

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SUSPENDER EL EJERCICIO DE LA  
PATRIA POTESTAD EN CASO DE SEPARACIÓN DE CUERPOS,  
DIVORCIO O INVALIDACIÓN DE MATRIMONIO**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: ANNDY ROQUE JULCA**

Asesora:

**M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**

**Cajamarca - Perú**

**2021**

COPYRIGHT © 2021 by  
**ANDY ROQUE JULCA**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS APROBADA:**

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SUSPENDER EL EJERCICIO DE LA  
PATRIA POTESTAD EN CASO DE SEPARACIÓN DE CUERPOS,  
DIVORCIO O INVALIDACIÓN DE MATRIMONIO**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: ANNDY ROQUE JULCA**

**JURADO EVALUADOR**

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga  
Asesora

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Jurado Evaluador

M.Cs. Juan Carlos Díaz Sánchez  
Jurado Evaluador

M.Cs. Fernando Chávez Rosero  
Jurado Evaluador

**Cajamarca - Perú**

**2021**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS**

Siendo las 17:06 horas del día 15 de enero de Dos mil veintiuno, reunidos a través de [meet.google.com/krj-qirm-hwr](https://meet.google.com/krj-qirm-hwr), creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, Mg. **JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ**, M. Cs. **FERNANDO AUGUSTO CHÁVEZ ROSERO**, y en calidad de Asesora la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SUSPENDER EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN CASO DE SEPARACIÓN DE CUERPOS, DIVORCIO O INVALIDACIÓN DE MATRIMONIO.**, presentada por el Bach. en Derecho **ANNDY ROQUE JULCA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISIETE** la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bach. en Derecho **ANNDY ROQUE JULCA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 18:20 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Asesor

.....  
**Dra. María Isabel Pimentel Tello**  
Jurado Evaluador

.....  
**Mg. Juan Carlos Díaz Sánchez**  
Jurado Evaluador

.....  
**M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero**  
Jurado Evaluador

## **DEDICATORIA**

Al dueño de todo conocimiento, fuente  
de sabiduría e inteligencia, Dios.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, por su favor, a mi familia por su apoyo, y a mi asesor por encaminar este trabajo.

## ÍNDICE

RESUMEN .....	xiii
ABSTRACT.....	xiv

### CAPÍTULO I

#### EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Problemática .....	1
1.2. Formulación del Problema.....	12
1.3. Justificación.....	12
1.4. Objetivos .....	13
1.4.1. General .....	13
1.4.2. Específicos .....	13
1.5. Ámbito de la Investigación: delimitación del problema.....	14
1.5.1. Espacial .....	14
1.5.2. Temporal.....	14
1.5.3. Conceptual.....	14
1.6. Tipo de Investigación.....	15
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	15
A. Básica.....	15
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación .....	16
A. Explicativa.....	16
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan .....	17
A. Cualitativa .....	17
1.7. Hipótesis .....	17
1.8. Métodos de Investigación .....	18
1.8.1. Genéricos .....	18
A. Inductivo – Deductivo.....	18
1.8.2. Propios del Derecho.....	19

A. Exegético .....	19
B. Dogmático.....	19
C. Hermenéutico .....	20
1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación .....	20
1.9.1. Técnica .....	20
1.9.2. Instrumento .....	21

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

2.1. Fundamento lusfilosófico.....	22
2.1.1. Principios, Reglas y Derechos Fundamentales .....	24
A. El cambio de paradigma de reglas a principios .....	24
B. La confrontación de los principios .....	28
C. La estructura de los principios en la ponderación .....	29
D. El enunciado de preferencia en la aplicación de la ponderación .....	30
E. Fundamentación condicionada a las normas de derecho fundamental .....	31
F. Estado Constitucional de Derecho .....	32
2.1.2. Derrotabilidad.....	33
A. Derrotabilidad y reglas .....	33
B. Derrotabilidad y principios.....	34
a. Sobre la estructura de los principios .....	34
b. La diferencia entre reglas y principios: Optimización .....	36
c. Todas las circunstancias relevantes: Inderrotabilidad .....	37
2.1.3. Tres momentos en el debate sobre los principios .....	39
A. La normatividad de los principios .....	39
B. La identidad de los principios .....	41

