de visitas y otras relaciones jurídico familiares.

No cabe duda, que el principal pilar de nuestra investigación lo constituye la Legislación preestablecida, a partir de lo cual recurriremos a las demás fuentes y técnicas que el propio derecho ofrece para su análisis.

1.7.2 Delimitación espacial o geográfica

Espacialmente se encuentra definida por el territorio peruano en el que rige o tiene vigencia la legislación referida al ámbito del Derecho Constitucional y del Derecho Civil en específico el Derecho de Familia, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con los casos de tenencia y régimen de visitas.

1.7.3 Delimitación temporal o cronológica.

Definida por el contexto de vigencia atemporal de la legislación comprometida. Nuestra investigación hace clara referencia al análisis de la Legislación vigente, perteneciente o de aplicación en nuestro territorio peruano, siendo claro también que resulta necesario un análisis de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales de nuestro estado.

1.7.4 Delimitación demográfica o poblacional.

Dado la tipología de la presente investigación, no se trabajará sobre una muestra poblacional, sino solamente bajo el exhaustivo estudio de las instituciones de la patria potestad, tenencia y régimen de visitas, así como del proceso constitucional de habeas corpus.

1.8 Limitaciones.

La principal limitación que enfrentamos en la presente investigación, fue que el tema investigado, es un tópico poco tratado a nivel de investigación y a nivel de doctrina, lo que desembocó en una disminuida referencia doctrinaria y bibliográfica directamente establecida al tema bajo análisis, al punto que no existe investigaciones, así como tampoco doctrinarios que aborden a profundidad el tema del habeas corpus aplicado a los casos de tenencia y régimen de visitas, razón por la cual se hizo necesario dotar a esta investigación de un meticuloso estudio descriptivo-explicativo que parte del conocimiento de

figuras jurídicas de tenencia, régimen de visitas, otras relaciones jurídico familiares y el proceso constitucional de habeas corpus.

1.9 Diseño metodológico

1.9.1 Tipología de la investigación

En la presente investigación se realizó un análisis pormenorizado de la temática que guarda relación con la tenencia y régimen de visitas, así como del proceso constitucional de habeas corpus, a partir de lo cual se procedió a realizar una descripción de los casos de tenencia y régimen de visitas en los que procede el recurso de habeas corpus; razones que hacen que el presente trabajo se encuentra en el ámbito de las investigaciones DOGMÁTICO – JURÍDICAS o denominadas también teóricas o formales; en este punto, se precisa que, el objeto de una investigación formalista-dogmática, apunta al análisis de las limitaciones, las lagunas o el sentido de las instituciones jurídicas a la luz de los elementos formales normativos. (Jorge Witker 1995, 65)

Se añade a lo expuesto, el hecho de que se recurre a datos de referencia con los que fundamentar la posición que se quiere demostrar, haciendo ver para ello, los supuestos en los que procede acudir al proceso constitucional de habeas corpus en los casos de tenencia, régimen de visitas y otras relaciones jurídico familiares, en tal sentido, como lo describe Muñoz Razo, existirá un desenvolvimiento Transcriptivo. (Muñoz Razo 1998)

1.9.2 Finalidad de la investigación

Tomando en cuenta el fin perseguido, la presente investigación se caracterizó por ser netamente APLICATIVO, debido a que los objetivos fueron dar un aporte a los conocimientos ya existentes analizando realidades en concreto.

A lo anterior podemos acotar que la investigación jurídica puede dividirse en teórica y práctica. En tal sentido, el presente trabajo se enmarca dentro de la segunda, es decir dentro de un estudio PRÁCTICO.

1.9.3 Enfoque de la investigación

El enfoque en la presente investigación es CUALITATIVO, ya que nos dedicamos a explorar y analizar la procedencia del recurso de habeas corpus en el Derecho de Familia específicamente en los casos de tenencia y régimen de visitas, para luego estar en condiciones de establecer los supuestos en los que procede acudir a la garantía constitucional de hábeas corpus. Notoriamente sin la necesidad de realizar experimento alguno, pero sí bajo la exigencia de un certero análisis de los documentos con los que se contó y que permitieron producir una adecuada forma de entender la procedencia de la garantía constitucional de habeas corpus en el Derecho de Familia.

En el enfoque cualitativo, *“su propósito es reconstruir la realidad, tal y como lo observan los autores de un determinado sistema social (...) utiliza recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de*

investigación y puede o no probar hipótesis en su proceso de interpretación.
(Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 11)

1.9.4 Alcance de la investigación

El presente trabajo de investigación es EXPLORATORIO-DESCRIPTIVO-EXPLICATIVO. El tema de investigación es un tema que no ha sido abordado a profundidad en estudios anteriores, razón por la cual la literatura que existe al respecto es reducida, por lo que se hace necesario empezar el presente trabajo con un alcance EXPLORATORIO, porque *“el objeto es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan solo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio (...)”*. (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 79)

En un segundo momento la investigación adquiere un alcance DESCRIPTIVO, porque se realiza una descripción de aspectos relacionados a la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y claro está sobre el recurso de habeas corpus. Teniendo en cuenta que el propósito de la investigación consiste en *“describir fenómenos, situaciones, contextos y eventos; esto es, detallar cómo son y se manifiestan”*, (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 80) esto es se realizará una descripción minuciosa. Para finalmente tener un alcance EXPLICATIVO del por qué y bajo qué supuestos exponemos que procede la utilización de recurso de habeas corpus en los casos de tenencia

y régimen de visitas, teniendo claro que para resolver dichos casos está la jurisdicción ordinaria, sin embargo, el objeto de la presente es determinar los supuestos en los que existe la posibilidad de acudir a la Justicia Constitucional.

Se señala también que la presente tesis es JURÍDICO-DESCRIPTIVA, pues hemos utilizado el método de ANÁLISIS, que posibilita descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos o particularidades con el objetivo de establecer relaciones y niveles de la normatividad jurídico-social, para su operacionalización correspondiente, tal como lo señala Juan Abraham Ramos Suyo. (Ramos Suyo 2007, 140)

1.9.5 Diseño de la investigación

Investigación NO EXPERIMENTAL – TRANSECCIONAL – DESCRIPTIVA – CAUSAL.

Se podrá observar, que no estamos bajo la creación de situaciones a las cuales darles determinado estudio, sino que estamos bajo la formulación de un estudio que parte de una situación concreta ya existente, en definitiva, sin la manipulación de variables, justamente porque estas no serán creadas, dado que se ha producido su preexistencia lo que constituye la imposibilidad de ejercitar manipulación alguna; en tal proceder estamos ante un diseño NO EXPERIMENTAL.

Siendo, igualmente, TRANSECCIONAL O TRANSVERSAL por cuanto la recolección de datos se realiza en un solo momento, *“su propósito es describir*

variables y analizar su incidencia en interrelación en un momento dado (o, describir comunidades, eventos, fenómenos o contextos)". (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2003, 270)

Asimismo, la presente investigación es TRANSECCIONAL DESCRIPTIVA-CAUSAL, porque, *"tiene como objeto ubicar, categorizar, y proporcionar una visión de una comunidad, un evento, un contexto, un fenómeno o una situación"* (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2003, 273), así, también, *"intentar responder a las causas de los eventos o sucesos bajo análisis"*. (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2003, 126)

En la presente investigación las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria que se ven claramente desbordadas son las causas que dan origen a la procedencia de la Garantía Constitucional de hábeas corpus en los casos relacionados con tenencia y régimen de visitas.

1.10 Método de la investigación

Para la presente investigación, se aplicarán los métodos Jurídicos-Formales, EXEGÉTICO y DOGMÁTICO.

El Método Exegético, según Carlos Ramos Núñez, *constituye, el estudio literal de las normas tal y como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno, cerrado y sin lagunas. La exégesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto*

de cometario; por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales.
(Ramos Núñez 2000, 71)

Un aspecto importante de la presente investigación lo constituye la necesidad de recurrir al estudio de la regulación normativa relacionada con la tenencia y el régimen de visitas y la garantía constitucional de habeas corpus, claro está que dicho análisis será realizado teniendo en cuenta el contenido literal de las normas.

Y teniendo en cuenta también que este método no resulta ser suficiente, dado sus limitaciones en cuanto a la necesaria interpretación que hoy en día se exigen para asegurar un estudio preponderante e integral de determinada situación jurídica, y con ello alcanzar a explicar los distintos elementos no legislativos (aun cuando jurídicos) para explicar de la manera más adecuada nuestro fenómeno de investigación será necesario recurrir a otro(s) métodos que nos sirvan de ayuda para realizar la investigación de forma exitosa.

El Método Dogmático, intenta una labor reconstructiva de las instituciones jurídicas. Se trata de un trabajo de orden lógico que parte del supuesto que, *las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales y como tales han de reconstruirse y entenderse.* (Ramos Núñez 2000, 73)

Un trabajo como el presente, no puede ser tal si no parte de lo establecido en el derecho objetivo o netamente formal, pero que para entenderlo, analizarlo, observarlo y explicarlo será necesario e inevitable hacer uso de la “doctrina,

principios y jurisprudencia” (Ramos Nuñez 2007, 113). Con lo cual se erige un complemento del método exegético, necesario para el resultado positivo de la tesis a desarrollar.

El **Método Hermenéutico**, considerado como, *el arte de interpretar textos para fijar su verdadero sentido. El texto es la expresión de los sentimientos de su autor y los intérpretes deben intentar ponerse en el lugar del autor para revivir el acto creador.* Resulta lógico que en el presente trabajo de investigación se debe recurrir al método hermenéutico con el fin de interpretar en primer orden la normatividad relacionada con la tenencia, el régimen de visitas y la garantía de habeas corpus, dicho método es el adecuado para conocer el ordenamiento jurídico, ya que nos permite desentrañar el significado y el sentido de las normas jurídicas.

El **teleológico funcional**, entendido como el método que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico. El jurista Raúl Peña Cabrera, nos dice que, si la ley es clara, basta con la interpretación gramatical, sin embargo, puede ocurrir que la ley sea un tanto oscura, en tal caso es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir considerar la "ratio legis". Este método es de gran utilidad en la presente investigación, por cuanto el propósito es la interpretación de la normatividad relacionada con las instituciones de la garantía constitucional de hábeas corpus, de la tenencia y el régimen de visitas y su aplicación a casos en concreto.

1.11 Técnicas de la investigación

El sustento de la presente investigación es eminentemente documental, *la recopilación documental es un procedimiento necesario en todo trabajo de investigación científica. En algunos estudios resulta ser el principal procedimiento, de acuerdo con la naturaleza del problema de investigación* (Zelayarán Duran, 214), obtenida la información es necesario realizar un análisis de cada fuente para producir una adecuada descripción del problema y producir una idónea explicación de la procedencia del recurso de habeas corpus en los casos de tenencia y régimen de vistas, desde fuentes codificadas, hasta fuentes netamente doctrinarias. (Ramos Nuñez 2007, 204)

Podemos mencionar entre nuestras fuentes: escritos formales, manuscritos, cuadros, en general bibliográfico o magnético, que resultan fundamentales como medios para fundamentar nuestra hipótesis en el presente trabajo de investigación.

En la presente investigación, a efectos de realizar las citas correspondientes, haremos uso del Método Turabian cuando sea necesario precisar el material de apoyo electrónico y documental que se tomará en cuenta en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Técnicas interpretativas.

En el método utilizado en la presente investigación, se hizo necesario recurrir a la interpretación exegética, esta técnica de notable valor jurídico, nos permitió conocer a profundidad los planteamientos, teorías y postulados de un

autor determinado sobre el tema materia de investigación. Este método nos permitió descubrir las características y rasgos más recónditos y sobre todo explicarlos e interpretarlos; hallar el espíritu mismo de lo que se plasmó en un documento. La hermenéutica utiliza esta técnica por ser la que más se ajusta a sus propósitos.

1.12 Instrumentos de la investigación

- Magnético-Virtuales (Ramos Nuñez 2007, 204), entre ellos: equipos de cómputo, medios de captura-grabados: CD-ROM, USB, archivos de anotaciones virtuales, libros virtuales.

- Fotocopias; Libreta de apuntes y fichas de registro; Cuadros sinópticos y mapas conceptuales y libros físicos.

1.13 Presupuesto

MEDIOS, ACTIVIDAD O MATERIALES	COSTO EN S/.
Documentos de consulta: (Libros, revistas, reportes, etc)	380.00
Fotocopias, impresiones y empastados	650.00
Movilidad	250.00
Espacio de búsqueda en Internet.	180.00
Medios de apunte o recolección de datos o de resumen.	100.00

Física y mentalmente, el presente trabajo se realizó de manera individual, por lo que se utilizaron recursos propios o personales.

Académicamente se contó con el aporte de un Asesor, quien contribuyó en todo momento con su aporte intelectual, desarrollando una labor fiscalizadora en la ejecución de la presente investigación.

1.14 Fuentes de financiamiento y recursos

El presente trabajo de investigación fue financiado con recursos económicos propios.

En lo que corresponde a los recursos personales, debido a la temática y estructuración de esta investigación, no se trabajará con el apoyo de personal alguno, salvo claro está, que se contará con el apoyo de la asesora.

1.15 Cronograma de ejecución

	Año	2015-2016											
Actividades	Meses	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S
1. Elección del tema y formulación del problema.		x											
2. Revisión bibliográfica.		x											
3. Elaboración del proyecto de investigación.			x										
4. Recolección de fuentes de consulta.			x										
5. Presentación de proyecto de tesis.		x											
6. Estructuración de la dispersión temática.			x	x									
7. Procesamiento de datos.					X	x							
8. Análisis de los datos.							x	x					
9. Interpretación de los resultados y elaboración.									X	x			
10. Presentación de la tesis											X		
11. Sustentación de la tesis.												X	
12. Comunicación de la tesis.													x

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 HÁBEAS CORPUS

2.1.1 Origen

El Hábeas Corpus, viene a ser una de las garantías constitucionales más antiguas y de innegable contenido histórico, ya que desde la antigua Grecia, pasando por el *Interdicio de Homine Libero Exhibendo*¹ (García 1979, 3), (Exhibe al hombre libre que con dolo malo reteneis) en Roma. Encontrando su primer reconocimiento legislativo en Inglaterra a través de la Habeas Corpus Amendment ACT de 26 de mayo de 1679². Pero fue en el año 1679, donde el parlamento aprobó la ley de Habeas Corpus, después de diez años en 1689, aparece la *Ley de Bill Of Righths*.

Por otro lado, en Francia se llevó acabo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo principal planteamiento fue el siguiente: “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos” y en su artículo 7 señalaba que “*ningún hombre puede ser acusado arrestado, o detenido, sino en los casos determinados por la ley, y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten expidan o ejecuten, o hagan ejecutar ordenes arbitrarias, deben ser castigados.*” En América Latina, el primer País que introdujo el Habeas Corpus, a su legislación fue Brasil, en el Código Penal de 1830 – teniendo como referente la legislación inglesa-.

¹ La figura de la *Interdecto de Homine Lebero Exhibendo* es un mecanismo cuya finalidad fue proteger el derecho de la libertad personal contra los que indebidamente o arbitrariamente retuvieran en su poder a hombres libres (exhibe el hombre libre que reteneis con dolo malo) contenido en el **Digesto** en el título XXIX, libro XLIII; no procediendo a favor de siervos y esclavos.

² Constitución Comentada. Gaceta Jurídica S.A. Lima. Perú. Primera Edición. 2005. Pág. 1047.

En nuestro país tiene su origen con la Ley del 21 de octubre 1897, para luego poseer rango constitucional, a través de la Constitución de 1920³ (García 1979, 22), continuando básicamente con el fundamento de protección de la libertad física. En la constitución de 1933 se mantuvo la figura pero se amplió su ámbito de protección a todos los derechos reconocidos en dicha carta, desviándolo de su esquema original⁴; en el mismo sentido nuestra actual Constitución Política, artículo 200 inciso 1⁵, acoge el concepto de Hábeas Corpus, concepto que es recogido también mediante el Código Procesal Constitucional, que contempla en su artículo 25⁶, todo el tratamiento del Proceso de Hábeas Corpus.

Es importante resaltar que nuestra constitución vigente ha ampliado el ámbito de aplicación de dicha institución, que en un momento estaba limitado sólo a la protección de la libertad individual, entendida esta como la libertad física, de locomoción o ambulatoria, en la actualidad protege la libertad individual, los derechos que conforman la libertad individual y los derechos que son conexos a esta. En nuestra opinión, es de gran importancia la

³ La Constitución Política de 1920, es la primera constitución que reconoce al Habeas Corpus con dicho nombre y le otorga nivel constitucional, en la parte final del artículo 24 establecía: “Las personas aprehendidas o cualquier otra podrá interponer conforme a la ley el recurso de hábeas corpus por prisión indebida. A su turno el Código de Procedimientos e Materias Criminal de 1920 establecía el procedimiento para defender la libertad personal cuando una persona haya sido detenida por más de 24 horas y sin que se haya tomado su declaración instructiva; debiendo presentarse ante el Juez Instructor o Tribunal Correccional.

⁴ Constitución Comentada, op. cit., p. 1048.

⁵ Constitución Política de 1993, artículo 200°, inc. 1): “La acción de hábeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenaza la libertad individual o los derechos fundamentales conexos”.

⁶ Código Procesal Constitucional, Ley N° 28327 del 2004, artículo 25°, Derechos Protegidos: Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos, enunciativamente, conforman la libertad individual: 1) (...). También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

ampliación de protección del habeas corpus que plantea la actual constitución, por cuanto, dicha ampliación permite la protección de un amplio grupo de derechos que no tienen una protección directa en la constitución, derechos cuyo contenido ha sido determinado por el Tribunal Constitucional.

2.1.2 Concepto

El hábeas corpus es una acción de Garantía Constitucional, de naturaleza sumaria, cuyo objetivo es la restitución de la libertad que ha sido vulnerada o en su caso amenazada por actos u omisiones que pueden provenir de autoridades, funcionarios o particulares. Mesía Ramírez considera al Hábeas Corpus, como un derecho humano⁷ y a la vez, un proceso concreto al alcance de cualquier persona, a fin de solicitar al órgano jurisdiccional competente, al resguardo de la libertad corpórea, la seguridad personal, la integridad física, psíquica o moral, así como los demás derechos que le son nominados o innominados. (Mesía 2007, 16)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución Política del Estado establece que, son garantías constitucionales, inciso 1 “*La acción de habeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos*”⁸. El aspecto relacionado con los derechos fundamentales conexos es un importante cambio que la

⁷ También se explica, que el habeas corpus, “*debe ser entendido como derecho fundamental y como proceso. Dentro del primer concepto, se hace referencia al derecho que tienen las personas, para recurrir a un juez o tribunal competente, para que sin demora se pronuncie sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad, si la detención fuera ilegal. Dentro del segundo al procedimiento establecido, de carácter sumario –sin demora, dice el artículo 7 inciso 6) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, mediante el cual el juez competente tutela el derecho que protege el habeas corpus*”.

⁸ Constitución Comentada, *op. cit.*, p. 174.

Constitución de 1993 ha introducido en lo relacionado con el Habeas Corpus, puesto que, la Constitución de 1979 en su artículo 295° limitaba la procedencia del habeas corpus a la vulneración o amenaza de la libertad individual, dejando de lado a los derechos fundamentales conexos.

El Tribunal Constitucional, ha diseñado el concepto de Hábeas Corpus, a través del Expediente N^o 2663-2003-HC/TC, *señala que dicha acción, es un proceso de resguardo, y tutela de la libertad personal, en sentido lato. Representa la defensa de aquellos que los antiguos romanos, denominaban ius movendi et ambulandi, o los anglosajones consignaban como power locomotion.*

De estas definiciones, podemos extraer, que el elemento fundamental que le da sustento a estos conceptos, son sin duda la protección del derecho a la libertad individual y de los derechos conexos, frente a los actos desmedidos y abusivos provenientes del poder estatal, así como de particulares.

2.1.3 Naturaleza jurídica

Domingo García Belaunde refiere que el hábeas corpus es un instituto de Derecho Público y Procesal, por tener origen y fundamento en la Constitución misma y estar destinado a la protección de las garantías conocidas en la doctrina como derechos públicos subjetivos. Para dicho autor constituye un remedio, es decir, medio para restablecer algo.

En consecuencia, la naturaleza jurídica del hábeas corpus es la de ser un mecanismo de naturaleza procesal, destinado a proteger la libertad

individual y los derechos conexos, que tiene sus principios en la Constitución Política y en el Derecho Procesal Constitucional.

2.1.4 Finalidad

La acción de Hábeas Corpus, tiene como fin inmediato el restablecimiento de la libertad personal vulnerada o amenazada. Esto significa regresar a la situación anterior en que se encontraba el sujeto, en uso de su libertad. A decir de Ortecho Villena, este propósito resulta perfectamente claro, tratándose de la libertad corporal, frente a un arresto, pero resulta un tanto impreciso, pero no por eso menos efectivo, cuando se trata de otros aspectos de la libertad personal, como, por ejemplo, en la omisión de otorgar un pasaporte o el de ser asistido por un abogado, en caso de encontrarse detenido ilegalmente o en el caso de incumplimiento de una excarcelación ya ordenada. (Vigo 2002, 197)

Queda claro que la amenaza o violación de un derecho constitucional tiene un responsable de tal afectación, pero se debe tener en cuenta que el fin del hábeas corpus no es realizar una función punitiva, esto último se deberá hacer efectivo en la vía penal, lo fundamental en el habeas corpus es que cese la violación o impedir que la amenaza de violación se haga efectiva.