C. Fundamentalidad: el ascenso de los principios .....	43
2.1.4. La revisión de la teoría de las antinomias y de las lagunas impuesta por el constitucionalismo .....	45
2.2. Doctrinas, teorías jurídicas, conceptos relacionados con el problema de investigación.....	50
2.2.1. Regulación jurídica de la familia.....	50
A. La dignidad de la persona humana .....	51
d. Noción .....	57
e. Su realización .....	60
f. La dignidad como derecho fundamental .....	60
g. Consecuencias del doble carácter de la dignidad humana .....	63
B. La Familia .....	64
a. Generalidades .....	64
b. Concepciones.....	70
c. La familia y sus caracteres .....	73
i. Es una institución que se basa en la naturaleza y que tiene la consistencia que le da el vínculo consanguíneo.....	73
ii. Está asentada en el matrimonio .....	74
iii. Enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes.....	74
iv. Los lazos de autoridad matizados por el amor, comprensión y respeto .....	75
v. Porque satisface la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todos los aspectos de la vida.....	75

d. Estado de la familia .....	76
i. Universalidad.....	77
ii. Unidad.....	77
iii. Indivisibilidad .....	77
iv. Oponibilidad .....	78
v. Estabilidad.....	78
vi. Inalienabilidad .....	78
vii. Imprescriptibilidad .....	79
e. El modelo constitucional de familia .....	80
i. La Generación.....	80
ii. La convivencia de parejas heterosexuales .....	82
2.2.2. La Patria Potestad .....	83
A. Antecedentes.....	84
B. Definiciones .....	86
C. Naturaleza jurídica .....	89
D. Características .....	90
a. Es una institución de amparo familiar .....	90
b. Es un poder-deber subjetivo familiar.....	91
c. Se regula por normas de orden público .....	91
d. Es una relación jurídica plural de familia.....	91
e. Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco.....	92
f. Es una relación de autoridad de los padres .....	92
g. Es intransmisible.....	92
h. Es imprescriptible .....	92
i. Es temporal, no perpetua.....	93
j. Es irrenunciable .....	93

k. Es incompatible con la tutela .....	93
l. Es relativa.....	93
m. Es indisponible .....	93
E. Objetivo .....	93
F. Deberes y derechos de los padres por la patria potestad regulados en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes .....	95
G. Límites de la Patria Potestad en el Código Civil .....	98
a. Pérdida de la patria potestad .....	98
b. Privación de la patria potestad.....	99
c. Suspensión de la patria potestad.....	99
H. Límites de la Patria Potestad en el Código de los Niños y los Adolescentes .....	100
2.2.3. El Interés Superior del Niño y la igualdad de derechos entre hijos.....	101
A. El Interés Superior del Niño .....	101
a. Aspectos Generales .....	101
b. Marco doctrinal, constitucional-legal y jurisprudencial...103	
c. Convención sobre los Derechos del Niño .....	104
d. Código Civil .....	104
e. Código de los Niños y Adolescentes.....	105
f. Desarrollado por Tribunal Constitucional .....	107
B. La igualdad de derechos entre hijos .....	109

## CAPÍTULO III

### CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. La contraposición al fin de la sociedad y el Estado de proteger a la familia .....	112
3.2. La vulneración a la igualdad de derechos entre hijos como derecho fundamental y al principio de Interés Superior del Niño .....	121
3.3. La limitación ilegítima del pleno cumplimiento del deber que nace de la patria potestad de los padres frente a los hijos.....	136
CONCLUSIONES .....	144
RECOMENDACIONES .....	146
LISTA DE REFERENCIAS.....	147

## RESUMEN

En el presente tratado, se ha buscado determinar, para luego, explicar: las consecuencias jurídicas de la aplicación del inciso 4 del artículo 466 del Código Civil, es decir, qué resulta de la suspender el ejercicio de la patria potestad en caso de separación de cuerpos, divorcio o, invalidación de matrimonio.

Para ello, se analizó la naturaleza jurídica de la institución de familia, su regulación en el ordenamiento jurídico como instituto natural y fundamental de la sociedad y el Estado, también, la tutela de los derechos de los menores, así como de los cónyuges durante el matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, o invalidación de matrimonio, finalmente, la patria potestad y sus formas de limitación.

En esa búsqueda se determinó que las consecuencias jurídicas de la suspensión de la patria potestad en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio son: la contraposición al fin de la sociedad y el Estado de proteger a la familia, la vulneración a la igualdad de derechos entre hijos como derecho fundamental y al principio de Interés Superior del Niño; y, la limitación ilegítima del pleno cumplimiento del deber que nace de la patria potestad de los padres frente a los hijos.

En el área metodológica, para la recolección de marco teórico, se tuvo en cuenta el método exegético para la observación y análisis de la información, también, fue necesaria, la técnica del análisis de contenido y como instrumento la hoja guía. Para la construcción de ideas en la contrastación de la hipótesis se utilizó el método dogmático con su técnica la argumentación jurídica.

**Palabras clave:** suspensión, patria potestad, matrimonio, familia, igualdad de derechos entre hijos, interés superior del niño.

## **ABSTRACT**

*In this treaty, it has been sought to determine, and then explain the legal consequences of the application of subsection 4 of article 466 of the Civil Code, that is, what results from the suspension of the exercise of parental authority in the event of separation of bodies , divorce or, invalidation of marriage.*

*For this, the legal nature of the institution of the family and its regulation in the legal system as a natural and fundamental institute of society and the State were analyzed, as well as the protection of the rights of minors and spouses during marriage, separation of bodies, divorce, or marriage invalidation and, parental authority and its forms of limitation.*

*In this search, it was determined that the legal consequences of the suspension of parental authority in the event of separation of bodies, divorce or invalidation of marriage are: the opposition to the aim of society and the State to protect the family, the violation of the equal rights between children as a fundamental right and the principle of the Best Interest of the Child; and, the illegitimate limitation of full compliance with the duty that arises from the parental authority of the parents towards the children.*

*In the methodological area, for the collection of the theoretical framework, the exegetical method was taken into account for the observation and analysis of the information, it was also necessary, the content analysis technique and as an instrument the grúa sheet. For the construction of ideas in the contrast of the hypothesis, the dogmatic method was used with its technique, legal argumentation*

**Keywords:** *suspension, parental authority, marriage, family, equal rights between children, best interests of the child.*

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Problemática

Sin duda, universalmente a través de la historia, los Reinos, Imperios o Estados, han tenido en cuenta la importancia y el funcionamiento de diversas Instituciones jurídicas, a fin de obtener ciudades, pueblos, y sociedades más desarrolladas con poderío económico, social, y político. Una de éstas, y creemos que, la más importante, es la familia, ya que, ésta es – indubitadamente – el elemento básico, noble, y más íntimo de antiquísimas civilizaciones; actualmente, la familia no ha pasado a un segundo plano, sino que, sigue siendo a menudo, objeto de promoción, impulso y cuidado por parte del Estado y la comunidad en sus multiformes maneras de actuar, por ello es importante velar por una adecuada regulación normativa de ésta, así como un apropiado ejercicio de los deberes y derechos que surjan de la misma.

La patria potestad, tal como se la conoce en la actualidad, es el resultado de un largo proceso de evolución, tanto así que, ha llevado a la doctrina y las diferentes legislaciones a conferirle diversas nomenclaturas como: autoridad de los padres, deberes y derechos paterno – filiales, autoridad paternal, etc. (Peralta Andía, 2002, p. 460)

Se ha intentado suprimir el término Patria Potestad en diversas legislaciones, reemplazándola por una que contenga un significado más relacionado a la facultad o función que representa esta institución. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002, p. 946)