2.1.5 Características

a.- Es una acción de garantía constitucional

Esta terminología de acción y no de recurso, como algunas veces se ha empleado en el Perú y en el derecho comparado, es la más correcta, ya que el término "recurso" se reserva para los medios

impugnatorios que se emplean para las resoluciones judiciales o administrativas. También nos permite distinguir un derecho de un mecanismo para defender ese derecho, como lo es una acción de garantía, ya expresada anteriormente. (Borea 1992, 98)

Esto significa la concurrencia de una persona y el obrar procesalmente de la misma ante un organismo jurisdiccional competente, según sea el caso, para conseguir la protección a su libertad personal.

b.- Es de naturaleza procesal

En efecto el Hábeas Corpus no es una institución de derecho sustantivo, por el contrario, es una institución de derecho procesal o adjetivo, puesto que conlleva el desarrollo de un procedimiento judicial, con la salvedad que es un proceso de naturaleza especial, por la calidad de derechos que protege o por la naturaleza del mismo procedimiento, que un sentido preferencial y urgente.

c.- Es sumarísimo

Por la naturaleza de los derechos que protege el habeas corpus (libertad personal y conexos); es indispensable que la solución al pedido sea rápida, a fin de brindar una eficaz protección de los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, la tramitación debe ser muy breve a fin de restablecer la libertad, frente a una detección arbitraria. Y aquí nuevamente resaltamos el carácter especial y extraordinario que tiene el valor de la libertad, que exige un

remedio inmediato y efectivo. Basado fundamentalmente en el principio de celeridad. (Castilo 2006, 87)

d.- Concreto

Tal como lo afirma Rafael Bielsa, no se discute la existencia del derecho, sino los actos que lesionan o amenazan los derechos constitucionales de una persona.

e.- No formalista

Por la naturaleza del habeas corpus no exige formalidad en la tramitación, tal es así, que la demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos, así lo ha establecido el Código Procesal Constitucional, artículo 27°.

f.- Es excepcional

Procede aun cuando existan otros medios de defensa judicial que protejan la libertad personal vulnerada (artículo 5°-2, CPC); es decir, que procedería el hábeas corpus, aun cuando el afectado pueda recurrir a otros medios o procesos eficaces para tutelar el derecho a la libertad personal afectada ilegítimamente incluso dentro de un proceso. (Abad y Ayala 2007, 569)

2.1.6 Ámbito de protección

La Constitución, el Código Procesal Constitucional reconoce como derechos que compete resguardar al Hábeas Corpus aquellos que de modo enunciativo señala en su artículo 25°, recoge en principio los mismos que estaban precisados en la Ley N° 23506; y, las distintas normas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 9° inciso 4⁹, así como, el artículo 7° inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, han establecido que el habeas corpus es un recurso destinado a proteger la libertad individual y los derechos conexos a esta.

Para efectos del presente estudio de investigación, nos importa el estudio de los derechos conexos a la libertad individual; sin embargo, por una cuestión de orden consideramos importante realizar un breve análisis de la libertad individual, para posteriormente realizar el análisis de los derechos fundamentales conexos.

A. El derecho a la libertad individual

El concepto más básico sobre la libertad nos lo otorga el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, definiendo a la libertad como la:

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 9, inciso 4: “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7 inciso 6: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

“facultad natural que tiene el hombre de una manera o de otra y, de no obrar por lo que es responsable de sus actos” además que es una “prerrogativa, privilegio, licencia o como condición de la persona no obligada por su estado al cumplimiento de ciertos deberes”. (Real Academia, 2014)

La libertad física, es un derecho fundamental que sólo puede ser restringido en estricto cumplimiento de determinados requisitos y garantías. (Ore y Loza 2011, 27) La libertad individual, si bien es cierto, no es sólo, un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, sin embargo, su ejercicio no es absoluto e ilimitado, sino que se encuentra prevista en nuestro sistema jurídico, en diferentes disposiciones del artículo 2º inciso 24º literales “a” y “b” de la Constitución de 1993. También en instrumentos internacionales, tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9º inciso 1º establece que *"Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta"*.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 7º inciso 2 señala que, *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*. Al analizar esta disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que, *nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)*

El Código Procesal Constitucional, artículo 25° incisos del 1 al 17, en concordancia con el artículo 12° (Ley 23506), han realizado un listado de los derechos que conforman la libertad individual y en consecuencia en dichos casos procede el hábeas corpus, como parte de los referidos derechos, tenemos los siguientes: Guardar reserva sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquiera otra índole; Libertad de Conciencia de Creencia; El derecho de no ser violentado para obtener declaraciones, entre otros.

El artículo en comento en su parte final señala: *procede el habeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio*, para efectos de la presente investigación nos interesa, el estudio de los derechos conexos a la libertad individual, por cuanto, es dentro de este supuesto que se encuentran los derechos fundamentales que han dado origen a los procesos de habeas corpus en los casos de tenencia y régimen de visitas.

B. Derechos conexos a la libertad individual

Del tenor de lo señalado en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional se puede colegir con claridad que la libertad individual no se limita a la libertad física o de locomoción, sino que aborda otros derechos como la integridad corporal, el derecho a no ser obligado a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo o de familiares cercanos, entre otros. Por lo tanto, el concepto de libertad individual del que parte el Código Procesal Constitucional es sin duda, más amplio que el de libertad física.

De lo expuesto, se evidencia que el legislador, ha acogido una concepción amplia (antes bien que restringida) acerca de los contenidos sustantivos que pueden ser tutelados mediante el hábeas corpus, con lo cual este proceso constitucional constituye no solo un remedio para la defensa de la libertad física o ambulatoria, sino que además es un instrumento protector de los derechos conexos a la libertad individual misma. (Eto 2012, 18)

En su interpretación sobre esta materia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el habeas corpus se presenta como una vía idónea para la protección al derecho al libre desarrollo de la personalidad, e incluso frente a afectaciones de la libertad e integridad no solo física, sino también psicológica, provenientes tanto de entidades tanto públicas como privadas.

2.1.7 Procedencia del hábeas corpus

El hábeas corpus procede ante afectaciones provenientes de un hecho u omisión, es decir, de una conducta comisiva (acción) y omisiva. Ahora bien, la omisión debe consistir en la abstención de realizar un acto o comportamiento de cumplimiento obligatorio, de acuerdo al artículo 2 del CPC. Así la autoridad penitenciaria que no otorga libertad a un interno que ya cumplió su condena o el juez que omite resolver la alegación de homonimia que hace una persona detenida como consecuencia de una requisitoria ilegal.

Es necesario señalar que no cualquier omisión de una autoridad y funcionario, da lugar a una acción de garantía. Sabido es que el Estado tiene múltiples propósitos programáticos de los cuales se derivan otras cuantas obligaciones para con la ciudadanía, pero solamente proceden aquellas

contra omisiones de actos debidos, es decir, de cumplimiento obligatorio. Esta última característica casi puede encontrarse en el término para su realización o la naturaleza de la misma. (Russo 2001, 250)

También debemos distinguir dos niveles o formas de violación la vulnerable y la amenaza que viene a ser dos grados de agresión. La primera que implica consumación y la segunda una conducta por realizarse. Cuando nos referimos al tema de la amenaza, es importante tener claro, que lo importante aquí es la inminencia y la probabilidad real de cumplimiento de la amenaza. Así, por ejemplo, no podrá interpretarse como causa de la acción el que luego de una riña callejera uno de los contendientes le diga al otro que lo secuestrará en pocos días. (Vigo 2002, 210)

La vulneración se presenta clara y objetiva en tanto que la amenaza puede ser objeto de apreciaciones subjetivas que escapan la función protectora de la garantía. Por eso es que las amenazas deben ser reales, y objetivas y de inmediata realización.

A. Contra quienes procede el hábeas corpus

El Art. 200º de la Constitución vigente, señala que procede Hábeas Corpus y amparo contra autoridades, funcionarios y personas particulares.

Para iniciar una acción de garantía y perseguir la protección por parte del órgano jurisdiccional se hace necesario individualizar al agente que ha vulnerado o amenazado la libertad individual o los derechos conexos, esto a efectos de restablecer los derechos afectados, y no tanto para fines de sancionar que en este caso ocuparía un segundo lugar.

A efectos del presente estudio de investigación, nos importante el análisis del hábeas corpus en contra de cualquier persona, sin embargo, técnicamente no es cualquier persona, en el presente estudio vendrían a ser el padre o la madre, quien de manera arbitraria evitan que su(s) menores hijos mantengan contacto con el otro progenitor, quien según sea el caso podría ostentar la tenencia o tendría derecho a un régimen de vistas, que por el comportamiento irregular del otro progenitor no puede darse efectivo cumplimiento, al respecto Abad Yupanqui, señala que la procedencia del hábeas corpus contra cualquier persona no es sino la lógica consecuencia de la eficacia horizontal¹¹ de los derechos fundamentales.

Es decir, estos no solo vinculan y establecen obligaciones de respeto y garantía con relación al Estado y sus agentes, sino también respecto de los particulares. Así, son múltiples los supuestos en los que la libertad individual y sus diferentes manifestaciones son afectadas en las relaciones entre particulares, por ejemplo, en los casos de violencia familiar, donde el hábeas corpus adquiere especial relevancia en la protección de los derechos de las mujeres que mayoritariamente suelen ser víctimas (Abad 1996, 125-132).

¹¹ Tanto en Europa, a través de la expresión alemana *drittwirkung der grundrechte*, como en América Latina –por ejemplo, en la experiencia argentina con la doctrina jurisprudencial fijada en 1958 en el caso KOT- se admite la eficacia de los derechos fundamentales no solo en las tradicionales relaciones verticales con los poderes públicos, sino también en un plano horizontal, es decir entre particulares. Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 1056.

2.1.8 Proceso de Hábeas Corpus

A. Personería

La legitimación para interponer el hábeas corpus es bastante amplia. De acuerdo al artículo 26 del CPC, la demanda puede ser formulada por la persona perjudicada o por cualquier otra que quiera actuar a su favor, sin que se requiera contar con representación. También se encuentra legitimada la Defensoría del Pueblo, en tanto órgano constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad. Esta opción se explica por la importancia objetiva o institucional de la libertad individual en un Estado constitucional¹².

B. Competencia

Según el artículo 28° del CPC, conoce de la acción de Hábeas Corpus cualquier Juez Penal del lugar donde se encuentre el detenido o del lugar donde se haya ejecutado la medida o del lugar donde se haya citado. Si se tratara de detención arbitraria, atribuida a la orden de un juez, la acción se interpondrá ante la Sala Penal, la que designará a otro Juez Penal quien decidirá en el término de 24 horas. En este último aspecto es irrelevante el turno, donde hay varios jueces.

C. Forma

El hábeas corpus cuenta con un trámite expeditivo y des formalizado. De acuerdo al artículo 27° del CPC, puede formularse por escrito o verbalmente. En este último caso; levantando acta ante el Juez o

¹² Constitución comentada. *Ob. Cit.* Pg. 1095.

Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una relación de hechos para darle curso. También puede ser ejercitada telegráficamente, previa a la debida identificación del reclamante, del actor o demandante.

D. Procedimiento

El procedimiento del hábeas corpus tiene dos alternativas, según se trate de una detención o de acto en contra de la libertad personal, distinto a la detención.

a.- En caso de detención: Interpuesta la acción ante el Juez Penal de turno, éste debe constituirse de inmediato, o cuando menos en el día al lugar de la detención y disponer que la autoridad responsable presente al detenido y explique su conducta. Comprobada la detención arbitraria, el juez penal pone en libertad al detenido, dando cuenta a la Sala Penal respectiva. La Ley 23506 también establece que de no ser suficiente la sumaria investigación, el Juez citará a quienes ejecutaron la violación para que expliquen las razones y resolverá de plano. (Borea 1992, 290)

b.- En caso de lesiones a otros aspectos de la libertad personal: El Artículo 18ª de la Ley 23506, establece que el Juez debe citar a quienes ejecutaron la violación a fin que expliquen los motivos de ésta y resolverá en el término de un día natural, es dentro de este supuesto que ubicamos el hábeas corpus conexo relacionado con los casos de tenencia y régimen de visitas, por cuanto en dichos casos no existe detención, lo que existe es una afectación a los derechos conexos a la libertad individual.

Las Resoluciones que recaen en este tipo de procedimientos contienen un mandato especial de protección a la libertad. Ortecho Villena

señala que: *Deben ejecutarse tan pronto como queden consentidas o ejecutoriadas ya que, de no ser así, no cumpliría su misión de restablecer la libertad en el tiempo más breve posible.*

E. Clasificación

La doctrina y el Tribunal Constitucional han realizado una clasificación del habeas corpus, dependiendo del tipo de afectación denunciada, otorgando una tutela reparadora distinta para cada caso particular. Dicha tipología ha si desarrollada en la sentencia STC EXP. N° 02663-2003-HC/TC¹³; sin embargo, el tema que nos ocupa en esta ocasión es el

¹³ Tipología de hábeas corpus. STC EXP. N° 02663-2003-HC/TC.

En función a este ensanchamiento del carácter y contenido del hábeas corpus, la doctrina ha elaborado una tipología, de la cual resumidamente damos cuenta:

a) El hábeas corpus reparador: Dicha modalidad 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 -juez penal, civil, militar-; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

b) El hábeas corpus restringido: Se emplea 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".

c) El hábeas corpus correctivo: Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

d) El hábeas corpus preventivo: Éste 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.

e) El hábeas corpus traslativo: 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.

f) El hábeas corpus instructivo: Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo 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.

habeas corpus conexo, por cuanto es la clase de recurso a la que se deberá acudir en los casos de tenencia y régimen de visitas, por lo tanto es sobre este que trataremos a continuación:

a. Hábeas corpus conexo

El artículo 25° del Código Procesal Constitucional regula en el último párrafo el llamado hábeas corpus conexo. Estableciendo que este tipo de hábeas corpus procede a efectos de proteger los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, señalando de manera específica, como derechos conexos, al debido proceso y la inviolabilidad de domicilio. Del contenido de este artículo se deduce que los referidos derechos tienen una relación de conexidad con el derecho a la libertad individual, sin negar, esto se dejando abierta la posibilidad de que existan otros derechos constitucionales conexos, y podrán tener protección siempre y cuando cumplan con el requisito de la conexidad que para este caso se exige.

Al respecto la sentencia EXP. N° 02663-2003-HC/TC, al realizar la clasificación del hábeas corpus, en lo correspondiente al hábeas corpus conexo ha señalado: “Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor

g) El hábeas corpus innovativo: 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.

Esta Tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus*.

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.

Es decir, 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 éste. 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”. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 147)

Parafraseando lo anterior, podemos señalar, que el habeas corpus procede ante las violaciones de la libertad individual o de derechos conexos a la libertad individual. Para la protección de estos últimos, existe el llamado habeas corpus conexo. Para la procedencia de este tipo de hábeas corpus, es necesario que se reúnan dos requisitos. En primer orden, es preciso que se demuestre la afectación (como lesión o amenaza) de un derecho constitucional, y, en segundo plano, debe invocarse convincentemente que este derecho tiene un grado razonable de relación con la libertad individual. A este último requisito se le conoce como el requisito de la conexidad. La conexidad exige simplemente que el ejercicio del derecho constitucional afectado esté vinculado a la libertad individual.

Conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional, cabe utilizar este tipo de Hábeas Corpus cuando se presentan situaciones no previstas en los otros tipos de habeas corpus, el mismo que

responde a la continua evolución que ha experimentado en los últimos tiempos. Por lo que no cabe estructurarse una tipología de este proceso como un *numerus clausus*.

Esta modalidad permite adicionalmente que los derechos innominados en el artículo 3° de la Constitución relacionados con la libertad individual, puedan ser protegidos por el Hábeas Corpus. En tal sentido procederá interponer este Hábeas Corpus por ejemplo cuando se afecte o vulnere el derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o cuando se contravenga el derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme. (Abad et al. 2007, 510)

b. La relación de conexidad en el hábeas corpus conexo

Después del análisis antes realizado, procede hacernos la pregunta, cómo establecemos la relación de conexidad entre un derecho constitucional y la libertad individual, sobre este tema, es muy reducido el contenido doctrinario que hemos podido ubicar, por cuanto el tema de los derechos conexos y su protección en el ámbito constitucional es relativamente escaso.

La procedencia de un hábeas corpus por violación de derechos constitucionales conexos no tiene por qué exigir una afectación de la libertad individual, sino que bastaría que el derecho constitucional afectado sea conexo a la libertad individual. Lo que hay que acreditar

es que existe una violación al contenido esencial de un derecho constitucional y que la vigencia de este derecho constitucional está orientada, en el contexto en el que se presenta la violación, a salvaguardar la libertad individual (García 2008, 131). Al respecto, se entiende, que para la procedencia del habeas corpus conexo, lo fundamental es identificar la relación de conexidad entre el derecho constitucional vulnerado o amenazado y la libertad individual.

La determinación de los derechos conexos, requiere, de dos clases de operaciones. Una *operación abstracta*, referida a que el derecho debe encontrarse en una relación dogmática o constitucional vinculada a la libertad individual que le permita tener un fundamento referencial. Y una *operación concreta*, en la que debe verificarse caso por caso, si del supuesto del hecho o el caso enjuiciado existe conexión entre la vulneración del derecho fundamental y la libertad individual. En ese sentido, es necesario que exista en cada caso concreto, conexidad entre aquel y el derecho fundamental a la libertad individual. (Castillo 2008, 210)

c. El proceso de hábeas corpus y su relación con el derecho de familia

Partiremos definiendo al Derecho de Familia, según Alex Plácido Vilcachagua, como “*el conjunto de normas jurídicas, que regulan los vínculos jurídico familiares. Como estas relaciones, conciernen a situaciones jurídico generales de las personas en*

sociedad, integran el Derecho Civil ¹⁴, la premisa básica a tener en cuenta es que el Derecho de Familia protege instituciones jurídico familiares por tanto es una rama del Derecho Privado, por tanto las situaciones o conflictos que de dicha rama se deriven serían competencia exclusiva de la Justicia Ordinaria, para el caso en concreto los Juzgados Especializados de Familia.

En razón a lo señalado, no es habitual, interponer o demandar habeas corpus en los casos del Derecho de Familia, por cuanto los derechos que en dicha institución se protegen no pertenecen directamente a la libertad individual. Esto es que, en esta rama del derecho, no existen normas de orden público, si no que se ocupa, preferentemente, de las relaciones jurídicas entre particulares.

Señalamos que el hábeas corpus en los casos del derecho de familia no es habitual, sin embargo, dicha premisa no es excluyente, por cuanto si bien el derecho de familia por naturaleza involucra la protección de intereses particulares, ello no es óbice, para que se pueda interponer habeas corpus por ejemplo en el caso de menores infractores, con el fin de proteger su derecho a la libertad individual y sus derechos conexos, tal como ha sido acogido por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 3386-2009-PHC/TC La Libertad, Santos Eulalia Armas Medina a favor de E.M.C.A, de lo que se aprecia que si puede existir una relación entre el derecho de familia y el habeas corpus, dependiendo de la clase de derechos que se encuentren en discusión.

¹⁴ Código Civil Comentado. *Ob. Cit.* Pg. 116.

El presente trabajo de tesis tenía como objetivo, determinar, cuál de los tipos de habeas corpus, le correspondería adecuarse perfectamente, a los cuestionamientos después que en los procesos de tenencia y régimen de visitas, el padre es renuente a dejar ver o entregar al hijo, al padre quien detenta la tenencia, o le corresponde el régimen de visitas, ya que el propio Tribunal Constitucional, abrió la puerta a esta posibilidad, a través de las sentencias correspondientes al expediente N^a 1817-2009-PHC/TC y al expediente N^a 2892-2010-PHC/TC, cuyos fundamentos principales, fueron amparados por los siguientes derechos: a) derecho a tener una familia y no ser separado de ella; b) derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, c) derecho al desarrollo armónico e integral, así como con la protección de los principios tales como: a) Principio de protección especial del niño, b) Principio del interés superior del niño.

2.1.9 Efectos de la sentencia del proceso de hábeas corpus

En cuanto a los efectos de las sentencias fundadas del proceso de Hábeas Corpus, el Código Procesal Constitucional, artículo 34°, contempla cuatro medidas, a saber: 1) la puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho, 2) que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considera necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; 3) que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez

competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención, o 4) que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse

Acorde con lo expuesto, al referirnos a los casos de tenencia y régimen de visitas en la vía constitucional, el efecto de la sentencia fundada en dichos casos, se encuentra dentro del cuarto supuesto, por cuanto el juez constitucional, al declarar fundada una demanda de hábeas corpus deberá disponer de las medidas correspondientes a fin de que cese el agravio producido en agravio del niño, niña o adolescente cuyos derechos fundamentales se han visto vulnerados por el actuar irresponsable del progenitor que ostentando la tenencia impide que el régimen de visitas previamente establecido puede ser cumplido.

CAPÍTULO III

PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

3.1 PATRIA POTESTAD

3.1.1 Antecedentes y evolución

En la época primitiva del ser humano hubo un extenso período de filiación uterina (período matriarcal), en el cual para poder establecer el parentesco se tomaba como punto de conexión a la madre. Era está la que constituía el centro de la familia en las sociedades primitivas y, por tanto, ejercía la patria potestad sobre los hijos. Esta patria potestad concedía al jefe de la familia la libre disposición de sus hijos a quienes podía emancipar, reivindicar, maltratar y sobre los cuales tenía un *ius vitae necisque*, o derecho a la vida y muerte¹⁵.

La patria potestad fue evolucionando. En Roma evolucionó hasta el grado que el poder del padre era generalizado. El paterfamilias era el depositario del honor de los ascendientes, quien tenía responsabilidad sobre los descendientes, el dueño titular de la *sacra privata*. Con el transcurso del tiempo, fue gestándose una idea diferente sobre la patria potestad, está dejó de ser vista como un poder o autoridad, para convertirse en una institución que existía en favor del hijo. De este modo los poderes del padre fueron reduciéndose, y las excepciones a su autoridad iban transformándose en reglas, esto ocurrió en el Derecho Justiniano. (Hinostroza 1999, 205)

En el Derecho Germánico la situación era diferente a la de la cultura romana. En este último el sistema de la patria potestad representaba un

¹⁵ Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. Tomo II. Lima. Perú. Pág. 99.

derecho y un deber de protección que se extinguía cuando el hijo adquiría su independencia. Esto se reflejaba en la intervención de la madre que originaba dos situaciones: a) En las relaciones que se desarrollaban en el exterior era el padre, quien ejercía la autoridad y conducción de la familia; b) en cambio en las relaciones familiares internas, cuando se tenía que discutir un asunto de interés de la familia, era la madre quien tenía especial participación de la toma de tales decisiones; sin dejar de lado la participación del padre de familia. Sin embargo, fue en el derecho francés, donde se evidenció una evolución de la patria potestad, y con la revolución francesa se dejó de lado la esencia que dicha institución mantenía del derecho romano, dichos cambios provocaron la supresión de los poderes del padre e incluso la institución del usufructo legal. (Cornejo 1999, 518)

En el Derecho Moderno la patria potestad es considerada como un derecho de quienes la ejercen, pero a la vez un deber. Lo que ha originado la existencia de derechos y obligaciones que no pueden ser recortados ni eludirse, salvo algunas excepciones establecidas por la ley, la mismas que serán abordadas más adelante. Coincidimos con D'Antonio quien resalta que la patria potestad abarca una constelación de derechos a los que corresponde distintos deberes ejecutados de manera particular¹⁶.

3.1.2 Denominación

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

¹⁶ Código Civil Comentado. op. cit., p. 100.

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

Ripert y Boulangar, definen a la patria potestad como: *conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos.* (Canales 2014, 10)

Se le ha denominado 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.

En ese marco, hay que hacer especial mención al término *patria potestad*, puesto que resulta hasta contraproducente que en la actualidad a pesar de la igualdad constitucionalmente proclamada, y la existencia de un conjunto de leyes que promueven la igualdad no sólo entre progenitores, sino entre padre-madre, y hombre-mujer, todavía se mantenga en la regulación de nuestro Código Civil la acepción *patria potestad*, que denota un criterio discriminatorio, donde predomina la figura del padre en detrimento de la figura materna. A nuestro modesto entender, el legislador del Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, debió valorar la regulación e introducción de un término neutral enfocado desde la perspectiva de género, así pues, nos inclinamos por la utilización, por ejemplo, de los términos “responsabilidad

parental”, “autoridad de los padres”, “responsabilidad parental” o en su caso “autoridad parental”¹⁷.

En este sentido, Benjamín Aguilar sostiene que, *quizás debemos ir hacia una nueva denominación que recoja los deberes-derechos de esta institución, algunos han intentado llamarla autoridad paterna compartida; otros, autoridad benéfica sobre los hijos.* (Aguilar 2008, 305-06)

La Convención sobre los Derechos del Niño, invita a modificar la denominación de la institución con el propósito de resaltar que el centro de interés es el hijo y no los padres –lo que no se infiere del término patria potestad-. Por ello, la denominación utilizada por el Código Civil italiano de “autoridad de los padres” (*autorité parentale*), parece ser la más adecuada y alude, además, al sistema de actuación conjunta de ambos progenitores, que sentencia la Convención. (Plácido 2003, 72)

Estamos de acuerdo con los planteamientos realizados en cuanto al cambio de denominación de la patria potestad, y somos de la opinión que la denominación más apropiada sería la de autoridad de los padres o responsabilidad parental, por cuanto es la que mejor traduce las transformaciones que ha experimentado la familia en estos últimos años.

3.1.3 Definición

A decir de Varsi Rospligiosi, 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

¹⁷ Criterio compartido por GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos...”, *op. cit.*, p. 73.

sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad, (Varsi 2012, 294) (plena capacidad que es adquirida al llegar a la mayoría de edad).

Se señala también, que la patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva 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 los hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener 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 (Aguilar, Varsi, Mella 2014, 10).

Acertada postura, que encuentra respaldo en lo establecido por Jossierand y hermanos Mazeaud, para quienes la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes; sin embargo, es de resaltar que los hermanos Maseaud (Mazeaud y Mazeaud 1970, 178), utilizan el término autoridad para describir la patria potestad, apreciación que nos parece apropiada, por cuanto, somos de la opinión que para referirnos a la patria potestad es más apropiado hablar de autoridad de los padres respecto de los hijos, sobre este punto nos pronunciaremos en el siguiente punto al tratar el tema de la denominación de la patria potestad.

Al respecto nuestro Código Civil 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 tal definición guarda conformidad a lo ya establecido en la Constitución

de 1993, en su 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 padres¹⁸.

Por tanto, queda 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 deber. 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 Niño¹⁹.

Con relación a esta materia, es interesante señalar el pensamiento *sui generis* del legislador chileno, quien distingue entre la patria potestad que sólo se refiere a las facultades sobre el patrimonio de los hijos, y la autoridad paterna, que se contrae a las atribuciones relativas a la persona de dichos

¹⁸ Sobre los deberes de respeto asistencia y obediencia, Plácido Vilcachagua ha señalado, que el deber de obediencia se impone solo a los hijos menores de edad sujetos a patria potestad. Con relación a los deberes de respeto y cuidado, en cambio, se imponen a los hijos con independencia de que estén sujetos a la patria potestad, ya que han de tributar respeto y cuidados a sus padres siempre. No son, por tanto, los deberes de respeto y cuidado una manifestación de la patria potestad, sino un efecto permanente de la relación paterno filial, que, aunque tiene un carácter ético acentuado, no deja de tener sanciones civiles y penales.

¹⁹ **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, (...).

hijos. A decir de Héctor Cornejo, esta concepción no se encuentra en ninguna otra ley. Por cuanto se sigue conservando a la institución de la patria potestad como una única institución, que engloba tanto a la autoridad paterna y el ámbito patrimonial de protección de los hijos. (Cornejo 1999, 185)

3.1.4 Naturaleza jurídica

En la actualidad, la naturaleza jurídica de la patria potestad es ser una institución de amparo familiar a fin de brindar tutela y protección de la persona y bienes de los hijos menores de edad, los cuáles debido a su incapacidad de ejercicio, requieren de dicho elemento tuitivo. Dentro del amparo familiar, la patria potestad es una institución principal respecto de los hijos menores de edad. (Canales 2014, 9)

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 familia²⁰. 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. Dicha institución concluye cuando el hijo adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico, de manera tal que son los

²⁰ La patria potestad es un derecho subjetivo familiar que lleva implícitas relaciones jurídicas entre padres (padre y madre) e hijos (entiéndase hijos e hijas) y entre hijos y padres. Ambas partes tienen una serie de derechos y obligaciones, así, como facultades y deberes. La patria potestad se regula por normas de orden público, es indisponible y pertenece únicamente a los padres y madres e hijos; no puede ser cedido ni renunciado. Por lo tanto, es intransmisible y es incompatible con la tutela. Constitución Comentada, op. cit., p. 389.

hijos, ahora, los que deberán brindar protección a sus padres. (Varsi 2012, 297)

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.

3.1.5 La patria potestad como derecho-deber

Anterior a la visión de la patria potestad como derecho deber, existió un período que consideraba a la patria potestad como un poder de los padres respecto de sus hijos, el célebre Messineo señalaba que la patria potestad se encontraba configurada como un conjunto de poderes con sus correspondientes deberes, donde los padres cumplían la función de proteger formar y supervisar el patrimonio de los hijos menores de edad. Al respecto somos de la opinión, que es más apropiado referirnos a la patria potestad como un cúmulo de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos y viceversa, por cuanto aceptar que dicha institución es un conjunto de poderes de los padres respecto de los hijos, significaría reducir el contenido de la citada institución, limitándola sólo a la protección de los menores y supervisión del patrimonio de estos tal como refería Misseneo.

El actual planteamiento, nos refiere que la patria potestad, debe entenderse como una interrelación de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, por ello acertadamente la Constitución la define como un deber-derecho de los padres, porque no es una autoridad omnímoda en beneficio de los padres. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 13)

Al respecto, la legislación española, en su Código sustantivo, en concreto, el artículo 154 del Código Civil señala que la patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos y comprende entre otros los deberes de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, además de administrar sus bienes y representarlos. Este contenido muestra un cambio de actitud con referencia al objetivo principal de la patria potestad, el cual se circunscribe básicamente a favor de los hijos y su correspondiente protección. La patria potestad debe hacer efectiva la protección integral de los hijos y la asistencia de todo orden durante su minoría de edad y demás casos y demás casos en que proceda. (Alvarez 1988, 40)

Por lo tanto, el ejercicio de la patria potestad implica una serie de deberes y facultades, no obstante, el articulado no brinda una definición. Según Albaladejo: *Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen muchos deberes hacia ellos, para su protección y formación. Y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos. Llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.* (Albaladejo 2002, 167) Destacándose así, que la patria potestad se encuentra configurada como derecho-deber.

3.1.6 Características

La patria potestad posee las siguientes características, la presente clasificación está basada en la realizada por Varsi Rospigliosi (Varsi 2012, 294-295) y complementada por otros doctrinarios:

a. Es una institución de amparo familiar

La patria potestad es una institución principal de amparo familiar para brindar tutela y protección a los hijos menores de edad. Su fin es tuitivo. Se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad. El interés superior del niño y del adolescente se encuentra priorizado entre los fines de la patria potestad.

b. Cuenta con reconocimiento constitucional

El segundo párrafo del artículo 6° de la Constitución de 1993 consagra como deber y derecho de los padres el alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (patria potestad).

Cuenta con jerarquía constitucional, por cuanto se puede requerir y exigir el cumplimiento de los derechos y deberes que comprende la titularidad y ejercicio, interponiendo en la vía constitucional el recurso de habeas corpus, en el caso de que se obstaculice el ejercicio normal e idóneo de esta figura jurídica.

c. Es un derecho subjetivo familiar

La patria potestad lleva implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades-deberes.

d. 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. Se caracteriza por ser de orden público en virtud al interés estatal que se concentra sobre ésta institución; en primer lugar, el Estado subsidiariamente mediante los progenitores realiza un seguimiento al

cumplimiento de la titularidad y ejercicio de la patria potestad; y en segundo lugar, interviene a través de los órganos estatales específicos sean éstos de carácter administrativo o judicial, de acuerdo a la magnitud del problema suscitado.

e. Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco

La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo.

f. Es intrasmisible

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. En palabras de Hinostrza Minguez, es intransmisible, porque al originarse la patria potestad del hecho biológico de la paternidad o de la maternidad, ninguna de estas es susceptible de transmisión. (Hinostrza 2008, 448)

g. Es un derecho personalísimo

Sobre esta característica Hinostrza Mínguez, nos señala, que: es personalísimo porque las facultades propias de la patria potestad únicamente pueden ser ejercitadas por los progenitores. Por tal razón los acreedores de éstos no pueden subrogarse en sus derechos personales o patrimoniales inherentes a la patria potestad; así como tampoco los padres pueden disponer a favor de terceros de dichos derechos vinculados a la patria potestad, esta característica se encuentra directamente relacionada con la intransmisibilidad de la patria potestad, lo cual significa que la patria potestad no puede ser

objeto de transferencia, enajenación o comercio por parte de los progenitores bajo ningún precepto. No obstante, éstos pueden delegar -no transmitir- derechos concretos a un tercero, supuesto que se presenta en el caso de matricular al menor en un centro educativo. (Hinostroza 2008, 448)

h. Es imprescriptible

No se pierde por el transcurso del tiempo; sin embargo, puede decaer o extinguirse. (Chunga 2012, 107)

i. Es temporal

Culmina al cumplir el hijo la mayoría de edad o sino antes de cumplirla, siempre que contraiga matrimonio u obtenga título oficial que lo autorice para ejercer una profesión u oficio (artículo 46° del C.C).

j. Es inalterable e irrenunciable

Benjamín Llanos refiere que es inalterable e irrenunciable, por cuanto 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 en parte, pues antes que derechos comprenden deberes, y su cesión sería una suerte de abandono o incumplimiento de estos deberes. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 18)

k. Es incompatible con la tutela

No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad.

I. Es relativa

No es absoluta y está bajo el control de la ley. Mencionamos la relatividad por dos razones; primero, porque su ejercicio se encuentra comprendido en principio hasta tanto el menor no se emancipe o adquiera su mayoría de edad; y segundo, porque debe existir un adecuado ejercicio sin abuso de este derecho de conformidad al contenido de dicha figura jurídica que la Ley confiere a los progenitores, todo esto enmarcado en favorecer el interés del menor.

3.1.7 Titularidad y ejercicio de la patria potestad.

Aunque en principio, y como ya se ha dicho, la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley de los padres, sin embargo, no siempre es posible que ambos la ejerzan, pues ello depende de diversas circunstancias y señaladamente de la calidad de la filiación. (Cornejo 1999, 520)

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 titularidad²¹ como el ejercicio, sin embargo, 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 el ejercicio.

²¹ La noción de "titularidad" proviene de la doctrina italiana y se refiere a la capacidad de derecho, capacidad de goce, o denominada también capacidad jurídica de la persona, aptitud que le permite ser sujeto de relaciones jurídicas. Por contraposición, la noción de ejercicio hace a la aptitud de la persona para actuar por sí misma. Ello induce a denominarla, quizá con mayor precisión, capacidad de hecho o capacidad de obrar. D' ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, op. cit., p. 200

Zarate del Pino, nos señala, que: por lo general, puede afirmarse que la titularidad es conjunta y 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; más la titularidad conjunta no significa necesariamente que deban intervenir ambos padres en todos los actos que importen representación del menor, como en 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 (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 370).

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 las 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. Por ejemplo, en el caso de que hallándose separados los padres, el ejercicio lo detenta la madre con quien convive el menor.

Por tanto, la patria potestad, se ejerce conjuntamente por el padre y la madre en relación con los hijos matrimoniales; en caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación de matrimonio, por el cónyuge a quien se confían los hijos. En lo que se refiere a los hijos extramatrimoniales, se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, si viven o si hacen vida en común, ambos padres ejercen la patria potestad, sino el juez de Familia determinará a quien corresponda la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, y fijará un régimen de visitas para el padre o la madre q no vive con el hijo. (Chunga 2012, 106) El principio de igualdad de filiación y los postulados de la Convención sobre los derechos de Niño exigen su actualización, mediante el establecimiento de un régimen único de ejercicio de la patria potestad cualquiera sea el estado civil de los padres. (Plácido 2003, 74)

3.1.8 El ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores se encuentran en situación de crisis

Sobre este punto, la patria potestad no comprende solamente el tema de esta durante la relación conyugal, sino que aborda, sobre todo, las situaciones durante las crisis matrimoniales²², denominadas estructuras familiares disfuncionales.

Al respecto, es preciso señalar que nuestra legislación ha dedicado la mayoría de sus artículos correspondientes a la patria potestad al tratamiento de dicha institución en las relaciones conyugales dejando de lado lo relativo a

²² Se entiende por crisis matrimonial, a la relación periódica o discontinua de hechos o acontecimientos que se constituyen en obstáculo para que la familia conviva en armonía y proporcione los cuidados requeridos por sus descendientes de forma conjunta ocasionando que la estructura familiar funcional en un principio, se desorganice pasando a considerarse como una familia disfuncional.

las uniones de hecho, tema tan común en nuestro país en la actualidad; discrepamos con la postura adoptada por el legislador, por cuando, somos de la opinión que debió dar un tratamiento único a este tema, independientemente del tipo de unión que tengan los padres, ya sea esta conyugal, producto de una unión de hecho o también el supuesto que los progenitores no tengan ningún tipo de relación, o matrimonial o extramatrimonial como el legislador la ha denominado, por cuanto dicha distinción lo que hace es conculcar el principio de igualdad²³ que nuestra constitución y otras normas de rango internacional han establecido respecto a la familia y la filiación²⁴.

Como ya se ha venido señalando el fin de la patria potestad es la protección del menor, sin embargo, en la nueva situación familiar (crisis familiar) ésta adquiere una especial relevancia por las dificultades que puede originar su cumplimiento.

Sin duda, la presencia de los hijos, da sentido al contenido de la patria potestad, por ello, en una situación de crisis familiar si existe consenso entre

²³ El respeto por el principio de igualdad de los hijos se consagra en la Convención sobre los Derechos de los Niños, sí se puede ver en su artículo 2°:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

²⁴ En su último párrafo, la norma recoge el principio de igualdad o unidad de la filiación ya establecido en la Constitución de 1979.

Debe quedar claro que la norma no se refiere a la filiación biológica (hecho natural) que surge del acto de la procreación, sino de la filiación legal (hecho jurídico) que es aquella que se determina: i) por la ley, como presunción legal de paternidad o declaración judicial; o ii) por la voluntad del hombre, a través del reconocimiento, adopción o posesión constante de estado, adquiriéndose la calidad de padre o madre e hijo y estableciéndose entre ellos el estado de familia filiatorio. La filiación biológica no produce necesariamente la atribución de un estado de familia filiatorio. Constitución Comentada, *op., cit.*, p. 388

ambos progenitores el ejercicio de ésta se suscitará sin mayores inconvenientes, lo que nos lleva a concluir que no obstante la separación entre los padres si existe consenso entre ambos el ejercicio de la patria potestad continuara vigente, pero si no existe acuerdo quién debe soportar las consecuencias directas de la falta de entendimiento de los padres son los hijos, quienes pueden ver limitado y cercenado el proceso de su formación y desarrollo integral. (De La Fuente 2015, 8)

Al respecto discrepamos con lo planteado por el legislador, en cuanto a que en una separación convencional o separación de hecho la patria potestad no queda suspendida, pero por el contrario si se suspende en el caso de divorcio por una causal diferente, confiando los hijos al padre 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 otro motivo grave una tercera persona, determinando también que, 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.

Señalándose, que 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, sobre el particular, el legislador ha adoptado un criterio que lejos de favorecer al menor ha terminado perjudicándolo, en el sentido que son los hijos los que erróneamente han terminado asumiendo las consecuencias de los actos de los padres, en este punto somos del criterio

que el divorcio (crisis familiar) es un resquebrajamiento de la relación conyugal entre el padre y la madre del menor, no entre la madre o padre y el menor.

Por lo antes señalado nos preguntamos, si la relación conyugal se ha visto afectada por el acto de uno de los padres por incumplimiento de uno de los deberes conyugales, por qué sería el menor el que asuma dicho costo, el divorcio, no siempre implica un crisis entre la relación entre el padre o madre y sus hijos, es el hecho de suspender de la patria potestad a uno de los padres y conceder está en forma absoluta al otro progenitor lo que ha generado que muchos menores sean privados de seguir manteniendo contacto con el otro progenitor, por lo expuesto es que seguiremos considerando que se debe optar por la patria potestad compartida, desde el inicio de la separación de los padres, ya sea esta separación producto del divorcio o de la disolución de la unión de hecho.

3.1.9 Tendencias en el derecho comparado

Son dos los sistemas de ejercicio de la patria potestad, el sistema del ejercicio conjunto y del ejercicio unipersonal; el ejercicio de la responsabilidad parental tanto durante la convivencia como cuando viven separados es de aplicación en países como Paraguay, Brasil, Uruguay, Venezuela, El Salvador, Francia y España; de otro lado, en caso de separación, el ejercicio en cabeza de quién asumió el cuidado del hijo es de aplicación en países como Bolivia, Perú Chile y Argentina. Sin embargo, se puede convenir responsabilidad conjunta. (Mendez 2006, 150)

El Código Civil chileno encarga la mayor parte de obligaciones de la patria potestad al padre, sin embargo, existen algunos 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. A su turno, el Código Civil del Nicaragua establece la preferencia de 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. (Aguilar, Varsi y Mella, 64)

3.1.10 Sistemas de atribución del ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis de los progenitores

Son diversos los sistemas que existen con relación al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, entre ellos tenemos los siguientes, que son los que imperan en nuestra legislación:

- Sistema del ejercicio conjunto
- Sistema de ejercicio unipersonal (Nosotros discrepamos con esta opción, no obstante, al encontrarse regulada en la legislación es conveniente su tratamiento).

A. Sistema del ejercicio conjunto

De conformidad con el artículo 419° del CC la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disenso, resuelve el Juez del Niño y Adolescente.

El sentido del ejercicio conjunto se fundamenta en la participación y responsabilidad en un plano de igualdad de ambos progenitores (Guillarte 2010, 167). El común acuerdo de ambos progenitores determina la validez de los actos realizados en beneficio del menor²⁵. 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. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 68)

Este ejercicio conjunto se da dentro del matrimonio ya que al decaer el vínculo matrimonial (separación de cuerpos, divorcio e invalidación del matrimonio) la patria potestad es ejercida por uno de los padres a quien se confían los hijos quedando el otro suspendido en su ejercicio artículo, así lo ha señalado el 420° Código Civil. (Hinostroza 1999, 210)

El sistema del ejercicio conjunto como lo venimos señalando predomina durante el matrimonio, sin embargo, cambia radicalmente durante la crisis familiar, y en esta situación tiene especial preponderancia el ejercicio unipersonal; la continuación del ejercicio conjunto de la patria potestad no obstante la crisis familiar sería lo más conveniente, si tenemos en consideración que se debe proteger el interés superior del niño. A nuestro juicio, dicho sistema es viable en la medida que los progenitores tengan la intención y predisposición de conservar la titularidad y ejercicio de forma compartida.

²⁵ El ejercicio conjunto de la patria potestad aparece regulado en el artículo 156 del Código Civil Español, cuyo párrafo primero dispone: “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por unos solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Será válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

Hay quien oportunamente sostiene que las causas que provocan conflictos durante la convivencia de la pareja y que dan lugar a la ruptura del matrimonio, no deben repercutir en los deberes que tienen los progenitores para con sus hijos, puesto que éstos no son parte en términos contractuales de dicha relación²⁶. Así, el problema que crearon los progenitores tiene que ser resuelto por ellos, sin inmiscuir de por medio a los hijos, o al menos no utilizarlos como instrumento de defensa o comodín para resolver sus diferencias personales.