Es pertinente señalar que el origen de esta Institución, se halla en el Derecho Antiguo, esencialmente en Roma, pero, es preciso también indicar que, en ésta época el padre de familia llegó a poseer derechos absolutos sobre los hijos, por tanto, el padre de familia tenía un poder de vida o muerte sobre ellos; asimismo, en el Derecho Medieval, especialmente en el derecho español, se regulaban reglas similares a las del derecho romano, permitiendo hasta el alquiler de los hijos en caso de extrema pobreza. Por otro lado, el Derecho moderno se ve caracterizado por el intervencionismo estatal, hasta que, con la Revolución Francesa, se desterraron las formas del derecho romano. A partir de estos sucesos, con el Código Francés, se constituye a la patria potestad como una Institución de protección en favor del hijo, atribuyéndoles a los padres el ejercicio de múltiples derechos, que, con el paso del tiempo, ahora no solo implican derechos sino también deberes. (Peralta Andía, 2002, p. 461)

Es importante distinguir la vasta gama de definiciones que la legislación y la doctrina comparada le han conferido a la Patria Potestad, esto, con la finalidad de analizar cómo ha sido el tratamiento de la Institución en diversos sistemas jurídicos, así por ejemplo, la doctrina francesa representada por Colin y Capitant, la define como “un conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos, en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que sepa sobre ellos”; Puig Peña en la doctrina española, nos dice resaltando más bien el carácter institucional y no cuantitativo que “es aquella institución jurídica, por la cual, los padres asumen por derecho, la dirección y asistencia de sus

hijos menores, reclamada por la necesidad de éstos”; el italiano Messineo la afirma como “el conjunto de poderes, en los cuales actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales”; el Código Civil argentino establece que “es el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres, desde la concepción de los hijos legítimos, en la persona y bienes de sus hijos menores”. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002, p. 947)

Si comparamos las definiciones del párrafo precedente con la definición que establece nuestro Código Civil Peruano en el Artículo 418, se puede colegir que, todas estas definiciones tienen elementos comunes como: i) el complejo de deberes y derechos ejercida y concedidas a los padres con el objeto de cuidar y proteger a sus hijos menores de edad, ii) este poder o facultad que deviene de un derecho natural, debe estar concretado en la ley, para su respaldo jurídico y iii) la dependencia mutua obligatoria entre sujetos activos y pasivos, respectivamente, entre los padres y los hijos. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002, p. 947)

En la legislación comparada advierte (Peralta Andía, 2002) y (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002), que existen algunas orientaciones sobre la patria potestad, teniendo en cuenta el punto de vista evolutivo, así tenemos:

- i. Legislaciones que conservan el tipo de patria potestad como un derecho exclusivo del padre, como Francia, España, Italia, Rumania.

- ii. Legislaciones que consideran la patria potestad como una función tutelar y pública, controlada por diferentes órganos del Estado, como Alemania, Suiza, Inglaterra y EE.UU.
- iii. Legislaciones que estiman la patria potestad como un conjunto de deberes y derechos de los padres, como México, Rusia.

Al parecer nuestro Código Civil vigente, se identificaría con la última postura. Sin embargo, podríamos encontrar todavía algunos defectos en la propia norma o en el ejercicio de los derechos o facultades que ésta contenga.

Aterrizando en nuestro sistema jurídico nacional, es preciso señalar que la patria potestad tiene diversas acepciones, así por ejemplo debe ser entendida como: i) una Institución Jurídica, ii) como un deber y iii) derecho. La primera acepción consiste en entender a la Patria Potestad como un conjunto de elementos o partes sistemáticamente ordenados, los cuales, cumplen determinadas funciones según les corresponda. En el segundo caso, se debe entender a la Patria Potestad como una gama de conductas que establece la ley, las que una persona debe realizar u omitir en el cumplimiento de este deber. Y en la tercera acepción se debe entenderse como un privilegio que naturalmente tiene una persona y que ha sido concretado en la ley para gozar de su ejercicio.

De este modo, la Patria Potestad entendida como Institución, solo podría constituirse teniendo una regla de formación, es así que, ésta solo debería surgir del matrimonio, ya que, a partir de éste, se tendrá un mejor panorama de las relaciones entre los miembros de la familia, puesto que, si se trata

de una Institución destinada a formación personas dentro de sus primeros años de vida, esta actividad se debería realizar dentro de los mejores parámetros formales y morales.