3.1.11 Sistema de ejercicio unipersonal o exclusivo

El ejercicio exclusivo de la patria potestad se da cuando solo un progenitor tiene la patria potestad mientras que el otro ha sido restringido en dicha institución por cualquiera de las causales establecida legalmente. (Canales 2014, 26)

El Código Civil ha establecido que la patria potestad se ejerce por el padre o la madre en relación con los hijos matrimoniales; en caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, por el cónyuge a quién se confían los hijos. En lo que se refiere a los hijos extramatrimoniales, se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, si viven o hacen vida en común, ambos padres ejercen la patria potestad, sino el Juez de Familia determinará a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y

²⁶ Vásquez luzubieta, *Matrimonio y Divorcio*. p. 167.

sexo, y fijará un régimen de visitas para el padre o la madre que no viva con el hijo. (Chunga 2012, 106)

Según la legislación española, esta posibilidad es factible por imperio del párrafo cuarto del artículo 92º del Código Civil, que establece que los padres en interés de los hijos pueden acordar la cesión del ejercicio total de la patria potestad a uno de los cónyuges, situación que no ha variado con relación a la redacción prevista en las reformas de 7 de julio de 1981. (Garriga 2008, 118)

A nuestro entender, si los padres se encuentran en perfectas condiciones, vale decir si no han sido suspendidos del ejercicio de la patria potestad, no es aconsejable ceder voluntariamente esta facultad, pues se quedarían con una titularidad vacía de contenido, siendo lo más conveniente que ambos participen en el desarrollo y formación integral de sus hijos.

No obstante, hay quien sostiene que en la práctica es complicado mantener el ejercicio compartido, toda vez que de hecho el menor estará más en contacto con uno de los progenitores aunque el derecho corresponda a ambos, siendo ésta la razón por la que se prevé el ejercicio unilateral. (Alvarez 1988, 253)

Es evidente la dificultad que tiene el mantenimiento del ejercicio compartido de la patria potestad, pero una de las soluciones pasa por el establecimiento de la tenencia compartida lo cual facilitaría el contacto permanente de ambos progenitores con los hijos.

Si bien es cierto, que en la práctica la titularidad conlleva la facultad de controlar el ejercicio de la patria potestad que se encuentra a cargo del otro progenitor, esta medida resulta insuficiente si se quiere que la formación integral del menor tenga éxito, puesto que el contacto directo del menor con ambos progenitores es vital para este cometido.

3.1.12 Derechos y deberes de los padres en la patria potestad

Los principales derechos-deberes que tienen los padres respecto de sus hijos son los de asistencia, educación y formación; el deber de alimentar a los hijos corresponde a ambos progenitores respecto de sus hijos comunes y debe ser atendido de acuerdo a los roles que cada uno asume dentro del hogar y de acuerdo a sus posibilidades. Este deber comprende todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación y recreación; dicha definición ha sido ampliada ha a los deberes como la instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica, modificación realizada al artículo 472° del Código Civil²⁷. Téngase en cuenta que este deber no cesa por la interrupción de la vida en común de los padres.

Otro de los deberes que la tenencia lleva consigo, es el deber de vigilancia sobre los actos de los hijos sujetos a la patria potestad. Por tal motivo, se impone a los padres la responsabilidad por los daños causados por los hijos, responsabilidad que se basa en una culpa *in vigilando*.

²⁷ Artículo 472° del Código Civil, modificado por la Ley 30292-28/12/2014. “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa post parto”.

Derecho del hijo a mantener relaciones personales y al regular contacto directo con el padre con quien no convive, el Código Civil, en su artículo 422°, señala que “en todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”. Con ello, además de comprobarse el carácter recíproco del derecho, se observa su recepción legislativa con distinto tratamiento; por cuanto para la Convención, el derecho a mantener relaciones personales no afecta el ejercicio de los demás atributos de la patria potestad, mientras que para el Código Civil ese derecho es reconocido para el padre que no ejerza la patria potestad. Por ello, debe actualizarse el Código Civil con la recepción del postulado de la Convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho de mantener relaciones personales y regular contacto directo entre padres e hijos, lo que no se agota con el establecimiento de un régimen de visitas; comprende también la posibilidad de retirar al menor del lugar donde domicilia, conservar con él comunicación epistolar o telefónica y supervisar su proceso de desarrollo personal. Por tanto, se demanda en el Código de los Niños y Adolescentes el imprescindible cambio de la denominación de la figura en su texto legislativo, referida como régimen de visitas. (Plácido 2003, 77)

Esta relación de deberes y derechos de los padres no es excluyente, pues, el sin fin de aspectos y situaciones que ofrece la vida de un menor es difícil que sean encuadrados en cierto número de reglas. Por cuanto, la realidad supera definitivamente lo regulado para ella, máxime tratándose de toda una vida humana, la del menor. Además, cabe añadir que en caso de

pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no se alteran los deberes de los padres hacia sus hijos. (Hinostroza 1999, 211)

Finalmente, los padres poseen el deber-derecho de corregir a los hijos, deber que se concede para la función tuitiva. Este poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física y psíquicamente a los menores.

3.1.13 Vigencia de la patria potestad

En lo relacionado con la vigencia de la patria potestad la regla general es que, en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad, así lo ha establecido el artículo 76° del Código Niños y Adolescentes, al respecto el jurista Chunga Lamonja, señala; que dicho artículo se refiere a que no se suspende la patria potestad en cuanto a su ejercicio se refiere, en los casos de separación convencional; sin embargo, discrepa de dicha posición, porque si los hijos quedan en poder de unos de los padres, entonces se habría producido automáticamente la suspensión en cuanto al ejercicio pleno del otro (Chunga 2012, 108), asumir la posición planteada por el citado jurista significaría asumir que patria potestad y tenencia son lo mismo, criterio con el que discordamos, por cuanto somos de la opinión que la tenencia y la patria potestad son diferentes, siendo la primera una atribución de la segunda.

3.1.14 Desmembración y cese de la patria potestad

Respecto a la vigencia de la patria potestad el Código Civil, regula cinco casos en que ésta sufre modificaciones, a saber: a) término de la patria potestad; b) pérdida de la patria potestad; c) privación; d) limitación; y e) suspensión de la patria potestad. (Hinostroza 1999, 216)

El Código de los Niños y Adolescentes, derogando por incompatibilidad el sistema indicado, reúne todas las causales previstas en éste para cada caso –que no constituye *numerus clausus*, por la expresa previsión del artículo 9º, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño-, bajo el título único de suspensión de la patria potestad (artículo 75º).

Benjamín Aguilar, realiza una clasificación decaimiento de la patria potestad, dividiéndola en decaimiento, cese temporal y cese definitivo.

El decaimiento, 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, pero obviamente subsisten los

deberes propios de la patria potestad, como por ejemplo el deber alimentario (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 39). 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. (Aguilar 2008, 378)

El artículo 75° del CNA, establece que la patria potestad se suspende en los siguientes casos: Por la interdicción del padre o la madre originada en causas de naturaleza civil; por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; por maltratarlos física o mentalmente; por negarse a prestarles alimentos; 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, sobre este último supuesto, somos de la opinión, que el hecho que el matrimonio no continúe no es razón suficiente para suspender a uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, el divorcio o la separación es un resquebrajamiento de la relación entre los padres, no entre los padres y sus hijos.

En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad, esto según lo establecido por el artículo 76° del CNA, a su turno el Código Civil artículo 345° menciona, en caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los del marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Discrepamos de esta posición, porque si los

hijos quedan en poder de uno de los padres, entonces se habría producido automáticamente la suspensión en cuanto al ejercicio pleno del otro. (Chunga 2012, 109)

El cese definitivo puede ocurrir cuando ya no existen las razones que justifican la presencia de la patria potestad (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 39). La patria potestad encuentra natural fenecimiento con la muerte de los padres o de los hijos; con la mayoría de edad, pues es en tal oportunidad cuando se agota la finalidad temporalmente fijada; la emancipación legal, que también determina la extinción de la institución (Mendez 2006, 275); por declaración judicial de abandono, causal nueva y que está referida a la situación particular del menor que por diversos 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 (Alvarez 1988, 386).

3.1.15 Restitución de la patria potestad

En los casos de suspensión (de la patria potestad), los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que la motivaron (Hinostroza 2008, 436), el CNA establece, que una vez que desaparezca la causa que originó la suspensión de la patria potestad, el padre o la madre que fue suspendido del ejercicio de la patria potestad puede solicitar la restitución de la misma, del análisis de las causales de suspensión, se verifica que de los ocho supuestos que el Código de los Niños y Adolescentes ha prescrito en el artículo 75^{o28}, en siete de dichos es posible

²⁸ **Artículo 75° del CNA. - Suspensión de la Patria Potestad. -**

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;

que cese la causal que dio origen a la suspensión, sin embargo no sucede lo mismo con el supuesto del literal g) relacionada con la separación o divorcio de los padres, como ya lo señalamos anteriormente, en el supuesto la causal de suspensión no va cesar por cuanto el divorcio es definitivo.

Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282° y 340° de Código Civil; somos de la opinión que en el presente caso la causal que da origen a la suspensión no va a cesar, salvo una reconciliación de los cónyuges en los supuestos de separación y divorcio, no obstante, en la mayoría de casos estos hechos son definitivos, por tanto consideramos que el Juez a pedido de parte debería considerar la pertinencia de restituir la patria potestad de forma progresiva, teniendo en cuenta en interés superior del niño, niña o adolescente.

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 (Varsi 2012, 371). Y es que, por un lado, el padre incumplido puede rectificar su conducta y, por el otro, la eventualidad impediende puede desaparecer. En

-
- 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 habersele 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.

estas circunstancias, procede la restitución del ejercicio de la patria potestad.
(Plácido 2003, 556)

3.2 TENENCIA

Una vez analizado el contexto de la patria potestad en lo que concierne a las relaciones paterno-filiales, continuamos el desarrollo de esta investigación con el estudio de la tenencia.

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 (arts. 81° y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica²⁹.

En lo relacionado a la tenencia lo ideal para el adecuado desarrollo del menor sería que el niño, niña o adolescente conviva o se encuentre bajo la patria potestad de ambos progenitores, pero que pasa con el menor en los casos de separación de hecho o cuando se ha interrumpido la convivencia entre los padres, el Código de los Niños y Adolescentes ha optado por la postura de determinar la tenencia a favor de uno de los padres.

²⁹ Poder Judicial del Perú. Pleno Jurisdiccional de Familia, 1997.

El anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio puede ser un obstáculo para que no se lo reconozca³⁰. Es razonable que así sea, ya que resultaría contrario al interés del hijo fracturar sus vínculos familiares. De esto se aprecia que no solo la relación padre-hijo es la que debe procurarse conservar, sino también todas aquellas otras relaciones familiares vinculadas directamente con los menores.

En nuestro sistema jurídico, el concepto de tenencia se define como la custodia física de una menor, mientras que la patria potestad se refiere al poder del padre o la madre para tomar las decisiones importantes en la vida de un hijo o hija. 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. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 30)

Consideramos que es conveniente que se diferencia perfectamente entre ejercicio de la patria potestad y la custodia y tenencia. La primera es propia de los padres y la segunda de cualquier persona que tenga legítimo interés. (Chunga 2012, 113)

Cuando el padre o la madre conviven, la patria potestad es compartida, pero cuando hay separación el juez tiene que hacer una determinación sobre a quién otorga la tenencia y por tanto la patria potestad (Plácido 2003, 27). Sin embargo, somos de la opinión que es tiempo de que

³⁰ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Relaciones personales con hijos no sujetos a la patria potestad". En: Código Civil Comentado. Tomo III, Derecho de Familia. Segunda Parte, Gaceta Jurídica, Lima. 2003, p. 124.

el Estado de Derecho se ajuste a los nuevos modelos de familia, de lo contrario se perpetúan unos roles basados en la desigualdad.

La tenencia posea vida propia en materia de relaciones jurídico familiares. Se la reclama o ejerce con independencia del futuro y efectivo cumplimiento de los otros derechos-deberes, adquiriéndose sin perjuicio de la conducta posterior que podrá satisfacer o no el cabal funcionamiento de la patria potestad, y perdiéndose aun cuando se haya encuadrado el accionar paterno en lo legalmente esperado. (Mendez 2006, 260)

3.2.1 Denominación

López de Carril, nos señala que, la terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una 'ocupación y posesión actual y corporal de una cosa', sino que el vocablo 'guarda' es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, jurídicamente tiene una mayor amplitud que la mal denominada tenencia, aún, cuando en la práctica forense se los tenga como sinónimos.

Agrega que la tenencia tiene dos etapas: a) La provisoria³¹; b) La mal llamada definitiva³². En realidad, de verdad, la denominada definitiva no es tal, pues que el principio consubstancial de la tenencia es su transitoriedad. Es que se halla sujeta a su modificación cuando el

³¹ 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 sistema, la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años. Al respecto consideramos, que la actuación inmediata del Juez debería ser cualquiera de los supuestos de la tenencia, no solamente en el supuesto que la integridad del menor se encuentre en riesgo.

³² 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.

principio fundamental en materia de tenencia que es el 'interés del menor' así lo aconseje. Toda decisión no causa estado. (Hinostroza 2008, 441)

D'Antonio considera, que se debe distinguir con claridad entre la tenencia y la guarda, puesto que la primera constituye un derecho-deber específico, en cambio la guarda atañe a una realidad del derecho de familia perfectamente distinguible en su esencia y alcances. (Mendez 2006, 274)

En efecto, la guarda presupone una actividad que responde a su significado en el habla castellana, signada por comportamiento de custodia, defensa o conservación. La tenencia, en cambio, refiérase a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien, por lo cual se la define como el deber de los padres de tener a sus hijos 'en su compañía', y doctrinalmente se la denomina deber de convivencia o unidad de domicilio. (Hinostroza 2008, 441)

Somos de la opinión, que se debería emplear el término guarda en lugar de tenencia, por cuanto, esta denominación comprende de modo general todas las actividades relacionadas con la protección del menor incluyendo la tenencia, entendida esta última como el hecho físico de convivir con uno de los progenitores. En ese sentido, hay autores que afirman que la guarda presupone una actividad que comprende asumir la custodia y defensa del menor, procurando satisfacer los deberes de cuidado y vigilancia, en cambio, la tenencia de manera fáctica, implica la proximidad física de una persona.

3.2.2 El ejercicio de la patria potestad y tenencia.

Sin duda, debemos referirnos a situaciones después de terminado el matrimonio o de uniones de hecho, por cuanto durante la convivencia conyugal o unión de las parejas sin estar casados, éstos conviven bajo un mismo techo y por tanto la titularidad de la patria potestad, como el ejercicio de la patria potestad y custodia se realiza por lo general de manera compartida.

En cambio, cuando se produce la disolución del vínculo conyugal y las parejas dejan de convivir las diferencias se acentúan en lo que atañe al ejercicio de la patria potestad y la tenencia de los hijos.

El ejercicio de la tenencia, es señalado taxativamente por el artículo 81 del Código del Niño y del Adolescentes, que 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”*. Siguiendo al jurista Alex Plácido Vilcachuaga refiere, *“Los padres tiene el derecho y deber de tener a sus hijos, en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario”*. (Plácido 2015, 250)

Sin embargo, cuando la situación familiar se deteriora, porque los padres se encuentran separados, la tenencia de los niños, niñas y

adolescentes se determina de común acuerdo, entre ellos tomando en cuenta el parecer del niño, niña y adolescente. De no existir acuerdo, o si este es 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 y adolescente; según lo dispuesto en el artículo 81° del Código antes señalado.

3.2.3 Atribución de la Tenencia

El Código Civil considera que, si ambos cónyuges son culpables de la separación, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de 7 años, al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa, de acuerdo con el artículo 340 del Código Civil (Canales 2014, 61). Por su parte del Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 84, considera que, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo menor de 3 años permanecerá con la madre.

Varsi Rospigliosi considera que el hecho de ser madre no otorga una mejor posición para adquirir la tenencia, en razón de que puede ser el padre a quien se le confiera al ser este el mejor preparado para ello (Varsi 2012, 309). Como hemos podido notar, nuestro sistema otorga una especial ventaja a la madre para obtener la tenencia, en caso el hijo tenga menos de tres años.

La determinación de la tenencia a favor de uno de los padres constituye la solución a la imposibilidad de continuar estos conviviendo, sin

embargo, este hecho no debería generar que aquel progenitor que no tiene a los hijos a su lado (tenencia) siga preocupándose de la crianza y del desarrollo integral de ellos, como se indica en la Convención sobre los Derechos del Niño. En otras palabras, la determinación de la tenencia de los hijos no discierne el ejercicio de los atributos de la patria potestad; ambos padres seguirán entendiendo a sus derechos y obligaciones comunes en lo que respecta, a la dirección, a la orientación apropiada y al desarrollo del niño. (Plácido 2003, 70-71)

La atribución de la tenencia -que es un aspecto de la patria potestad- de los hijos a uno de los padres no importa necesariamente la suspensión del ejercicio de la patria potestad paterna respecto del otro progenitor; lo que, en última instancia, significa el continuar cumpliendo con las demás obligaciones paternales, estando privado únicamente de tener a los hijos en su compañía.

En Francia la ley prevé que, en caso de desacuerdo de los padres, el juez podrá obligar a éstos a acudir a un mediador y, si el desacuerdo persiste, establecerá como medida provisional la alternativa semanal. En las legislaciones estadounidenses esta asimismo presente la obligatoriedad de la mediación en los casos de desacuerdo. (Plácido 2003, 36)

3.2.4 Clases de Tenencia

A. Tenencia exclusiva o monoparental o separada

En este caso solo el padre o la madre ejerce la tenencia de sus hijos con o sin matrimonio. La razón principal de tal supuesto es la separación de hecho de los padres. (Canales 2014, 54)

Dicha determinación se puede llevar a cabo convencional o judicialmente. Con ello, el domicilio del padre a quién se le confía la tenencia es el domicilio de los hijos. Sin embargo, esta decisión no importa una privación para el otro progenitor de seguir ejerciendo los demás atributos de la patria potestad. En estos casos, por lo general, se distribuyen parcialmente las facultades y deberes de la patria potestad entre los padres, procurando que, no obstante, no existiera convivencia entre ellos, sigan preocupándose y adoptando decisiones conjuntas sobre el bienestar de sus hijos. (Plácido 2003, 487)

La asignación de la tenencia de los hijos a unos de los progenitores 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 forzosamente a favor de uno de ellos. Por ello, es natural que el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía, tenga derecho a visitarlos. Siendo así, en el inciso c) del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes se dispone que el juez, “para el que obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe señalar un régimen de visitas”.

Se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de tres años, respecto a quienes se otorga preferencia a la madre, en tanto, se presume que aún existe un nexo de necesidad biológica del niño hacia su madre. (García 2007, 50)

Sin embargo, el otorgamiento de la tenencia a uno de los padres no debería implicar el cese para el otro del derecho-deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos. Asimismo, el desmembramiento de la guarda pone en evidencia el cumplimiento de ciertas obligaciones, como el deber de asistencia que comprende proveer lo necesario en el orden material y en lo espiritual. Sin embargo, una pauta importante resulta de la obligación del padre guardador de permitir y estimular la comunicación del otro con sus hijos.

Esto último constituye el ideal del interés superior del niño, que el menor no obstante la separación de sus progenitores, debe seguir manteniendo adecuada comunicación y contacto con aquel progenitor que no ostenta la tenencia, sin embargo, esto no ocurre en la realidad social, donde en muchos casos, el progenitor custodio impide que el progenitor no custodio mantenga adecuada comunicación con sus menores hijos, afectando así, el adecuado desarrollo de la relación paterno-materno filial.

B. Tenencia compartida o biparental

Consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones,

sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes. (Mendez 2006, 146)

La tenencia compartida de los hijos o también llamada coparentalidad ha sido instituida en nuestro país por la Ley N° 29269³³, la cual permite que los hijos puedan vivir indistintamente con cada uno de sus padres, encargándose ambos de su educación y desarrollo. Esta tenencia compartida beneficia mucho a los hijos

³³ Ley N° 29269, Ley de la tenencia compartida, Ley que modifica los artículos 81° y 84° del código de los niños y adolescentes incorporando la tenencia compartida:

Artículo 1°.- Modificación del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes
Modifícase el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 81°.- Tenencia

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.”

Artículo 2°.- Modificación del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes
Modifícase el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 84°.- Facultad del juez

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.”

porque les permite robustecer las relaciones personales con sus padres y madres y en general las relaciones familiares con el resto de su familia.

El problema que se presenta para la determinación de la tenencia compartida por el Juez, radica en la disposición y voluntad que tengan los padres para ponerse de acuerdo sobre los días que los niños pasaran con uno u otro padre, así como el tipo de educación y cuidado a impartir al menor. Por su parte, el Juez de Familia, para decidir otorgar la tenencia compartida, deberá tener en consideración principalmente el parecer del menor y el Interés Superior del Niño³⁴.

Sin embargo, se debe desterrar la creencia en que la coparentalidad o tenencia compartida significa necesariamente un reparto al cincuenta por ciento de los periodos de convivencia del niño con cada uno de los padres. Más bien, convendrá interpretar la coparentalidad como un reparto al cincuenta por ciento de los derechos y obligaciones de ambos padres (Plácido 2003, 33). Otro

³⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño, sienta el principio de que en toda actuación judicial debe velarse por el interés superior del niño, fórmula que opera en causas, “tanto concernientes al derecho de familia como ajenas a dicha materia”, sea que aquel intervenga en calidad de parte procesal (por ejemplo en la reclamación de filiación) o ya sea como simple tercero, más allá de que el mismo pueda verse, no obstante, alcanzado por el referido conflicto (proceso de divorcio separación, nulidad de matrimonio, etc.). El interés superior del niño, se constituye de tal suerte en una valiosa y esencial herramienta para la resolución de los conflictos judiciales que pudiese comprometer o afectar a las personas, derechos e intereses de los menores, con una virtualidad y extensión que, a la par de encontrarse en permanente evolución, se vislumbra de una riqueza inconmensurable, sin perder de vista su incidencia en nuestro ordenamiento sustantivo. Marco Antonio Celis Vásquez. Los procesos de familia desde la óptica del acceso a la justicia: hacia la consolidación del derecho procesal de familia. Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, Nº 5 /2009.184.

aspecto a tener en cuenta, es que la tenencia compartida solo podrá ser ejercida cuando ambos padres tienen la titularidad y pueden ejercer la patria potestad.