Ahora bien, como plantea el Derecho Moderno y por ende el Artículo 418 de nuestro Código Civil, en cuanto al deber, “Los padres, por la patria potestad, tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”; destaca el deber, antes que el derecho, lo cual, no es una mera casualidad, sino que es el cuidado que ha tenido el legislador para resaltar el contenido o fundamento social y político de esta institución. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002, p. 962)

La patria potestad como derecho del padre frente al hijo, ha ido evolucionando rápidamente hasta convertirse en un derecho recíproco, según la cual, la patria potestad ya no puede estimarse como un derecho absoluto de los padres sobre los hijos, ni tampoco como un derecho de los hijos frente a los padres, sino como un complejo de deberes y derechos recíprocos que corresponden tanto a unos como a los otros. (Peralta Andía, 2002, p. 464).

Siendo así, la Patria Potestad se debe entender no como un mero deber y derecho de los padres frente a los hijos, sino como un deber y derecho recíproco entre los padres y los hijos. Por ello, es importante distinguir entre la patria potestad como deber y derecho, y, los deberes y derechos que surgen de su ejercicio, puesto que, la primera privilegia a los padres recayendo sobre ellos la autoridad que debe ser ejercida sobre sus hijos, la cual, se funda en la naturaleza misma; más la segunda, se ve limitada a

los deberes impuestos por la ley a los que la ejercen. La patria potestad como derecho natural comprende también derechos intrínsecos a los seres humanos y que constituyen derechos puros o naturales. Es por ello, que en los casos en los que alguno de los progenitores o ambos son privados, subsiste el derecho natural que está ligado a la relación padre e hijo; el derecho positivo no lo puede prohibir. (Hinostroza Minguez, 1999, p. 208)

Introduciéndonos ya, en un nivel normativo, se debe precisar que desde el punto de vista realista, universalmente, luego de la segunda Guerra Mundial, se han agrupado bandos políticos, dando como resultado la creación de diversas Organizaciones Internacionales (ONU, OEA, UE) que a su vez han concebido un sistema jurídico internacional, conformado por una vasta gama de convenios o tratados, a los cuales, se han adherido los Estados según sus intereses económicos, y políticos.

Desde el punto de vista más valorativo y jurídico, estas Organizaciones Internacionales, se han creado con la finalidad de encontrar los más puros e irreductibles derechos universales comunes o no, y realizar el arduo trabajo de promocionarlos, impulsarlos, reconocerlos y hasta hacerlos proteger y respetar en diversas partes del planeta.

Es por ello, y de suma importancia considerar lo que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 16: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho [...], a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad

y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”. (III Asamblea General de la ONU, 1948). Asimismo, es prudente traer a la memoria lo que establece la Declaración de los Derechos del Niño en el principio 6 “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 [...]”. (XIV Asamblea General de la ONU, 1959)

Este articulado nos conlleva a realizar una interpretación sistemática, del orden jurídico que impera universalmente, y que surte efectos en los sistemas jurídicos internos de los distintos Estados ligados a estas normas.

Las Instituciones de naturaleza familiar, deben emanar de la familia como Institución madre y gestora de toda relación o vinculación familiar. Pero de la familia concebida como un Institución Natural, es decir, conformada por miembros legítimos para esta conformación, por ello, es importante identificar a la luz de la normatividad universal que, la fundamentación de la familia debe darse a partir del acto de casarse, es decir, mediante la celebración del matrimonio, donde debe fundamentarse una familia. Por otro lado, el artículo mencionado de la Declaración de los Derechos del Niño, se ve estrechamente vinculado al primer artículo antes comentado, ya que supone un ambiente de afecto y seguridad moral y material, y qué mejor que constituida por padre y madre unidos por vínculo de matrimonio.

Nuestra Carta Fundamental consagra en el artículo 4 que la familia es un Instituto Natural y Fundamental para la sociedad y el Estado, lo que

contempla de igual manera una concordancia con las normas antes mencionadas. La misma norma fundamental establece en su artículo 6 tercer párrafo que: “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes”. (Congreso Constituyente Democrático, 1993)

En razón a ello, nuestro Estado debe regular las instituciones familiares, siendo una de ellas, la Patria Potestad, y en efecto, nuestro Código Civil de 1984, la regula desde artículo 418 al 471; tratando desde su definición, funcionamiento, deberes y derechos que surgen de ésta, y sus limitaciones, lo cual, se ha venido comentando, excepto los límites de la patria potestad. De esta manera nuestro Código Civil regula formas de limitaciones de la Patria Potestad, así como: la pérdida, privación, y suspensión.