Este sistema de guarda compartida impacta sobre instituciones como la patria potestad, alimentos y régimen de visitas. La patria potestad, queda tal como está para cada cónyuge, sin privilegios para ninguno de ellos, los alimentos se verán dosificados de acuerdo a los momentos en los que el hijo esté con el padre (aquí el asume el sustento de este) y, las visitas, prácticamente, carecerían de sentido. (Varsi 2012, 376)

Las principales características de la coparentalidad son:

- Es una institución del Derecho de Familia.
- La patria potestad queda incólume.
- Busca preservar la integridad real y natural de la familia.
- Se origina por cuanto los padres ya no conviven, esto es por la separación de hecho, invalidez o disolución de matrimonio.
- Consolida la relación paterno-filial en el sentido que la patria potestad no pierde consistencia por la separación de los padres.

3.3 RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas³⁵, se considera como un derecho de los padres que no ejercen la patria potestad, quienes deben acreditar con prueba

³⁵ El artículo 160 del Código Civil español, nos refiere: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme lo dispuesto en la resolución judicial”.

suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. (Chunga 2012, 116)

Rivero Hernández fundamenta su existencia en dos premisas, por un lado, al considerarlo como un derecho natural debido a que no se puede negar a ningún progenitor que se relacione y se comunice con su hijo, aunque no vivan juntos. La segunda consistente en la relación de afectividad que debe de unir a un hijo con su progenitor que convierte a este derecho en algo más que una norma jurídica, puesto que afecta al desarrollo integral de la personalidad del menor, con un componente afectivo y emocional entre el progenitor y su hijo. (Alvarez 1988, 290)

En sentido amplio, el derecho de visitar corresponde a todos quienes pueden invocar un legítimo interés moral basado en lazos de parentesco. Tal sería el caso del derecho de visitas de los abuelos y demás ascendientes, hermanos y medio hermanos, tíos, etc. y también de terceros no parientes, como los padrinos de bautismo o de confirmación, etc. Por tanto, el denominado “derecho de visitas” es el derecho a conservar relaciones personales con el menor con quien no se convive. (Plácido 2003, 513)

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 del 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. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 31)

Borda señala que, se reconoce el derecho de visitas a todas las personas que se deban recíprocamente alimentos, es decir, los cónyuges, los ascendientes o descendientes, los hermanos, esta enumeración no es limitativa y los jueces pueden, teniendo en cuenta las circunstancias peculiares del caso, reconocerlo a otras personas. (Hinostroza 2008, 446)

Es la Convención sobre los Derechos del Niño la que refiere directamente al hijo este derecho. Así, en su artículo 9, numeral 3, reconoce el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales³⁶ o contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. A pesar de ello, el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 88°), antes de seguir este postulado, continuó manteniendo este derecho como establecido a favor de los padres, de la misma forma que lo hace el Código Civil en su artículo 422°. Sobre este punto la jurisprudencia ha precisado:

Expediente N°1015-97: *“Tercero.- Que, el régimen de visitas, más que un derecho de los padres, resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral; por lo que deben*

³⁶ SALANOVA VILLANUEVA (1995), afirma que este derecho se introduce en lo que se denomina “orden público familiar”. Es cierto, el derecho de visita es mucho más que un derecho del progenitor a relacionarse con sus hijos, supone sin lugar a dudas un derecho fundamental para mantener un principio básico en la sociedad, el que los hijos deben de relacionarse con sus progenitores. La propia sociedad debe darse cuenta que este derecho bien ejercido facilita sin lugar a dudas que los hijos que por determinadas circunstancias han padecido una ruptura matrimonial, recompongan más fácilmente su relación con sus progenitores, y que continúen aún en la distancia, pero recibiendo lo positivo que es la tenencia de unos progenitores, que, aunque no hayan podido entenderse entre sí, no están dispuestos a perjudicar a sus hijos. CRUZ GALLARDO, pág. 283.

*fijarse en atención a las circunstancias, conforme lo dispone el artículo cuatrocientos veintidós del Código Civil, y son sujetos a variación*³⁷.

La persona que ejerza, de hecho, o de derecho, la tenencia, puede oponerse al establecimiento del régimen demandado, en razón a reales o posibles perjuicios a la salud física o moral del hijo, concordando con lo establecido por la Convención. El fundamento de esta facultad reside en el deber-derecho que tiene de velar por el desarrollo integral del menor (Plácido 2003, 517). Que, si la persona que tiene bajo su cuidado al pariente menor, incapaz, etcétera, se opusiere al ejercicio del derecho de visitas pretendido, debe fundarse para ello en “posibles perjuicios a las salud moral y física de los interesados” (Mendez 2006, 318). De ello se concluye: Los primeros en cuyo interés se ha legislado es el de los pretendidos visitados; y sólo la posibilidad de perjuicio a la salud de éstos es motivo válido para oponerse a la visita de sus parientes.

3.3.1 Contenido del régimen de visitas

El régimen de visitas implica relacionarse con los hijos, durante el periodo temporal que se ha establecido, bien mediante transacción extrajudicial (convenio regulado en la legislación española) o resolución judicial. Del análisis de la legislación en cuanto al contenido del régimen de visitas se evidencia que este se limita a las visitas, sin embargo, la legislación española nos brinda un contenido más amplio sobre la materia, señalando al

³⁷ Sentencia de la Sala de Familia de la Corte Suprema de Lima del 23 de junio de 1997, recaída en el Expediente N°1015-97. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 7. Número 31. abril 2001. Lima, Gaceta Jurídica S.A., p. 127.

respecto, que se articulan tres posibilidades en la práctica, la visita, estancia y comunicaciones.

A. La visita

Consiste en poder visitar a los hijos normalmente durante unas horas una tarde o dos a la semana, recogerlos del colegio en algunas oportunidades y compartir tiempo con ellos hasta una hora prudente para los menores, retornándolo finalmente al domicilio del custodio.

Estas visitas en caso de conflicto entre los progenitores, podrá desarrollarse en los Punto de Encuentro Familiar³⁸, siempre que así sea determinado por resolución judicial, sin posibilidad de sacarlos del hogar.

Lo esencial de la visita es que el no custodio pueda relacionarse con el menor sin la presencia del otro progenitor, puesto que de esta manera se estaría vulnerando la relación entre el menor y el no custodio. Es lógico que el no custodio no quiera compartir el periodo de visitas con el custodio, precisamente porque ello puede ser fuente de problemas que redundarán en perjuicio del menor. (Bermúdez 2011, 350)

B. Las estancias

La estancia se considera al externamiento del menor de la casa del progenitor que ostenta la tenencia, para que pueda pernoctar en el

³⁸ El Punto de Encuentro Familiar es un lugar neutral, donde se produce el encuentro de los miembros de las familias, en las que el ejercicio de un derecho de visitas está interrumpido o es conflictivo, atendido por profesionales, facilitando la relación materno /paterno filial y garantizando la seguridad y el bienestar del menor.

domicilio del progenitor no custodio, las estancias pueden ser de diferente duración, pudiendo ser un fin de semana, un periodo vacacional, o las festividades que cada familia tenga por costumbre celebrar. Señalándose, que, es recomendable que, durante los periodos vacacionales, que muchas veces son prolongados, el progenitor que durante dicho periodo no tenga a los menores, pueda verlo por lo menos una vez a la semana, con el fin que estos no pierdan contacto. (García y Otero 2005)

Un ejemplo de ella, es el siguiente, se recogerá a los menores normalmente el viernes por la tarde y se estará con ellos hasta el domingo cuando serán retornados al domicilio del custodio. Durante este periodo temporal, el no custodio deberá cumplimentar las obligaciones de alimentación, ocio y asistencia sanitaria que implica el tener a los hijos bajo su responsabilidad.

C. Las comunicaciones

Estas son las formas mediante las cuales el progenitor no custodio, puede ponerse en contacto con su hijo, simplemente para poder hablar con él o comunicarle cualquier cuestión, sin que, para ello, tenga que esperar a tener la visita o la estancia. Hoy día y dado que existen multitud de mecanismos técnicos, se pueden desarrollar mediante el teléfono, Internet, fax o la tradicional correspondencia.

3.3.2 Características del régimen de visitas

El derecho de visitas es irrenunciable. Sería nulo todo convenio hecho con ese objeto, convenio que las más de las veces será arrancado al pariente bajo la presión de las circunstancias, las necesidades económicas, etc. (Hinostroza 2008, 446)

Sea que el régimen de visitas haya sido fijado contractual o judicialmente, nunca tiene carácter definitivo. A pedido de parte interesada deberá modificarse cada vez que las circunstancias así lo aconsejen. Puede ser determinante para decidirlo la salud del menor, su régimen de estudios, el cambio en el trabajo del pariente visitante. (Borda 1988, 450)

Se trata de un derecho de carácter personal que tiene su fuente en las relaciones familiares y que es concedido a la persona del padre o la madre del menor por ser tales.

Es indelegable, por su naturaleza, es un derecho que no se puede transferir de una persona a otra, ya que relacionado con el carácter personal, sólo puede ser ejercido por la persona a quien se le ha concedido dicho régimen.

Hinostroza Mínguez, citando a Suarez Franco, nos refiere: El derecho a la visita, no es absoluto; por lo tanto, no debe ir en detrimento de otros derechos del menor sujeto de la misma. Es evidente que cuando la visite ocasione perjuicios para la salud física, mental o moral del menor, el titular de la custodia podrá abstenerse de facilitar la visita siempre y cuando demuestre al juez, una causa justificada de su proceder. (Hinostroza Mínguez 2008, 447)

3.3.3 Finalidad

La finalidad es la relación entre quienes comparten vínculos personales, sean estrechos o extensos, sean familiares o de vinculación social o convivencial. (Canales 2014, 37)

Lo que se pretende al establecer un régimen de visitas, es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen. Se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tiene a su lado y que los padres estén informados y tengan conocimiento del desarrollo de sus hijos³⁹.

3.3.4 Titulares

En un análisis integral, le primer beneficiario⁴⁰ es el niño, niña o adolescente, antes que el padre que no tiene la tenencia, pues la lógica nos dice que es el menor quien necesita de los demás para desarrollarse, crecer e integrarse en la familia y en sociedad. (Varsi 2012, 315)

³⁹ El Código civil alemán determina que —El padre al que no corresponda el cuidado de la persona del hijo conserva el derecho al trato personal con el mismo. Dicho padre, como el otro, al que no corresponde su cuidado, deberán abandonar toda medida que impida o dificulte la educación del hijo o su relación con el otro padrell, art. 1634 – 1.

⁴⁰ El derecho de visita afecta por un lado a los menores y por el otro al no custodio, por lo que ambos son sujetos que intervienen en el ejercicio de este derecho. Pero no solamente afecta este derecho al no custodio y al menor, sino que se extiende a los parientes y allegados de conformidad con los dispuesto en el artículo 160 del Código Civil español.

A. Visitado

Titular beneficiario-hijo

Teniendo en cuenta el interés superior del niño asumimos que este es un principal titular, tomando en consideración el beneficio y gracia que el ejercicio de este derecho representa. A contrario sensu se puede restringir el ejercicio por motivos que afecten la integridad o seguridad del menor.

Otros titulares beneficiarios

Como facultad innata de relacionarse, este derecho no solo corresponde a los menores de edad, sino que existen personas sujetas a una discapacidad que necesitan del afecto y cariño para su recuperación como es el caso de las personas mayores de edad, en las que la tranquilidad y la paz con tan necesarias en esta etapa de la vida, la cual se logra viendo y viviendo en su entorno sociofamiliar. Tenemos, por lo visto, que estos otros *familiares beneficiarios* del derecho de relación pueden ser los mayores de edad, ancianos y enfermos. (Canales 2014, 40)

B. Visitantes

Como visitantes encontramos un amplio grupo de beneficiarios, pudiendo ser los beneficiarios los familiares directos (padres), otros familiares (hermanos, abuelos); hablando de una relación padre-hijo, los padres son los primeros familiares que tienen el derechos de gozar del régimen de visitas; en cuanto se considera al régimen de visitas

como un derecho que puede hacerse extensivo, es que en segundo orden, hablamos de los hermanos, por cuanto la relación fraternal es esencial para el desarrollo emocional del menor; los abuelos son una prolongación de la relación paternal. Por tanto, los menores⁴¹ requieren el cariño de los abuelos, esa complicidad para la malcrianza y la posibilidad de apreciar en ellos la historia generacional de la familia⁴².

Nuestro Código de los Niños y Adolescentes indica 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 los terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique”. Por un lado, permite las visitas a los parientes, pero establece límites al parentesco mientras que por otro reconoce a los no parientes este

⁴¹ En España existe la Ley 42/2003 denominada ley de los abuelos. Esta norma, regula el derecho que tienen los abuelos de relacionarse con los menores, fundamentándola en la importancia que para el desarrollo evolutivo del menor tiene relacionarse con su familia de la forma más extensa posible. ALBALADEJO, Manuel. *Curso de derecho civil y derecho de familia*. Madrid. 2002. Editorial Librería Bosh.

⁴² El Tribunal Supremo español en la Sentencia de fecha 27/7/2009 (TOL 1594293) ha considerado que este derecho está justificado en el afecto que nace del estrecho contacto personal, y resultan beneficiosas y necesarias. Este beneficio se fundamenta, según la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23/11/1999 (RJ 1999/8278) en el sentido de que la relación influye positivamente en el desarrollo de la personalidad del menor. Pero existe un límite tal y como se establece en la misma Sentencia y en el Auto del Tribunal Supremo de fecha 3/5/2000 (RJ 2000/3573), consistente en que la relación se lleve a cabo con normalidad y alejada de cualquier conflicto.

Sobre el mismo tema, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 1ª de fecha 16-10-2006 se resuelve a favor de establecer un régimen de visitas de los abuelos hacia el nieto, al considerar sobre este derecho “no es tanto un derecho de los abuelos como del menor, porque su derecho constitucional art 39 a una formación integral comprende un equilibrado desarrollo de sus facetas no solo sociales y culturales sino también familiares y emocionales, siendo para estas dos últimas aconsejable una adecuada relación con sus abuelos.”

derecho sin límite alguno con el menor, la única referencia es que el mismo sea permitido en interés del visitado.

3.3.5 Formas de determinación

El régimen de visitas puede ser establecido de varias maneras: (Varsi 2012, 321-322)

- **Común acuerdo:** sin duda el más adecuado, pero no por ello el más usado (por el contrario), esta forma de establecimiento, incluso, puede ser definido en un proceso de mediación o conciliación familia.
- **Sentencia judicial:** es un proceso directo de establecimiento de régimen de visitas, o en los casos de sentencias que resuelven los casos de separación de cuerpos, divorcio, nulidad o tenencia en los que se debe considerar el régimen del caso para el padre que no tendrá al menor en lo cotidiano.
- **De oficio:** fijado por el juez a falta de solicitud de las partes. Esta facultad responde a la máxima del interés superior del niño de relacionarse con el padre con el que no convive.

3.3.6 Suspensión del régimen de visitas o comunicación paterno filial

El Código del Niño y Adolescente Peruano no habla de la suspensión del régimen de visitas. Por el contrario, la ley protege al padre o madre a quien se concedió el régimen, de tal manera que de no cumplirse o facilitar el cumplimiento, la tenencia podría ser variada a favor de quien no la tiene.

Lo que sucede es que la tenencia es un atributo simple que nace de la imposibilidad del menor de vivir con los dos padres que están separados a la

vez. Mientras que exista una tenencia y un régimen de visitas se presume que ambos derechos se están llevando con las garantías de ley. Se presume también que ambos padres tienen la capacidad para ejercer estos derechos, y de cuidar al menor.

Para obtener el régimen de visitas, las partes han sido sometidas a análisis psicológicos, a visitas por los asistentes sociales, por tanto, en caso de que uno de los padres maltrate al menor o empiece a fallar el trato es necesario que solicite la suspensión del Régimen de Visitas a fin de que el agresor empiece un tratamiento adecuado. (Varsi 2012, 350)

Finalmente, el régimen de visitas es un derecho que se establece en favor del hijo como el padre, del visitante y visitado, por cuanto que derecho a mantener el contacto con ambos progenitores no obstante la separación de estos es un derecho del menor, a fin de no ver afectado su desarrollo y el resquebrajamiento de la relación paterno-filial o materno-filial dependiendo de cada caso.

CAPÍTULO IV

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS CORPUS EN LOS CASOS DE TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

En el presente capítulo, iniciaremos señalando que, el hábeas corpus procede ante afectaciones provenientes de un hecho u omisión, es decir, de una conducta comisiva (acción) y omisiva. Ahora bien, la omisión debe consistir en la abstención de realizar un acto o comportamiento de cumplimiento obligatorio, de acuerdo al artículo 2° del Código Procesal Constitucional. Así la autoridad penitenciaria que no otorga libertad a un interno que ya cumplió su condena o el juez que omite resolver la alegación de homonimia que hace una persona detenida como consecuencia de una requisitoria ilegal⁴³.

Si bien la constitución recurre a los términos garantía constitucional y acción para referirse al habeas corpus, la naturaleza de esta institución corresponde en restricto a la de un verdadero proceso constitucional. Reconocido en la constitución y orientado a la discusión de una controversia de naturaleza constitucional, esto es, la vigencia de la libertad individual y los derechos conexos. Las afectaciones a la libertad individual y derechos conexos pueden presentar grados o niveles de lesividad, así como modalidades distintas. Ello explica los tipos de hábeas corpus en función de la gravedad o modalidad de las afectaciones.

El Tribunal Constitucional ha recogido las modalidades del Habeas Corpus – nueve en total -, de dichas modalidades como ya lo señaláramos

⁴³ Constitución Comentada. *op. cit.*, p. 1050

anteriormente, nuestro estudio se centra en el análisis del habeas corpus conexo por cuanto los derechos que se ven afectados en los casos de tenencia y régimen de visitas materia de estudio no tienen una incidencia directa sobre el contenido de la libertad individual, sino que, se relacionan por conexidad con la misma.

Partimos de la premisa que la jurisdicción ordinaria, es la que tiene la competencia exclusiva para determinar la tenencia y en su caso el régimen de visitas, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre dicho punto en los procesos Exp. N° 01817-2009-PHC/TC de fecha 07 de octubre de 2009, en el Exp. N° 04227-2010-HC de fecha 6 de setiembre de 2011, pero particularmente en EXP. N.° 02892-2010-PHC/TC:

Fundamento 3, “en primer lugar resulta necesario destacar que la dilucidación de temas relativos a la tenencia son prima facie competencia exclusiva de la justicia ordinaria. Ello a su vez resulta conforme con el criterio ya asentado en la jurisprudencia de este Tribunal en relación con hábeas corpus contra resolución judicial, en el sentido de que no es posible acudir a esta vía con la finalidad de que la justicia constitucional determine la responsabilidad penal; del mismo modo, no es posible acudir al hábeas corpus para que –so pretexto de una indebida retención del menor- este Tribunal termine decidiendo a quién le corresponde la tenencia.

Atendiendo a lo señalado tenemos que, ante la falta de acuerdo entre los padres por quién de ellos ostentara la tenencia y quién un régimen de visitas, la regla es que soliciten tutela jurisdicción efectiva ante un Juzgado

Especializado de Familia, y sea un Juez de Familia el que defina las pretensiones antes referidas. No procediendo el habeas corpus en dichos casos por cuanto no se encuentra dentro de su competencia, sobre la base de ello es que el Tribunal ha declarado improcedentes varias demandas de hábeas corpus, por cuanto se evidencio que lo que subyacía era discusiones sobre la tenencia (*Cfr. Exps. N°s 862-2010-HC, fundamento 3, 400-2010-HC, fundamento 3, entre otros*)”.

Por tanto, no cabe acudir a la Justicia constitucional para dilucidar aspectos relacionados con la tenencia y régimen de visitas, por cuanto dichas materias deben ser tramitadas en el proceso ordinario. Tampoco puede utilizarse como mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad.

A decir de Borea Odría, sobre las llamadas vías paralelas. Estas se refieren a los procedimientos con que estos derechos derivados deben ser defendidos comúnmente y que no son otros que los procedimientos comunes. Por ejemplo, el artículo 6° de la Constitución señala que es deber de los padres el de alimentar a los hijos, sin embargo, si uno de ellos incumpliera este mandato no procedería la iniciación de una acción de amparo, sino una de alimentos de acuerdo a lo señalado en las leyes comunes.

Hasta aquí, no debe olvidarse que una de las características fundamentales del habeas corpus es la de ser último remedio jurídico contra la arbitrariedad. Si paralelamente existe otra vía que pueda solucionar el problema, ha de seguirse esta alternativa siempre que el transitarla no haga

devenir en ilusorio el derecho reclamado, o que la demora en su tramitación perjudique gravemente el precepto constitucional (Borea 1992, 46).

Parafraseando a Borea Odria, el hábeas corpus es un recurso de última *ratio*, y ante la existencia de una vía alternativa igualmente satisfactoria se debe optar por acudir a dicha vía, son esas las consideraciones por las cuales en muchos casos el Tribunal Constitucional ha declarado improcedentes demandas relacionadas con tenencia y régimen de visitas, pero que pasa cuándo una vez agotada la Jurisdicción Ordinaria y las posibilidades de actuación de la misma se ven desbordadas.

El ya citado autor menciona, si lo que se propone para la restitución de un derecho constitucional transgredido es la conclusión de un proceso ordinario, que la práctica establece que toma entre 4 y 5 años, naturalmente que no se puede hablar de vía paralela posible ni exigible. Aquí existiendo ambas, el demandante puede escoger juzgando él, antes que ninguno, si la urgencia con que cree debe de restablecerse su derecho, amerita ir por la vía del habeas corpus. (Borea 1992, 82)

De lo señalado, se verifica, que con el hábeas corpus no se busca dilucidar a cuál de los padres le corresponde la tenencia del niño, niña o adolescente, ni evaluar, sobre la base de las normas que rigen el derecho de familia, la pertinencia de haber dejado al menor al cuidado del padre o la madre. Lo que se pretende con el hábeas corpus es determinar si se ha violado un derecho constitucional de los menores y en caso de comprobarse una situación violatoria, disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, lo que significa que el niño o adolescente que ha sido privado de mantener

contacto con uno de sus progenitores restablezca la comunicación y las visitas, cumpliendo con los fines de dicho proceso.