Los derechos de las personas pocas veces pueden disponerse a merced de criterios personales, si no por el contrario, la preferencia o reconocimiento de algunos derechos sobre otros, solo deben darse de forma justificada y avalada por la ley.

Siendo de esa manera, la Patria Potestad no puede ser limitada, a no ser que la persona llamada a su ejercicio incurra, en un presupuesto debidamente justificado por la ley, tales casos se presentan para la configuración de la pérdida de la patria potestad, así se tiene a la condena a pena privativa de la libertad, que obviamente separará por un lapso definitivo al padre o a la madre, de sus hijos. No podemos negar la existencia de individuos que se encuentran plenamente desinteresados por el cumplimiento de sus deberes familiares, llegando hasta el extremo de

abandonar o desamparar a los miembros de su familia a su suerte. (Poder Ejecutivo, 1984, artículo 462)

Asimismo, la norma civil regula los presupuestos para la privación de la Patria Potestad, teniendo en cuenta sobre todo, el bienestar de los hijos, por ello, cuando los padres impartan consejos, órdenes o ejemplos corruptos a sus hijos, los traten con dureza excesiva, los dediquen a la mendicidad o les nieguen injustificadamente los alimentos, se verán privados del ejercicio de este derecho. (Poder Ejecutivo, 1984, artículo 463)

De igual forma el Código Civil regula una última forma de limitación a la Patria Potestad, la cual, es la suspensión, que se da por la interdicción del padre o de la madre, o por la ausencia judicialmente declarada de los padres, o por no poder ser ejercida de hecho por los padres, o por divorcio, separación de cuerpos o invalidación del matrimonio. (Poder Ejecutivo, 1984, artículo 466).

El Código de los Niños y Adolescentes, regula los límites de la Patria Potestad en el artículo 75 solo utilizando la nomenclatura de Suspensión, y reuniendo a todos los presupuestos antes mencionados que se encuentran regulados por el Código Civil. Podríamos inferir que la regulación de esta Institución no ha tenido la debida importancia al momento de ser regulada normativamente.

En todo caso, se puede distinguir de la regulación del Código Civil la posible diferencia entre estas formas de limitación del ejercicio de la Patria Potestad. Tenemos en primer lugar a la pérdida, que debe ser entendida

como el acto propio de una persona para dejar de poseer o tener algo que poseía, es decir, por el propio accionar del padre o de la madre. En segundo lugar, se encuentra la privación, esta a su vez, debe ser entendida como despojar a una persona de lo que tenía o poseía, es decir, se contempla la actuación de un tercero que despoja. Finalmente, la suspensión, que debe ser entendida como detener el actuar defectuoso de una persona, ya que, este actuar debiera ser cabal.

De todos los presupuestos antes mencionados que, limitan el ejercicio de la Patria Potestad, podemos verificar que, en el caso de divorcio, separación de cuerpos e invalidación del matrimonio, no existe una causa que justifique la limitación, ya que, los padres no se ven impedidos de ejercer este derecho, a no ser solo por la limitación de la propia ley.

Si el Estado ha convalidado Tratados Internacionales, y ha legislado normas muy bien estructuradas como el Código Civil y el Código de Niños y Adolescentes y su Título Preliminar (República, 2000, Artículo VII T.P.), estableciendo principios y derechos como: la paternidad responsable, el interés superior del niño, la igualdad de derechos entre hijos, el derecho a casarse y a fundar una familia, la patria potestad, etc. Por qué sigue limitando ingenuamente el ejercicio de un derecho tan importante y fundamental para el desarrollo integral de los menores, como la patria potestad.