Sin embargo, como ya ha quedado establecido el hábeas no procede ante todos los casos de tenencia y régimen de visitas, por cuenta este es un proceso excepcional y a efectos del presente estudio, referimos que la excepcionalidad se cumple cuando las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria se ven claramente desbordadas, que la jurisdicción ordinaria haya sido desbordada significa que existe inexecución de una sentencia judicial que ha fijado un régimen de visitas o incumplimiento de una transacción extrajudicial, es decir cuando el padre custodio es renuente a permitir que su menor hijo mantenga contacto con el otro progenitor.

En concordancia con lo antes referido tenemos el caso de una sentencia N° 326-2005-20-JFL, de fecha 18 de agosto del 2005, la misma que fue confirmada mediante resolución de fecha 06 de julio de 2006, sin embargo, el demandado no ha permitido que los menores puedan interactuar con su madre, hecho que ha quedado comprobado con las actas de verificación policial correspondientes que la demandante presenta en el proceso, la citada resolución no ha podido ser ejecutada hasta el año 2010, fecha en que la afectada inicio un proceso de Hábeas corpus, el mismo que dio origen al Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, el mismo que es materia de análisis en la presente investigación.

A decir de Zarate del Pino, las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria se ven desbordadas por la conducta reacia de uno de los padres de cumplir con las resoluciones judiciales, en dichos casos puede recurrirse de

manera excepcional a la justicia constitucional, mediante acciones de garantía como las de hábeas corpus. (Russo 2001, 254)

Las citadas sentencias 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 del 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. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 369)

De lo expuesto colegimos que la procedencia del habeas corpus es excepcional⁴⁴ en casos de tenencia y régimen de visitas, y como ya lo mencionáramos procede cuando las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria se han visto desbordadas. Por tanto, se puede recurrir al habeas corpus cuando uno de los padres ha sido reiterado y manifiestamente impedido de ejercer el régimen de visitas con su menor hijo,

⁴⁴ El carácter excepcional supone que siendo factible la salvación de un derecho constitucional tanto a través de un proceso judicial ordinario como un proceso constitucional, la excepcionalidad exige que no se pueda acudir a este último directamente o en todos los casos.

y ante el caso omiso de los reiterados apercibimientos realizados por el juez especializado.

Sin embargo, no es sólo el hecho que las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria se hayan visto desbordadas lo que abre la posibilidad del habeas corpus en los casos de tenencia y régimen de visitas, es la afectación de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes la razón principal para acudir a la Justicia Constitucional.

Ahora bien, es preciso señalar y desarrollar, cuáles son los derechos fundamentales que se ven conculcados, así mismo analizar el razonamiento, que el Tribunal ha tenido en cuenta para determinar fundada la demanda de habeas corpus, cuando hay de por medio una sentencia de la jurisdicción ordinaria, que declaró fundada una pretensión, en materia de tenencia y régimen de visitas, ante la renuencia de entregar al menor hijo o de rehusarse a cumplir lo dispuesto por el juez especializado, afectando el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales⁴⁵, derecho reconocido, por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 1797-2010-PHC/TC acerca del *derecho a la ejecución de resoluciones judiciales*, señala que en

⁴⁵ El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, es una facultad del justiciable y un deber del órgano jurisdiccional el que el incumplimiento de las decisiones jurisdiccionales se haga en los específicos términos en que fue aprobada.

García Toma cita a Mesía Ramírez, consigna que los órganos encargados de administrar justicia tienen como parte de su responsabilidad, el asegurar el efectivo, preciso e inmediato cumplimiento de su sentencia.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el Expediente N° 00592-2010-PA-TC señalando que, la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una 'efectiva' tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, pues difícilmente se podría señalar la existencia de un Estado de Derecho, cuando en su interior las personas no pueden lograr la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto.

Víctor García Toma. *Derechos Fundamentales*. Lima. Perú. Editorial ADRUS. 2013. Pg. 1103

el fundamento 13 y 14 *“El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye, pues, una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional y que no se agota allí, pues por su propio carácter tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable).*

Respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que el Tribunal ha establecido se ven afectados, tenemos el Derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, derechos son analizados a la luz de los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño. Así lo ha establecido el referido Tribunal, en los casos Expediente N° 01817-2009-PHC/TC, Expediente N° 004227-2010-PHC/TC y Expediente N° 02892-2010-PHC/TC.

4.1 DERECHOS PROTEGIDOS

De acuerdo, con el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, se ha definido de manera taxativa, un conjunto de derechos que forman parte del derecho a la libertad individual, y que dicha enumeración es meramente enunciativa, de tal manera que pueden existir otros derechos constitucionales, no mencionados expresamente que tienen igualmente una vinculación constitutiva con la libertad individual. Estos son los denominas *“derechos constitucionales conexos”*.

Son derechos conexos aquellos que, pese a que no poseen incidencia directa en el derecho a la libertad individual, sino más bien, son “otros” derechos tales como: a) derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, b) derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material. Los citados derechos se relacionan por conexidad, con el derecho a la libertad individual, por tanto, cuando la amenaza o vulneración incide sobre alguno de los derechos mencionados estamos ante el supuesto de la estimación de la demanda de habeas corpus. Ahora bien, acto seguido realizaremos un análisis de los ya citados derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que se ven conculcados en los procesos de tenencia y régimen de visitas.

4.1.1 Derecho a tener una familia y no se separado de ella

Previo al estudio de del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, se realizará un análisis de la familia y cuál es la protección que tiene en la normatividad internacional (tratados internacionales) y nacional, en primer orden se señala que la familia es definida como aquel grupo de personas unidas por el matrimonio o vinculada por la unión de hecho, entre las cuales existen derechos y deberes sancionados por el Código Civil (patria potestad, obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, etc). (García 2013, 567)

La importancia de la familia queda consagrada en la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16.3, se dispone:

"la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 23.1, señala: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Por su parte, la Convención sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica", en el artículo 17.1, se establece: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".

Finalmente, la legislación nacional artículo 4 de la Constitución, refiere que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio. Considerándose que es fundamental la protección que el Estado brinda a la familia, por cuanto como ya lo veníamos señalando esta constituye el elemento esencial de la sociedad, todo ser humano necesita de una familia a fin de desarrollarse a plenitud, y cobra aún más importancia en la vida de un menor de edad, quien se encuentra en formación y desarrollo, proceso de formación que muchas veces se ve afectado por la separación de los padres, demás esta señalar que, para completar a plenitud dicho proceso es necesaria y fundamental la presencia de una madre y de un padre, es decir de una familia, son las razones por las que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella se convierte en un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes.

El reconocimiento de la familia como "elemento natural y fundamental de la sociedad", con derecho a "la protección de la sociedad y el Estado" constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos⁴⁶. De la citada protección a la familia es que surge el derecho a tener una familia y no se separado de ella como tal, derecho fundamental de todo ser humano, pero especialmente un derecho de los niños, niñas y adolescentes, y se dice especialmente por cuanto ellos se encuentran en una situación especial, por su edad son sujetos incapaces de protegerse animismos por tanto necesita, especial atención de la familia, la comunidad y el Estado.

El citado derecho, si bien es cierto no tiene una protección directa en nuestra constitución, si se encuentra descrito en los instrumentos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que reconoce la importancia de la familia para el niño, señalando. *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”*.

Del mismo modo la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9.1 refiere *“Los Estados parte velaran porque los niños no sean separados de sus padres, contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y de 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 de sus*

⁴⁶ Constitución Comentada, *op. cit.*, p. 349.

padres y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

A su turno la Legislación nacional artículo 8° del Código del Niño y del Adolescente establece que *“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”.*

De lo expuesto tenemos que, el ideal social y jurídico es que el niño y adolescente para su normal desarrollo deben vivir y crecer en el seno de una familia y excepcionalmente ser separados de esta, por causas específicas señaladas en la Ley o cuando esté en riesgo el interés superior del niño, lo señalado está relacionado con el deber ser, sin embargo, en los casos de tenencia y régimen de visitas la realidad nos ha demostrado lo contrario que los niños y adolescentes ven afectado su derecho a vivir en una familia cuando sus padres deciden optar conjunta o unilateralmente por la separación.

Sin embargo, el tema del resquebrajamiento familiar no termina con la separación de los padres, por el contrario, esta situación se torna más complicada cuando el padre que ejerce la tenencia de su menor hijo decide deliberadamente impedir que dicho menor sea visitado o mantenga contacto con el progenitor que tiene derecho al régimen de visitas, afectando así el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella.

El Tribunal Constitucional, de acuerdo al expediente N° 1817-2009-PHC/TC, fundamento 15, sostiene que *“el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.*

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

De acuerdo, con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, el derecho en comento, debe ser protegido por el Estado y por los propios padres, y al impedir que su hijo tenga contacto real y material por parte de cualquiera de los padres, entorpecería su crecimiento, en la medida que suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, en ese sentido, estaríamos ante una clara vulneración del derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

El referido derecho se ve conculcado cuando por motivos ajenos a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo el padre o la madre. Evitar que el niño, niña o adolescente mantenga contacto con uno de sus padres dificulta el desarrollo del menor y en muchos casos puede suprimir los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

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 estima la sentencia. (Aguilar, Varsi y Mella 2014, 130)

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho de niño a tener una familia. Y es tan fundamental en el desarrollo del niño y adolescente, que se hace de vital importancia que ante tal afectación se tomen medidas inmediatas a fin de restablecer los derechos afectados, por cuanto los niños o adolescentes no pueden esperar un, dos o tres años para poder volver a tener contacto con alguno de sus progenitores, por la edad de estos y la situación en la que se encuentran es necesario que las medidas adoptadas sean eficaces, tal es así que la dilación de un proceso no hace más que afectar su interés superior.

4.1.2 Derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral

De conformidad, con lo dispuesto en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, **en un ambiente de afecto y seguridad moral y material**”*(la negrita es nuestra), en concordancia con el artículo 9.3 de la Convención Sobre Los Derechos del Niño, que establece que *“Los Estados Partes tiene el deber de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*.

Entendido esto, como que los padres, son los primeros en brindarle cariño, amor, y buenos ejemplos, satisfaciendo sus derechos, dando primacía a las relaciones parentales, teniendo de modo directo y regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado, incluyendo aquí, a la familia, la sociedad, el estado y la comunidad en su conjunto. Sobre este punto el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 1817-2009-PHC/TC, fundamento 19, señala:

“De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que

los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos”.

El derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuitio personae*, resultando, como se ha expuesto, irrenunciable e imprescriptible. (Plácido 2003, 72)

En cuanto al derecho del hijo a ser cuidado por sus padres, es una idea dominante en las modernas legislaciones que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre atiende mejor el interés de los hijos menores y constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa; como también lo es que, en razón al mismo interés de los hijos menores, la coparentalidad en el ejercicio de la patria potestad debe continuar, en la medida de lo posible, inclusive si los padres viven separados.

Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado como ente protector de los derechos de la infancia, tenga que obligar a los progenitores a seguir conviviendo, no obstante, la decisión de estos de terminar con el vínculo conyugal o convivencial, el obligar a los progenitores a mantener relaciones conjuntas no se constituye como mecanismo de protección del interés superior del niño; ante dicha situación y la falta de acuerdo entre los padres, la intervención del estado cumple un rol importante, de protección de los

intereses del menor, para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme a la normas que rigen el derecho de Familia.

4.2 PRINCIPIOS QUE SE PROTEGE

4.2.1 Principio de protección especial del Niño

De acuerdo, con el artículo 25° 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene “*derecho a cuidados y asistencia especiales*”. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “*Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*”. En concordancia con el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo “*niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”. En línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el “*niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad*”.

De conformidad, con lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución reconoce que la “comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”. Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, el Tribunal Constitucional, estimó 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. (Aguilar 2008, 290)

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 aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”.

Queda claro entonces, que el niño y adolescente por la situación especial en la que se encuentran (fragilidad, inmadurez o inexperiencia) y su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida independiente merecen una atención especial por parte de la familia, el Estado y la sociedad, requiriendo todos los cuidados propios que por su edad necesitan a fin de desarrollarse a plenitud y gozar del bienestar propio de su edad. Dicha protección encuentra su fundamento en los tratados internacionales de

Derechos Humanos a los cuales nuestro Estado se encuentra adscrito, que considera al niño y adolescente como sujeto de derecho, así lo ha reconocido también la doctrina de protección integral del niño.

4.2.2 Principio del Interés Superior del Niño

Partiremos el estudio de este principio señalando que, el interés superior del niño es 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, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles. (Plácido 2003, 190)

Este principio, está desarrollado 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 de los niños”.

Sobre esta materia de reciente data es la ley Ley N° 30466, publicada el viernes 17 de junio de 2016, Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, con la presente Ley el Estado peruano establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en

los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; esto, en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 que, considera al interés superior del niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento, en la legislación nacional tenemos el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente⁴⁷.

La citada Ley, es de gran importancia y de gran ayuda para el juzgador en casos donde los derechos de niños y adolescentes se hayan visto involucrados, más aún si se considera al interés superior del niño como un concepto indeterminado, un concepto referido a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladados a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otra (Plácido 2003, 156). Esto quiere que, en una situación relativa a un niño en particular, se debe entender que sus intereses no son los mismos que los de los niños en general. Lo que significa que el interés superior del niño debe ser evaluado individualmente.

Teniendo en cuenta que el interés superior del niño es individual corresponde preguntarnos como se evalúa y se determina dicho interés en cada caso a fin de tomar una decisión sobre una medida concreta, sobre este punto la Observación general N° 14 (2013), establece lo siguiente: La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que

⁴⁷ Artículo IX del Título Preliminar del Código 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*”.

deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.

Se colige entonces, que el proceso debe contar con las garantías estrictas para proteger el interés superior del niño, y una de las principales garantías a tener en cuenta en los casos de tenencia y régimen de visitas es la del tiempo, al respecto la Convención ha señalado que los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños.

Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión.

A manera de conclusión, la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física,

psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. Y teniendo en cuenta sobre todo lo que el Comité ha establecido en relación con el interés superior del niño, señalando que es un concepto triple⁴⁸:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la

⁴⁸ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos

Estos 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.

Finalmente se señala que la procedencia del habeas corpus es excepcional y que se debe limitar claramente las acciones de garantía y evitar los excesos siempre perniciosos en su utilización. El abuso en el recurso a la garantía puede tener dos consecuencias funestas para el ordenamiento constitucional. O una distorsión por la pérdida de seriedad de este instituto al ser utilizado indiscriminadamente sin ninguna razón, con lo cual se puede llegar a crear en los jueces y llanamente un recurso procesal más, con lo cual no se satisface el fin para el cual es instituida, de ser una acción procesal urgente y a la vez el último remedio contra la agresión; o, al aceptar permanentemente las cortes de este tipo de acciones sin ninguno sustento valedero, se terminara convirtiendo en único proceso que reemplaza a los procesos ordinarios.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. En los casos de tenencia y régimen de visitas procede acudir excepcionalmente a la Justicia Constitucional por medio del Hábeas Corpus, cuando las posibilidades de actuación de la Jurisdicción Ordinaria han sido desbordadas.
2. Las posibilidades de actuación de la Jurisdicción Ordinaria se ven desbordadas cuando la ejecución de las resoluciones judiciales expedidas por la misma se torna imposible por el comportamiento arbitrario del progenitor que impide que su menor hijo mantenga comunicación o sea visitado por el progenitor no custodio.
3. La dilucidación de temas relativos a la tenencia y régimen de visitas son *prima facie* competencia exclusiva de la Jurisdicción Ordinaria; sin embargo, ante la vulneración de los derechos de los niños, niñas o adolescentes a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, resulta procedente acudir a la Justicia Constitucional atendiendo a su interés superior.

RECOMENDACIONES

- Al Estado como ente protector de los derechos de los niños, niñas y adolescente, establezca los mecanismos adecuados a fin de garantizar la ejecución efectiva del régimen de visitas que ha sido fijado mediante sentencia judicial.
- A los especialistas del derecho, abogados, utilizar el Hábeas Corpus de manera razonada, lo que significa sólo cuando sea necesario y el interés superior del niño así lo amerite.

LISTA DE REFERENCIAS

Libros

- Abad Yupanqui, Samuel, Carlos Castillo Álvarez, Carlos Ayala Carao, y Carlos Bazán . *El derecho procesal constitucional*. Vol. I. Lima: Fondo editorial de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega, 2007.
- Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el código civil peruano*. Lima, Perú: Editorial Ediciones Legales, 2008.
- Aguilar Llanos, Benjamín, Enquire Varsi Rospigliosi, y Ana M Mella Baldovino. *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2014.
- Albaladejo, Manuel. *Curso de derecho civil y derecho de familia*. Barcelona, España: Editorial Librería Bosh, 2002.
- Alvarez Caperochipi, José A. *Curso de derecho de familia*. Burgos, España: Editorial CIVITAS S.A, 1988.
- Alzamora Valdez, Mario. *Los derechos humanos y su protección*. Lima, Perú: Editorial EDDILI, 1977.
- Asociación colombiana de derecho procesal constitucional. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá, Colombia: Editorial VC Editores Ltda, 2011.
- Borda, G.A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988.
- Borea Odría, Manuel. *Las garantías constitucionales: habeas corpus y amparo*. Lima, Perú: Editorial JVC Ediciones, 1992.
- Canales Torres , Claudia. *Patria potesta y tenencia*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2014.
- Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al código procesal constitucional*. Lima: Ed. Palestra, 2006.
- Chunga La Monja, Fermín. *Los derechos del niño, niña y adolescente*. Lima-Perú: Editorial Grijley, 2012.
- Cornejo Chávez , Héctor. *Derecho familiar peruano*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A, 1999.
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Estudios constitucionales*. Lima, Perú: Editorial ARA EDITORES, 2002.

- Española, Real Academia. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda. Madrid, España: Editorial Espasa calpe, 2001.
- García Belaunde , Domingo. *El Habeas Corpus en el Perú*. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979.
- García Belaunde, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS, 2001.
- García Otero, María P, y Marta Otero Crespo. *Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005*. Editado por Revista Jurídica de castilla y León. Valladolid, España: Editorial Junta de Castilla y León, 2005.
- García Toma, Víctor. *Derechos fundamentales*. Lima, Perú: Editorial ADRUS, 2013.
- Hernández Sampieri, Ernesto, Carlos Fernández Collado , y Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación*. Cuarta. México: Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores S.A, 2006.
- Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado, y Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación*. México: Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores SA, 2010.
- Hinostroza Minguez, Alberto. *Derecho de familia*. Tercera. Lima, Perú: Editorial San Marcos, 1999.
- . *Proceso judiciales derivados del derecho de familia*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2008.
- Landa Arroyo, César. *Derecho procesal constitucional*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- Mazeaud, Henry L, y Jean Mazeaud. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Jurídicas Europa-América, 1970.
- Mendez Costa , María, Maria R Lorenzo De Ferrando , Francisco Ferrer, y Daniel D'Antonio. *Derecho de Familia*. Vol. II. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Mesia Ramirez, Carlos. *El proceso de habeas corpus, desde la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima , Perú: Editorial Gaceta Juridica S.A., 2007.
- Muñoz Razo, Carlos. *Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis*. Primera. Naucalpan de Juárez, Estado de Méjico: Editorial Prentice Hall Hispanoamericana S.A, 1998.

- Ore Guardía, Arsenio, y Giuliana Loza Ávalos. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Lima: Editorial Reforma, 2011.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona, España: Editorial Marcial Pons, 2014.
- Plácido Vilcachagua, Alex. *Filiación y patria potestad en la doctrina y jurisprudencia*. Primera. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2003.
- . *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Perú: Editorial Instituto Pacífico, 2015.
- Ramos Nuñez, Carlos. *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Cuarta edición. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2007.
- Ramos Sujo, Juan. *Elabore su tesis en derecho, pre y postgrado*. Lima: San Marcos, 2004.
- Russo, Ángel E. *Derechos humanos y garantías*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eudeba, 2001.
- Silva Sernaqué, Santos. *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional*. Primera. Lima, Perú: Fondo Editorial de UNMSM, 2005.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Primera. Vol. III. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica, 2012.
- Vigo Zevallos, Hermilio. *Habeas corpus*. Segunda. Lima, Perú: Editorial IDEMSA, 2002.
- Witker, Jorge. «Hacia una investigación jurídica integrativa.» *Boletín mexicano de derecho comparado*. 2008. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012212.pdf> (último acceso: 10 de noviembre de 2015).
- Zavaleta, Wilvender. *Derecho procesal constitucional*. Lima, Perú: Editorial Manuel Chau EIRL, 1997.
- Zelayaran Durand, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2002.

Artículos de revista

Abad Yupanqui, Samuel. «Hábeas corpus y amparo contra actos de particulares: una posible defensa de los derechos humanos de los militares.» *Ius et Veritas*, 1996: 125-132.

Bermúdez Tapia, Manuel. «Redefiniendo el derecho de familia en la tutela del vínculo familiar en la jurisprudencia peruana.» *Revista de derechos fundamentales*, 2011: 49-59.

Castillo Córdova, Luis. «Análisis de las cuestiones formales y materiales que suscita el habeas corpus conexo en el caso Tudela.» *Respositorio institucional PIRHUA*, 2008: 6-20.

Eto Cruz, Gerardo. «EL hábeas corpus como mecanismo excepcional para cuestionar procesos ordinarios y constitucionales.» *Gaceta Constitucional*, 2012: 17-24.

De La Fuente Hontañón, Rosario. «El principio del interés superior del niño y la ineficacia del juez constitucional en el proceso de hábeas corpus.» *Repositorio Institucional PIRHUA*, 2015: 5-9.

García Cavero, Percy. «La relación de conexidad en el habeas corpus conexo.» *Anuario de Derecho Penal*, 2008: 124-144.

García Villanueva, Leticia. «La mediación familiar: una aproximación normativa.» *Portularia*, 2007: 9-14.

Garriga Gorina, Margarita. «El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta.» *Revista para el análisis del derecho*, 2008: 8-14.

Guillarte-Martín Calero, Cristina. «Criterios de atribución de la custodia compartida.» *Revista para el análisis del derecho*, 2010: 6-15.

ANEXOS

APENDICE A

**EJECUTORIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS QUE SE
DECLARA FUNDADO EL RECURSO DE HABEAS CORPUS EN LOS
CASOS DE TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS**

EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC

LIMA

J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se adjunta

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 821, su fecha 31 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda de fecha 19 de diciembre de 2007 y escrito ampliatorio de fecha 14 de febrero de 2008, doña Shelah Allison Hoefken interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., contra don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, padre de los menores, solicitando que en cumplimiento del régimen de visitas establecido por la resolución judicial de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución judicial de fecha 6 de julio de 2007, se ordene al emplazado que les permita a sus menores hijos interactuar con ella, toda vez que de manera reiterada les impide que puedan verla, lo cual afecta sus derechos a la libertad individual y a vivir pacíficamente.

Asimismo, solicita que en virtud del interés superior del niño se le ordene al emplazado que cese la violación del derecho a la integridad moral, psíquica y física de sus menores hijos, pues estos son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos, conforme se prueba con la denuncia de fecha 22 de mayo de 2007 y con el examen médico legal de fecha 22 de mayo de 2007, en el que se consigna que la menor identificada con las siglas V.R.R.A. presenta huellas de lesiones traumáticas recientes.

Refiere que en el proceso de divorcio iniciado por el emplazado, el Juzgado y la Sala de Familia correspondientes fijaron a su favor un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, que no ha venido siendo cumplido por el emplazado, pues desde el 25 de febrero de 2006, fecha en la que le entregó a sus dos menores hijos, éste no les ha permitido que puedan interactuar con ella, según se puede comprobar con las actas de verificación policial respectivas. Añade que mediante la resolución judicial de fecha 9 de mayo de 2006, se requirió al emplazado para que en el plazo perentorio de tres días naturales cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia en caso de incumplimiento, y que, ante el incumplimiento del régimen, mediante la resolución judicial de fecha 6 de junio de 2006 se resolvió hacer efectivo el apercibimiento; empero, el emplazado ha seguido incumpliendo el régimen de visitas ordenado.

En sentido similar, refiere que mediante la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, se precisó los días y las horas del régimen de visitas en los que podría ver a sus menores hijos, lo que fue confirmado mediante la resolución de fecha 6 de julio de 2007; y que, a pesar de ello, el emplazado viene incumpliendo las resoluciones judiciales referidas afectando el derecho que tiene como madre para ver a sus menores hijos.

Con fecha 21 de febrero de 2008, el Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, junto con dos médicos legistas, se constituyeron en el domicilio del emplazado a fin de realizar la inspección ocular respectiva para verificar las alegaciones de la demanda.

Con fecha 25 de febrero de 2008, se tomó la declaración de doña Shelah Allison Hoefken, quien se ratificó en la demanda, añadiendo que lo que pretende es que el emplazado le permita restablecer una vida normal y de afecto con sus menores hijos, ya que desde hace dos años le está impidiendo que pueda relacionarse normalmente con ellos, por lo que solicita al Juzgado que retire a los menores del domicilio del emplazado y los entregue al Vigésimo Juzgado de Familia.

Con fecha 25 de febrero de 2008, el emplazado contesta la demanda alegando que ésta resulta improcedente debido a que los problemas relativos al régimen de visitas o la variación de la tenencia de sus menores hijos han sido resueltos en el proceso judicial respectivo, y que sus menores hijos se están desarrollando en un hogar que les brinda todas las atenciones y comodidades.

El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 5 de agosto de 2008, declaró infundada la demanda, por considerar que el proceso de hábeas corpus no es la vía idónea para resolver la pretensión planteada, toda vez que existe un proceso judicial en trámite en el que se viene dilucidando el régimen de visitas de los menores.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que los supuestos maltratos a los menores favorecidos con la demanda, la tenencia de los menores y la negativa del emplazado de permitir a estos que interactúen con su madre, son cuestiones que tienen que ser resueltas en el proceso que se viene desarrollando en la jurisdicción ordinaria.

Con fecha 6 de enero de 2009, doña Shelah Allison Hoefken interpone recurso de agravio constitucional alegando, entre otras cosas, que con fecha 28 de febrero de 2008, el Decimotavo Juzgado de Familia de Lima ha emitido una medida cautelar de variación de tenencia, en la que ha dispuesto que sus dos menores hijos pasen a su custodia; y que, sin embargo, a pesar de que existe dicha resolución judicial, ésta no ha sido ejecutada por el Juzgado referido en sus propios términos ni cumplida por el emplazado, pues en la diligencia de fecha 3 de marzo de 2008 sólo le fue entregada su menor hija identificada con las siglas V.R.R.A., mientras que su menor hijo, identificado con las siglas J.A.R.R.A., aún se encuentra en custodia del emplazado.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionalmente relevantes

1. Antes de entrar a analizar el fondo de las vulneraciones alegadas en la demanda, resulta necesario delimitar su petitorio, así como los beneficiarios con ella, pues los hechos han variado desde que la demanda fue interpuesta.

Así, se tiene que la demanda tiene por objeto que, en cumplimiento del régimen de visitas establecido en la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución de fecha 6 de julio de 2007, se ordene a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador que permita a sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. interactuar con doña Shelah Allison Hoefken.

Dicho lo anterior, debemos subrayar que la demandante en su recurso de agravio constitucional ha señalado que su menor hija, identificada con las siglas V.R.R.A. ya le ha sido entregada en virtud de la medida cautelar de fecha 28 de febrero de 2008, por lo que sólo solicita que se le entregue a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues éste aun continúa bajo la custodia del emplazado.

Teniendo presente los sucesos relatados, este Tribunal estima que, en principio, la demanda tendría como único beneficiario al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues, aparentemente, en el caso de la menor identificada con las siglas V.R.R.A. habría operado la sustracción de la materia, al haber sido entregada a su madre. No obstante ello, y teniendo presente que la entrega de la menor se produjo luego de presentada la demanda, este Tribunal considera pertinente precisar que en virtud del segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, los efectos de la presente sentencia alcanzarán a los dos menores beneficiarios con la demanda.

2. Habiéndose precisado los efectos de la presente sentencia, debe recordarse que en la demanda se alega que los derechos a la libertad individual, a vivir pacíficamente y a la integridad moral, psíquica y física de los dos menores habrían sido vulnerados por el emplazado, debido a que éste, en su condición de padre, les impide que puedan ver a su madre, a pesar de que judicialmente se ha determinado un régimen de visitas a su favor, y porque son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos.

Sobre la base de dichos alegatos, este Tribunal estima que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante, por las particulares circunstancias que rodean el presente caso, por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada, toda vez que se encuentra en riesgo la libertad personal e integridad personal de los menores; así como su desarrollo armónico e integral.

Asimismo, por los hechos alegados, este Tribunal, en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del CPConst., estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal habrían sido supuestamente vulnerados, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Ello porque, de lo expuesto en la demanda y del recurso de agravio constitucional, se desprende que existe más de un acto lesivo, a saber:

- a. Por acción, el emplazado, al haber impedido a sus menores hijos que vean y mantengan contacto directo con su madre, habría vulnerado sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
- b. Por acción, el emplazado, al haber agredido a sus menores hijos, habría vulnerado su derecho a la integridad personal.
- c. Por omisión de acto de cumplimiento obligatorio (resolución judicial), el emplazado al no haberle entregado a la demandante a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., ha vulnerado su derecho a la libertad individual, debido a que existe una medida cautelar que dispone ello.

3. Así las cosas, la cuestión que se plantea en el presente proceso consiste en determinar si se han vulnerado los derechos de los menores por no habersele permitido ver a su madre y por ser objeto de constantes maltratos físicos y psicológicos, por lo que este Tribunal considera necesario abordar las siguientes materias:

- a. El principio de protección especial del niño.
- b. El principio del interés superior del niño.
- c. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- d. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
- e. El derecho al desarrollo armónico e integral.

§2. El principio de protección especial del niño

4. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el “niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

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

Finalmente, el artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo “niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. Teniendo presente el sentido normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos transcritos, este Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

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 aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”.

6. Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4º 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.

7. En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, 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 4º 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.

§3. El principio del interés superior del niño

8. En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte IDH, 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 así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

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

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Subrayado nuestro).

10. 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 niños”. (Subrayado nuestro).

11. 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, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

De ahí que, en virtud 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.

Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

Por dicha razón, 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.

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

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

para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

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

§4. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella

14. El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

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

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 sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.

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

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

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

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

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

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

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

5. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

18. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.

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

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

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

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

En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

6. Análisis del caso concreto

21. Para evaluar los alegatos de la demanda, es preciso determinar desde qué fecha el emplazado tiene la tenencia de sus menores hijos, y si ésta ha sido ejercida en forma arbitraria, pues se acusa que ha impedido de manera injustificada que sus menores hijos puedan ver a madre. Para determinar ello se procederá a evaluar el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente en que asumió efectivamente la custodia de sus dos menores hijos.

22. Así se tiene que en el proceso de divorcio por causal que le inició el emplazado a la demandante, se determinó que éste se quedaba con la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. y se le fijó a la demandante un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Así, en el segundo punto resolutive de la sentencia N.º 326-2005-20 JFL, de fecha 18 de agosto de 2005, obrante de fojas 601 a 612, se resuelve:

“Declaro FUNDADA (...) la pretensión accesoria del demandante de TENENCIA de sus hijos (...); fijándose un Régimen de visitas progresivo, abierto y libre para la demandada Shelah Allison Hoefken; sin externamiento al principio, teniéndose en cuenta el deterioro de las relaciones personales entre ambos justiciables; y el interés superior de los niños”. (Subrayado nuestro).

Dichos mandatos (tenencia y régimen de visitas) fueron confirmados por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia de fecha 19 de enero de 2006, obrante de fojas 616 a 617.

23. A la vista de las resoluciones judiciales referidas, resulta evidente que la demandante perdió la tenencia y custodia de sus menores hijos, siendo éstas asumidas por el emplazado, pues a ella se le estableció un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Aún más, con fecha 25 de febrero de 2006, según se desprende del acta de

entrega, obrante a fojas 621, en mérito de las resoluciones judiciales referidas, los menores fueron entregados en custodia a su padre.

24. Hechas estas precisiones, corresponde determinar cómo se ha venido desarrollando el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente al 25 de febrero de 2006, es decir, si respetó el régimen de visitas progresivo, abierto y libre ordenado o lo incumplió de manera arbitraria e injustificada. Ello a fin de poder determinar si efectivamente vulneró el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella.

25. Así, con fecha 4 de marzo de 2006, la demandante se constituyó junto con un efectivo de la Policía Nacional en el domicilio del emplazado a fin de verificar que éste no le permitía ver a sus menores hijos. En efecto, de la constancia policial de fecha 5 de marzo de 2006, obrante a fojas 637, se desprende que la demandante el día 4 de marzo de 2006 no pudo ver a sus menores hijos porque, según le indicaron, ellos no se encontraban en el domicilio.

En sentido similar, la constancia policial de fecha 10 de marzo de 2006, obrante a fojas 638, certifica que el 9 de marzo de 2006 la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero tampoco los pudo ver porque éste le informó que ellos no se encontraban en el domicilio.

Ante estos comportamientos obstructivos del emplazado, la demandante, con fecha 13 de marzo de 2006, presentó un escrito al Juzgado correspondiente poniéndole en conocimiento lo sucedido para que adopte las medidas correctivas correspondientes, toda vez que se estaba incumpliendo el régimen de visitas que se le había fijado para ver a sus menores hijos.

Sobre la base de las constancias policiales referidas y otras, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2006, obrante de fojas 642 a 645, requirió al emplazado a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado.

26. A pesar de que con fecha 24 de marzo de 2006 el Juzgado correspondiente le requirió al emplazado el cumplimiento del régimen de visitas, éste lo ha continuado incumpliendo de manera reiterada y sistemática, afectando de este modo el derecho de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al no permitirles interactuar con su madre. En la constancia policial de fecha 28 de marzo de 2006, obrante a fojas 652, se certifica que el 26 de marzo de 2005, es decir, dos días después de emitida la resolución judicial referida, la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero no fue posible debido a que nadie le abrió la puerta.

Nuevamente, esta conducta obstructiva del emplazado fue puesta en conocimiento del Juzgado correspondiente para que tome las medidas correspondientes, y éste mediante resolución de fecha 9 de mayo de 2006, obrante a fojas 676, requirió por segunda vez, al emplazado, a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia.

27. Esta conducta reacia y reiterada, a consideración de este Tribunal, pone en evidencia no sólo que el emplazado ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al haberles impedido sin justificación

alguna que puedan ver a su madre, sino también que ha vulnerado el derecho de la demandante a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues se ha mostrado renuente en ejecutar en sus propios términos las sentencias que fijaron un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, toda vez que, conforme se comprueba con las constancias policiales referidas, no le ha permitido a la demandante que pueda ver a sus menores hijos.

28. No obstante haberse verificado en la ejecución del proceso de divorcio el incumplimiento del régimen de visitas fijado a favor de la demandante, la Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución de fecha 6 de octubre de 2006, resolvió convocar a audiencias especiales para poder establecer sobre la base de las sentencias judiciales que fijaron el régimen de visitas, los periodos progresivos, días y horarios de aquél.

Durante el desarrollo de las audiencias especiales que se realizaron para fijar los periodos progresivos, así como los días y horarios del régimen de visitas, se presentó un hecho relevante que debe destacarse, a fin de poner de relieve que el emplazado, desde que tuvo la custodia efectiva de sus menores hijos, ha adoptado un comportamiento obstructivo para que ellos no pudieran ver a su madre. Así, se advierte que:

a. Durante la audiencia especial realizada el 26 de diciembre de 2006, obrante de fojas 708 a 710, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., mientras rendía su declaración, denotó que tenía conocimiento que el día 25 de diciembre de 2006, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima le había otorgado a su madre una visita para verlos, pero que no se pudo concretar debido a que se quedó en el patio de la casa del emplazado porque éste no la dejó ingresar al interior.

29. Este hecho, a consideración de este Tribunal, demuestra que el emplazado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, pues como se ha señalado, este derecho garantiza a los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, aun cuando éstos estén separados.

Con la declaración del menor referido se demuestra fehacientemente que el emplazado, en vez de permitirle a la demandante que pueda ver a sus dos menores hijos y permitirles a estos que se desarrollen de manera normal, ha obstaculizado e impedido sin justificación alguna que ello se produzca, pues a pesar de que existía un mandato del Juzgado correspondiente, se mostró renuente en acatarlo, ya que no dejó ingresar a la demandante a su domicilio para que pudiera interactuar con sus dos menores hijos, lo cual no sólo afecta el derecho referido, sino que también pone en evidencia que el emplazado, como padre, no realiza sus funciones de guía y educador.

Es más, este hecho también demuestra que el emplazado no respeta el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues en vez de ejecutar el mandato del Juzgado correspondiente y permitirle a la demandante que pudiera ver a sus menores hijos el 25 de diciembre de 2006, lo incumplió, al no haber permitido que la demandante pudiera ingresar al interior de su domicilio para ver a sus menores hijos ni permitirles a ellos que salieron al patio de su domicilio para poder verla.

30. Debe destacarse que el emplazado, durante la tramitación de la medida cautelar temporal sobre el fondo (variación de tenencia) solicitada por la demandante, en vez de asistir a las audiencias especiales convocadas para tal efecto, inasistía con sus dos menores hijos, retardando no sólo de esta manera que se resuelva la medida solicitada sino también impidiendo que sus menores hijos pudieran interactuar y relacionarse, aunque sea durante el desarrollo de las audiencias, con su madre. Así, del acta de las audiencias especiales, obrantes de fojas 117 a 123, se demuestra que el emplazado junto con sus menores hijos no asistieron a las audiencias especiales realizadas los días 17 de agosto y 6 y 15 de setiembre de 2006.

31. De otra parte, el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, obrante a fojas 144, precisó, entre otras cosas, que el régimen de visitas progresivo de la demandante sería los días martes y jueves a partir de las 3:00 pm. hasta las 7:00 pm. en el domicilio paterno, que a partir del segundo mes sería con externamiento y que a partir del sexto mes comprendería el periodo vacacional de medio año y de fin de año, a fin de mejorar las relaciones familiares.

Dicha resolución fue apelada por el emplazado y confirmada por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 6 de julio de 2007, obrante a fojas 145, por lo que debía ser acatada por el emplazado, toda vez que su incumplimiento no sólo afecta el derecho de sus menores hijos a tener una familia y no ser separado de ella, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

32. Sobre el particular, debe subrayarse que a pesar de que se precisó los días y horas del régimen de visitas de la demandante, el emplazado continuó incumpliendo con éste. Así, se tiene que el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 18 de julio de 2007, obrante a fojas 725, nuevamente requirió al emplazado para que cumpla con el régimen de visitas.

Por dicha razón, y por las particulares circunstancias del presente caso, resulta válido concluir que el demandante, al haber impedido que sus menores hijos puedan ver y relacionarse directamente con su madre, no sólo ha vulnerado su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, sino también que ha ejercido abusivamente la tenencia y custodia de los menores, lo cual no puede ser permitido ni avalado por encontrarse proscrito por el artículo 103.º de la Constitución.

33. En este orden de sucesos, se debe señalar que el Decimoctavo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, obrante de fojas 33 a 36 del cuadernillo de este Tribunal, resolvió:

“Conceder la medida anticipada sobre el fondo de variación de la tenencia de los menores (...), debiendo el padre de los menores proceder a la entrega inmediata de los menores de edad referidos a su madre Shelah Allison Hoefken, a cuyo efecto se dispone autorizar el descerraje y allanamiento en caso de ser necesario, y hacer uso de la fuerza pública en caso de ser necesario”.

34. Al respecto, debe enfatizarse que dicha medida cautelar fue adoptada porque se demostró que el interés superior de los menores beneficiados con la demanda imponía

que estuvieran bajo la tenencia y custodia de su madre y no de su padre, debido a que no tiene estabilidad emocional. Así, este Tribunal considera importante destacar las principales razones que llevaron al Juzgado referido a adoptar la decisión contenida en la medida cautelar mencionada, que son las siguientes:

“(...) cuando los niños pasan a vivir con el padre los mismos empiezan a mostrar problemas emocionales, y de malos tratos directos la menor hija de las partes (...)”.

“(...) el régimen amplio de visitas (...) no se cumple a cabalidad por el padre de los menores, siendo que la madre no ve a uno de sus hijos dentro de un régimen de visitas normal (...) y sale con la hija, cuando el padre quiere (...)”.

35. Sobre la base de los fundamentos transcritos, resulta válido concluir que la medida cautelar de variación de la tenencia se adoptó porque se comprobó que el emplazado no le garantiza a sus menores hijos las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, como lo son el amor, la integridad, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad. Además, debe tenerse presente que la decisión de variar la tenencia se adoptó también porque los menores en una audiencia expresaron que querían vivir con su madre.

36. Con relación a la medida cautelar, debe precisarse que con fecha 3 de marzo de 2008, se llevó a cabo la diligencia respectiva, en la que solamente fue entregada a la demandante la menor identificada con las siglas V.R.R.A., mas no el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., a pesar de que la medida cautelar transcrita dispuso expresamente que los dos menores sean entregados a la demandante.

Este hecho reitera, una vez más, que en autos se encuentra plenamente acreditado el comportamiento arbitrario, ilegítimo e irrazonable del emplazado, pues a pesar de que existe un mandato judicial que le ordenó la entrega de sus dos menores hijos a su madre, éste incumplió dicho mandato.

37. Dicho comportamiento también pone en evidencia que el emplazado ha vulnerado el derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues en vez de cumplir la medida cautelar y entregarlo a su madre para que éste se desarrolle y se desenvuelva plenamente en un ambiente de amor y armonía, lo ha retenido injustificadamente en contra de su voluntad. Ello en razón de que, como se ha señalado en los fundamentos precedentes, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. manifestó en una audiencia que deseaba vivir con su madre.

Y es que debe tenerse presente que si bien los niños son titulares del derecho a la libertad individual, su ejercicio puede ser objeto de limitación por los padres en función de su interés superior, como por ejemplo cuando los padres les prohíben a sus hijos que acudan a determinados lugares que puedan poner en riesgo su integridad personal. En dicho supuesto, resulta legítima la limitación del ejercicio del derecho a la libertad, pues lo que se busca es proteger el interés superior del menor.

En cambio, no resulta legítimo que los padres limiten el ejercicio de la libertad individual de los niños cuando no se tenga por finalidad proteger su interés superior o cuando exista un mandato judicial, como, por ejemplo, cuando los padres, en vez de enviar a sus hijos a la escuela para que se eduquen, los retienen para que trabajen con ellos o

los envían a la calle a mendigar. En estos supuestos, el Estado tiene la obligación de intervenir y adoptar las medidas necesarias para proteger su interés superior, pues no solamente se restringe arbitrariamente el ejercicio del derecho a la libertad individual de los niños sino también el ejercicio de los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad; además que se incentiva de manera encubierta el trabajo forzoso.

38. Todo lo dicho, entonces, pone en evidencia que al emplazado no le interesa preservar y tutelar el interés superior de sus menores hijos, pues los comportamientos descritos en los fundamentos precedentes, en vez de generar la integración familiar generada por el divorcio con la madre de ellos, han ocasionado que éste se acreciente.

En consecuencia, resulta procedente ordenar al emplazado que le entregue a la demandante al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., y disponer que el Juez de ejecución adopte todas las medidas previstas en la ley para que se cumpla la entrega del menor.

39. Por otro lado, este Tribunal considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en autos, se encuentra demostrado que el comportamiento del emplazado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se están desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues sus actos, además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre.

Para llegar a la conclusión de que los menores bajo la tenencia del emplazado no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, este Tribunal ha tenido presente el comportamiento violento de éste, pues en autos se encuentra demostrado no sólo con los exámenes médicos legales respectivos sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A.

Este hecho, a consideración del Tribunal, no sólo impide y veda al emplazado que pueda ejercer la custodia y tenencia de los menores, sino también pone al descubierto que éste ha incumplido sus deberes paternos por su falta de aptitud para proveerles el cuidado, amor y atención requeridos, poniendo en grave riesgo o peligro su integridad física y psicológica.