Otras Instituciones familiares son la tenencia y el régimen de visitas, las cuales, se sustentan en el misma inadecuada regulación de la patria potestad, estableciendo que: el padre que tenga el cuidado de los hijos, es el que ejercerá la patria potestad y por ende la tenencia, por el contrario, el

que no tenga el ejercicio de la patria potestad, se le asignará un régimen de visitas. Obviamente si analizamos las causas para la limitación de la patria potestad solo encontraremos que, quienes estén aptos para ser parte de un régimen de visitas son los padres que han sido suspendidos por causas meramente normativas, y no por causas que afecten al menor.

El Estado y la comunidad están llamados a proteger, impulsar, y promocionar a las Instituciones familiares; con esta regulación, pareciera que nos encontramos en una seria antinomia normativa. De un lado normas supremas, estandartes de un gran sistema jurídico justo y equilibrado, y por otro, el menoscabo de las instituciones que debieran ser el fundamento del fin de la conformación de normas y órganos estatales.

La regulación de los límites de la patria potestad, como todo límite de un derecho fundamental, deben ser establecidos por el Estado a través de la ley, sin embargo, esta facultad estatal no siempre es la más acertada, surgiendo así, unas posibles antinomias normativas que generan el menoscabo de diversos derechos fundamentales. Las formas de limitación de la patria potestad deben ser reguladas de forma justificada, pero mientras las normas de mayor jerarquía como los Tratados Internacionales y la Constitución Política suponen el respeto y reconocimiento de la patria potestad, las normas legales como el Código Civil y la Ley N° 27337, se están encargando de limitar inapropiadamente el ejercicio de un derecho que tal vez no debería limitarse, si no por el contrario, debiera protegerse, y además, se debiera estimular su ejercicio a través de la regulación normativa.

## **1.2. Formulación del Problema**

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de suspender el ejercicio de la patria potestad en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio?

## **1.3. Justificación**

El trabajo de investigación que se realizó es de vital importancia ya que guarda relación directamente con la familia, que es la base de la sociedad y un fin del Estado, que consiste en su protección. Ya que, si las instituciones familiares no funcionan debidamente en la realidad, o se ven afectadas por normas de derecho, se resquebrajaría la estructura social que se ha construido, y el fin del estado de garantizar el bienestar de las personas se vería en menoscabo, teniendo en cuenta que la familia es el elemento más noble, frágil, íntimo e intangible para la sociedad y el Estado.

La familia como elemento de la sociedad es intangible, es decir que, ni el Estado ni algún grupo de poder social, político o económico la podrán afectar alienando su naturaleza, forma de constitución o reglas de funcionamiento de esta institución. Por ello, frente cualquier fenómeno jurídico – social, se debe actuar identificando los posibles problemas que estos efectos puedan causar no solo normativamente sino en la propia realidad social.

Los trabajos de investigación orientados a mantener intangibles los elementos que constituyen la razón de ser del Estado y de la sociedad son inminentemente justificados por su valor inapreciable y por la gran importancia que éstos representan para aquéllos.

El tratamiento de las normas que regulan instituciones que, coadyuvan la constitución y sostén de la familia, es también de suma importancia, ya que, esto permite la identificación de diversos problemas en el funcionamiento de dicha institución; atendiendo a que, una de las funciones de la familia es la procreación y la crianza de los hijos, la patria potestad como institución que nace de la familia, cumple un papel trascendental y preponderante, recogiendo los deberes y derechos que mutuamente se deben padres e hijos.

Por ello, el fin de esta investigación es contribuir con la consolidación y fortalecimiento de la familia y de los roles de sus miembros dentro de ésta, a través, de un estudio descriptivo que determine de forma clara, el adecuado comportamiento que debería tener la sociedad y el Estado frente a la familia y a una de las instituciones que permiten su funcionamiento, como es la patria potestad.

#### **1.4. Objetivos**

##### **1.4.1. General**

Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de suspender el ejercicio de la patria potestad en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio.

##### **1.4.2. Específicos**

- a. Analizar la naturaleza jurídica de la institución de familia y su regulación en el ordenamiento jurídico como instituto natural y fundamental de la sociedad y el Estado.

- b. Analizar en el ordenamiento jurídico la tutela de los derechos de los menores y de los cónyuges durante el matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, o invalidación de matrimonio.
- c. Analizar en el ordenamiento jurídico y en la doctrina a la patria potestad y sus formas de limitación.