40. Sobre la base de lo señalado en los fundamentos precedentes, puede concluirse que el emplazado también ha vulnerado el derecho a la integridad personal de los menores identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., pues además de haber agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A., con su comportamiento ha dañado la integridad psíquica de sus dos menores hijos, conforme se desprende de los informes psicológicos obrantes en autos.

Teniendo presente los comportamientos descritos, este Tribunal reitera que contraviene rotundamente la Constitución y los tratados internacionales sobre derecho humanos agredir física y/o psicológicamente a los niños so pretexto de educarlos o corregirlos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales.
2. Ordenar a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. a doña Shelah Allison Hoefken, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.
3. Oficiar al Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima para que, conforme a lo resuelto por este Tribunal, ejecute de manera inmediata la presente sentencia conforme al artículo 22º del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.
4. Ordenar al Director General de la Policía Nacional para que ésta preste de manera inmediata al Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima el auxilio de ley, a fin de ubicar al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. para que éste sea entregado a doña Shelah Allison Hoefken, facultándosele el allanamiento y descerraje del domicilio del emplazado o cualquier otro domicilio en donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la presente sentencia se ejecute de manera inmediata en sus propios términos.
5. Remitir copia de los actuados al Fiscal Penal para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS. MESÍA RAMÍREZ; BEAUMONT CALLIRGOS; ETO CRUZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Cuando me ha correspondido emitir pronunciamiento en los casos que se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad individual e integridad personal de menores de edad el análisis de la controversia, como es natural, se ha enmarcado en el artículo 200, inciso 1 de la Constitución que señala expresamente que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; subrayando que no cualquier reclamo en el cual se alegue la afectación de tales derechos puede reputarse como merecedor de tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido de los derechos invocados.

2. Teniendo en cuenta lo indicado, en las RRTC 02401-2009-PHC, 02314-2009-PHC, 0625-2009-PHC, 02401-2009-PHC, 05530-2008-PHC, 06634-2008-PHC y 03007-2007-PHC entre otras, al evaluar los actos reputados como lesivos se ha concluido en que lo pretendido es que se otorgue la tenencia del menor, motivo por el cual al verificarse que los hechos y el petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus resulta de aplicación el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

3. En el presente caso, debe destacarse que no solo se encuentran en juego los derechos a la libertad individual e integridad personal, sino que por los hechos alegados – de los que no fluye como única finalidad lograr la tenencia de los menores –, y en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional resulta conveniente analizar los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Tales circunstancias, hacen de este caso uno particular que lo distingue de los anteriormente citados, y por lo mismo amerita un análisis de fondo dada su relevancia constitucional.

4. El análisis del caso concreto concluye en que se ha producido la vulneración del derecho de los menores beneficiarios a tener una familia y a no ser separado de ella y a la efectividad de las resoluciones judiciales. Asimismo, se comprueba la lesión al derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. por parte del emplazado, quien en vez de cumplir con la medida cautelar dictada en un proceso de familia lo ha retenido injustificadamente y en contra de su voluntad.

5. Al respecto, es menester indicar que la existencia de una medida cautelar dictada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, concediendo la medida anticipada sobre el fondo en el proceso de variación de tenencia, tiene incidencia en la decisión tomada por este Colegiado, por lo que la orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia constitucional, prevista en la parte resolutive, debe tener como marco la medida cautelar precitada, que por su propia naturaleza tiene carácter provisional.

6. Sin perjuicio de las consideraciones expuestas supra, el suscrito opina, al igual que los Magistrados de la Sala, que la presente demanda debe ser declarada fundada en los términos precisados en el decisum, puntos 1 a 5.

S. BEAUMONT CALLIRGOS

[1] CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 59.

[2] *Ibidem*, párr. 56.

[3] *Ibidem*, párr. 61.

EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC

LIMA

L.F.H.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de diciembre de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nora Rosario Heredia Muñoz a favor de su menor hijo, identificado con iniciales L.F.H., contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 481, su fecha 7 de junio de 2010, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de abril de 2010 la recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de su menor hijo de iniciales L.F.H., y la dirige contra don Mariano Fiorentino Flagiello, padre del menor, por haber incumplido el acuerdo mutuo de transacción extrajudicial celebrado el 5 de noviembre de 2005, que indicaba que la tenencia y custodia de menor estaría a su favor. Alega vulneración de los derechos constitucionales de su menor hijo a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, a la educación y al libre desarrollo de su personalidad.

Refiere la recurrente que durante los días 6 y 10 de abril, cuando se encontraba en un evento en México, en razón de un premio ganado por su trabajo y habiendo dejado provisionalmente la custodia de su menor hijo a su padre, se presentó el emplazado ante la división de personas desaparecidas de la DININCRI interponiendo una denuncia por “secuestro”, con la finalidad de ubicar a su hijo. Señala que el día 10 de abril de 2010, en horas de la mañana, en las inmediaciones del parque de diversiones “Cooney Park” en San Miguel, efectivos policiales de la “División de Personas Desaparecidas”, que no se identificaron, sometiendo violentamente a su padre y le sustrajeron al menor. Alega que a pesar de que supuestamente se había interpuesto una denuncia, su padre ni ella nunca fueron citados por la Policía, y que ello tuvo como único propósito sustraer al menor, desconociéndose el acuerdo sobre tenencia vigente. Añade que el demandante mantiene cautivo e incomunicado a su menor hijo, quien ha dejado de asistir al Colegio Trilce, donde se encuentra matriculado; solicita por ello que se disponga que se le entregue al menor afectado.

Realizada la investigación sumaria, se efectuó una constatación en el domicilio del accionado, donde la persona entrevistada refirió que el favorecido se encuentra con su padre pero no está en dicho momento en el inmueble. Por su parte, el accionado, a fojas 220, reconoció que se encuentra con su hijo desde el 10 de abril de 2010, luego de la denuncia que interpuso porque su hijo no estaba en poder de su madre, a favor de quien se había dado la tenencia, sino en poder de su abuelo materno.

Con fecha 5 de mayo de 2010 el Decimocuarto Juzgado Penal de Lima declaró fundada la demanda de hábeas corpus y ordenó que el menor sea entregado de manera inmediata a su madre.

La Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que el hábeas corpus no es la vía idónea para ordenar la restitución de tenencia del menor y que no existe en autos prueba alguna sobre que la integridad del menor se encuentre en peligro.

FUNDAMENTOS

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene al emplazado, padre del menor favorecido, que proceda a entregar a su menor hijo, identificado con iniciales L.F.H., a su madre, quien actualmente ostenta la tenencia del menor.

Tenencia de menor y justicia constitucional

2. De manera previa a la dilucidación de la controversia, resulta necesario emitir pronunciamiento acerca de la posibilidad de conocer a través del hábeas corpus demandas relacionadas con la tenencia de menores por parte de sus padres.

3. Al respecto, en primer lugar resulta necesario destacar que la dilucidación de temas relativos a la tenencia son *prima facie* competencia exclusiva de la justicia ordinaria. Ello a su vez resulta conforme con el criterio ya asentado en la jurisprudencia de este Tribunal en relación con hábeas corpus contra resolución judicial, en el sentido de que no es posible acudir a esta vía con la finalidad de que la justicia constitucional determine la responsabilidad penal; del mismo modo, no es posible acudir al hábeas corpus para que –so pretexto de una indebida retención del menor- este Tribunal termine decidiendo a quién le corresponde la tenencia. Sobre la base de ello es que este Tribunal ha declarado la improcedencia de varias demandas de hábeas corpus, por cuanto se advirtió que lo que subyacía era discusiones sobre la tenencia (Cfr. Exps. N°s 862-2010-HC, fundamento 3, 400-2010-HC, fundamento 3, entre otros).

4. Sin embargo, ello no implica que toda demanda de hábeas corpus relacionada con la tenencia carezca *per se* de relevancia constitucional. Así, este Tribunal en otras ocasiones ha declarado fundadas demandas en las que se ha impedido el contacto de los hijos con uno de los padres porque ello vulneraba el derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño (Exp. N° 1817-2009-HC). De modo análogo, este Tribunal Constitucional ha emitido sentencias de fondo en casos de retención indebida de ancianos por parte de familiares (Cfr. Exps. N.ºs 5003-2009-HC/TC, 1317-2008-PHC/TC, 4169-2009-HC). Ahora bien, no se trata que el hábeas corpus se convierta en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia, sino que en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y otros derechos fundamentales.

El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella

5. Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual “*el niño para el pleno y*

armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", así como en su artículo 9.1, que establece que "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos", derecho reconocido también expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que "el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia".

6. Asimismo, este Colegiado ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (Cfr. Exp. N.º 1817-2009-HC, fundamentos 14-157).

El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

7. Asimismo el Tribunal Constitucional, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el "niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material", ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social.

8. Así, la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar "el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Al respecto es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad. (Cfr. Exp. N.º 1817-2009-HC, fundamentos 18-20).

Sobre la pretendida sustracción de materia

9. Se aprecia del cuadernillo del Tribunal Constitucional que con fecha 25 de noviembre de 2010 la parte demandada ha presentado un escrito solicitando se declare la sustracción de la materia, por cuanto el favorecido ya estaría bajo la custodia de su madre; a tal efecto presenta copias de un acta de entrega del menor en cuestión realizada el 29 de mayo de 2010 ante la Delegación Policial de Huachipa en cumplimiento de la sentencia de hábeas corpus que declaró fundada la demanda. Se observa entonces que si bien obra en el expediente el acto de entrega del menor, dicha diligencia se realizó como consecuencia de la sentencia estimatoria de primera instancia, emitida en el presente proceso de hábeas corpus, pronunciamiento que ha sido revocado por la Sala superior, habiendo por ello la recurrente interpuesto el recurso

de agravio constitucional. Por ende, de ninguna manera puede señalarse la existencia de sustracción de la materia, puesto que la sentencia estimatoria (por la que se dispuso la entrega del menor) fue revocada, siendo precisamente la razón por la cual la recurrente viene a esta sede a cuestionar dicha decisión, de modo que este Colegiado está habilitado para emitir un pronunciamiento de fondo.

Análisis del caso concreto

10. Tal como se señaló *supra*, la presente sentencia no tiene por objeto dilucidar a cuál de los dos padres le corresponde la tenencia del menor, ni evaluar, sobre la base de las normas que rigen el derecho de familia, la pertinencia de haberse dejado al menor al cuidado del abuelo materno. Antes bien, de lo que se trata es de dilucidar si el emplazado ha atentado contra los derechos del favorecido.

11. En el presente caso, tal como consta de autos, se advierte que el menor fue sustraído a través de un operativo policial irregular, en el que bajo el pretexto de un supuesto secuestro, cuando el menor se encontraba bajo la custodia de su abuelo materno, fue sustraído de modo traumático. Asimismo, conforme consta en la propia declaración del emplazado, luego de producido el hecho siguió reteniéndolo, imposibilitándole que mantenga contacto con su madre, lo que, conforme a anteriores pronunciamientos de este Tribunal constitucional, vulnera el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (cfr. exp. N° 1817-2009-HC, funds 18-20). Al respecto, si el padre tiene razones para cuestionar la tenencia a favor de la madre, debió de acudir a las vías legales en lugar de sustraer al menor de modo traumático e impedir el contacto con su madre.

12. Es por ello que este Tribunal Constitucional considera que la demanda debe ser estimada, debiéndose proceder a la entrega del menor a su madre.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Ordenar a don Mariano Fiorentino Flagiello que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas L.F.H. a doña Nora Rosario Heredia Muñoz, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

EXP. N.º 04227-2010-PHC/TC
LIMA
FÉLIX ANTONIO
GUERRA HUARI
A FAVOR DE G.B.G.L. 5

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de setiembre de 2011, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Eto Cruz, Vergara Gotelli y Urviola Hani pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Félix Antonio Guerra Huari contra la resolución expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 261, su fecha 20 de septiembre de 2010, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de abril de 2010 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de su menor hija de iniciales G.B.G.L. y la dirige contra la Jueza del Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, señora Fanny Yesenia García Juárez. Alega vulneración de los derechos a la libertad individual y al debido proceso. El recurrente señala que el 5 de febrero de 2009 presentó ante el Juzgado Penal de Turno Permanente una demanda de hábeas corpus contra doña Julissa Diana Laurent Panana por retención indebida y atentado contra la libertad de su menor hija (Expediente 4-2009), la que con fecha 2 de junio de 2009 se resolvió fundada, pero al no darse cumplimiento el 27 de julio de 2009, el mismo magistrado a cargo continuó impulsando la ejecución del mandato judicial; es así que el 12 de agosto de 2009 dispuso que la señora Julissa Diana Laurent Panana sea conducida de grado o fuerza al despacho a fin de que cumpla con la entrega, pero al haber sido el magistrado transferido a otra judicatura se avocó la magistrada emplazada, quien le impuso una multa a la madre de la menor el 1 de octubre de 2009 y la denunció por el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, ordenando también el allanamiento y descerraje en los domicilios solicitados, medida que fue ejecutada vía exhorto el día 8 de enero de 2010 a través del Tercer Juzgado Penal del Callao, pero constituyéndose en el lugar allanado no se encontró ni a la menor ni a la demandada, por una clara evidencia de haberse filtrado información, por lo que formuló queja ante la OCMA. Señala que el 8 de febrero de 2010 en circunstancias en que la magistrada se encontraba de turno permanente, fue suplida por el Juez Wilmer Caponan Miranda, quien dispuso que en aplicación del interés superior del niño, previo a resolver los reiterados pedidos requeridos por el recurrente, se solicite información al Cuarto Juzgado de Paz Letrado del Callao respecto de la situación del proceso de filiación de paternidad extramatrimonial de la menor favorecida, por lo que considera que se le ha vulnerado su derecho al debido proceso y solicita la nulidad de dicha resolución.

Realizada la investigación sumaria se tomó la declaración de la Jueza Fanny Yesenia García Juárez, quien manifestó que la demanda carece de fundamento puesto que el proceso de hábeas corpus N.º 0004-09 ha sido tramitado y ejecutado conforme a ley por su judicatura, habiéndose agotado todas las vías que la norma procesal constitucional habilita para su ejecución, no habiendo hasta la fecha la madre de la menor favorecida ejecutado la entrega.

Por su parte el recurrente declara que lo que se cuestiona a través de la presente demanda de hábeas corpus es la omisión de cumplimiento de la resolución de fecha 2 de

junio de 2009 que ordena la entrega de su menor hija, lo que hasta la fecha no ha sido cumplido, así como de no declarar la nulidad de la resolución de fecha 8 de febrero de 2010 que atenta contra la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con fecha 7 de junio de 2010 el Trigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, declaró improcedente la demanda por considerar que la Jueza emplazada ha agotado los mecanismos que la ley le franquea a fin de hacer efectiva la ejecución ordenada en la resolución de fecha 2 de junio de 2009.

La Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Este Tribunal entiende que el objeto de la presente demanda de hábeas corpus consiste, en esencia, en dar inmediato cumplimiento a la sentencia de hábeas corpus expedida por el Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima que dispuso la entrega inmediata de su menor hija a la recurrente.

Competencia del Tribunal Constitucional para conocer del incumplimiento de sentencias constitucionales

2. Al respecto este Tribunal Constitucional ha señalado que el valor de la sentencia constitucional se encuentra no sólo en la ponderación objetiva de su función en el marco del ordenamiento constitucional sino en los efectos derivados de la *vis* subjetiva de la decisión judicial estimatoria que deviene en ejecutada en sus propios términos; es decir, como componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139º inciso 3 de la Constitución) y como la principal forma restitutiva de los derechos fundamentales lesionados en la relación jurídica material que es llevada a proceso, permitiendo que las situaciones inconstitucionales se modifiquen o reviertan y que en tal sentido, este Tribunal no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión; (Cfr. STC 168-2007-Q/TC).

3. Es por ello que este Tribunal Constitucional ha establecido la posibilidad de controlar el efectivo cumplimiento de las sentencias constitucionales (Cfr. STC 168-2007-Q/TC), lo que luego ha sido complementado a través de la figura de la “apelación por salto” (Cfr. STC 004-2009-AA/TC). A su vez este Tribunal Constitucional también ha reconocido su competencia para controlar la correcta ejecución de sentencias constitucionales de protección de derechos fundamentales que hubieran concluido en el Poder Judicial (Cfr. STC 201-2007-Q/TC).

4. En este sentido, dadas las posibilidades con las que contaba la parte recurrente, resultaba innecesario acudir a un nuevo proceso de hábeas corpus para la ejecución de la sentencia. No obstante, habiendo llegado la causa a esta instancia, este Colegiado considera que resultaría contrario a los principios que informan los procesos constitucionales el declarar la improcedencia de la demanda, pues más allá de la existencia de otros mecanismos más eficaces para lograr el cumplimiento de la sentencia constitucional, el presente caso ostenta relevancia constitucional por lo que merece una resolución de fondo.

El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella

5. Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia, como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “*el niño para el pleno y*

armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", así como en su artículo 9.1, que establece que "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos", y a su vez, reconocido de manera expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que "el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia".

6. Asimismo este Tribunal reconoció que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, que aún cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo cuando exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (Cfr. STC 1817-2009-HC/TC, fundamentos 14-15).

El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

7. Asimismo el Tribunal Constitucional, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño establece que el "*niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material*". Por eso que ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social.

8. Es pues indudable que la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos así como en satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar "el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad. (Cfr. STC 1817-2009-HC/TC, fundamentos 18-20).

Tenencia y jurisdicción constitucional

9. En atención a que los hechos del presente proceso constitucional guardan relación con materias propias del derecho de familia, resulta pertinente, de manera previa a la dilucidación de la controversia, que este Tribunal Constitucional delimite su competencia respecto de tales aspectos.

10. Como ya se ha referido *supra* este Tribunal Constitucional ha reconocido a través de su jurisprudencia que el impedimento de alguno de los padres de estar en contacto con sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos de tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso integridad personal, entre otros.

(STC N.º 02892-2010-PHC/TC, STC N.º 01817-2009-PHC/TC). Sin embargo, conforme a la propia naturaleza de los procesos constitucionales, no cabe acudir a la jurisdicción constitucional para dilucidar temas propios de la jurisdicción ordinaria, concretamente respecto de los temas relativos a los procesos de familia, no cabe acudir a la vía constitucional con el fin de dilucidar aspectos tales como la tenencia o el régimen de visitas. Desde luego, tampoco puede utilizarse a la jurisdicción constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (Cfr. STC 862-2010-HC/TC; STC 400-2010-HC/TC; STC 2892-2010-HC/TC). Así, tales aspectos deberán ser dilucidados y ejecutados ante la propia jurisdicción ordinaria. No obstante, en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria hayan sido claramente desbordadas, cabrá acudir de manera excepcional a la justicia constitucional (Cfr. STC 0005-2011-HC/TC).

11. En el presente hábeas corpus es posible apreciar de lo actuado que el caso ha desbordado claramente las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria. Así es que una sentencia emitida con fecha 2 de junio de 2009 no haya podido ser ejecutada hasta ahora.

Análisis del caso en concreto

12. Tal como se señaló *supra* la presente sentencia no tiene por objeto dilucidar a cuál de los padres le corresponde la tenencia del menor, ni evaluar, sobre la base de las normas que rigen el derecho de familia, la pertinencia de haber dejado al menor al cuidado del abuelo materno. Antes bien, de lo que se trata es de dilucidar si la falta de ejecución de la sentencia de hábeas corpus ha atentado contra los derechos de la menor favorecida.

13. A su vez cabe reiterar que el objeto de los procesos de protección de derechos fundamentales (hábeas corpus, amparo, hábeas data) es determinar si se ha violado o amenazado un derecho constitucional y en caso de comprobarse una situación violatoria de derechos, se procede a disponer que vuelvan las cosas al estado anterior. No se trata, pues, de un proceso destinado a la dilucidación de responsabilidad, sino que objetivamente se determina si la situación resulta violatoria de los derechos invocados. Por esto es que la premisa sobre la base de la cual el titular del órgano jurisdiccional emplazado agotó los mecanismos legales a su alcance para lograr la ejecución de la sentencia, no abona en contra de la pretensión postulada sino únicamente en argumento que puede ser utilizado para deslindar ulteriormente su responsabilidad.

14. En el presente caso se advierte que en virtud del acuerdo de conciliación de fecha 4 de abril de 2008 se dispuso que la tenencia de la menor de iniciales GBGL estaría a cargo de su padre así como de un régimen de visitas en favor de su madre. Ante la retención de la madre de la menor, se inició un proceso de hábeas corpus ante el Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, en el que con fecha 2 de junio de 2009, tras constatar que la menor favorecida se encontraba retenida indebidamente en el domicilio de su madre, se declaró fundada la pretensión y se ordenó que la demandada, doña Julissa Diana Laurent Panana, “...cumpla con entregar a la menor favorecida (GBGL) a su progenitor felix Antonio Guerra Huari quien ejerce su tenencia”. Por tanto, en el presente caso la falta de ejecución de la sentencia de hábeas corpus resulta vulneratoria del derecho a la tutela procesal efectiva en conexidad con el derecho de la menor favorecida a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, debiendo estimarse la pretensión en el presente caso.

15. Por último cabe señalar que la retención de la menor a cargo de su madre, que impedía contacto con su padre, resultaba vulneratoria de los derechos, lo que conforme a anteriores pronunciamientos de este Tribunal constitucional, vulnera el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (Cfr. STC 1817-2009-HC/TC, STC 2892-2010-HC/TC). Significa esto que si la madre tenía razones para

cuestionar la tenencia a favor del padre debía impugnarla ante el Juez de Familia en lugar de sustraer a la menor de modo traumático e impedir el contacto de la misma con su padre.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Ordenar, conforme a lo dispuesto en la sentencia de hábeas corpus expedida por la jueza del Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima en la sentencia de hábeas corpus de fecha 2 de junio de 2009 (Exp. N.º 0004-09), que doña Julissa Diana Laurent Panana cumpla con entregar a la menor identificada con las siglas G.B.G.L. a su padre, don Félix Antonio Guerra Huari, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del Código de Procesal Constitucional, sin perjuicio de las demás órdenes establecidas en dicha resolución.

Publíquese y notifíquese.

SS. ETO CRUZ; VERGARA GOTELLI; URVIOLA HANI