## **1.5. Ámbito de la Investigación: delimitación del problema**

### **1.5.1. Espacial**

El problema de investigación se sitúa en el ordenamiento jurídico peruano, es decir, dentro del territorio peruano, ya que nuestras normas son vigentes, eficaces y obligatorias dentro del territorio peruano.

### **1.5.2. Temporal**

Se encuentra delimitado por el tiempo de vigencia de las normas jurídicas, en este caso la Constitución, el Código Civil, la Ley N° 27337.

### **1.5.3. Conceptual**

El trabajo de investigación versa sobre la familia, la patria potestad, separación de cuerpos e invalidación de matrimonio; estas instituciones se encuentran reguladas en la Constitución y en el Código Civil respectivamente, y en cuanto a la patria potestad, también se regula en el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337). Por ello, el trabajo que se realiza para la obtención de los

objetivos trazados, se desarrolla en el marco de dichas normas jurídicas y de la doctrina que de tratamiento a estas instituciones.

## **1.6. Tipo de Investigación**

### **1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue**

#### **A. Básica**

Este tipo de investigaciones no generan cambios en la realidad, solo proponen posturas dentro del conocimiento, es útil para nuestra investigación, puesto que no necesitamos realizar trabajos de campo, o sociales, sino, estudios dogmáticos doctrinales.

Por ello, se realizó el estudio de instituciones jurídicas como la familia y la patria potestad y su regulación en el ordenamiento jurídico, así como su naturaleza jurídica, para determinar y describir fenómenos jurídicos en forma de efectos y consecuencias en el funcionamiento o ejercicio de éstas. Visto de ese modo, la descripción de los posibles problemas es, de vital importancia para, el conocimiento teórico jurídico, ya que su implicancia afectará la forma de entender y aplicar las normas que, regulan dichas instituciones.

## **1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación**

### **A. Explicativa**

Este tipo de investigación postula el análisis de los componentes o variables para explicar los fenómenos que suceden en su funcionamiento o manipulación. Es útil para nuestra investigación, porque nos dedicaremos a estudiar, entender y describir instituciones, derechos y principios del derecho, para explicar su funcionamiento y aplicación.

Así, de manera sucinta mencionamos en el acápite anterior que nos dedicaremos al estudio de instituciones forma descriptiva, pero, además, se busca explicar el porqué de la norma jurídica respecto de las instituciones antes mencionadas; es decir, dicho de otro modo, señalando lo que contemple la norma y sus consecuencias, para posteriormente corroborar éstas con el apoyo de diversas bases teóricas que traeremos a este trabajo de investigación. Se señala, por ende, a la familia y su modelo constitucional, su regulación en la norma civil; además, a la patria potestad, como la naturaleza del instituto familiar de carácter singular, así, como los derechos y deberes que surgen de estas instituciones y, cómo se estarían afectando por las propias disposiciones legales.

### **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

#### **A. Cualitativa**

Esta es una investigación cualitativa, porque no se cuenta ni se pretende recoger datos repetitivos, información numérica o de cualquier otra índole que tenga esta naturaleza, para procesarlos estadísticamente o en grado de porcentaje; sino que la información que se maneja es, además de diversa, singular y goza de autonomía, a pesar de que la información se verá vinculada a fin de poder verificar lo que se plantea en la posible respuesta. Por ello, se describirá a las instituciones como la familia y la patria potestad, así como su funcionamiento, deberes, derechos, etc., en relación con las normas que las regulan, pero, también, con la doctrina a la que podamos acceder.

### **1.7. Hipótesis**

Las consecuencias jurídicas de suspender el ejercicio de la patria potestad en caso de separación de cuerpos, divorcio, o invalidación de matrimonio, son:

- a. La contraposición al fin de la sociedad y el Estado de proteger a la familia.
- b. La vulneración a la igualdad de derechos entre hijos como derecho fundamental y al principio de Interés Superior del Niño.

- c. La limitación ilegítima del pleno cumplimiento del deber que nace de la patria potestad de los padres frente a los hijos.

## **1.8. Métodos de Investigación**

### **1.8.1. Genéricos**

#### **A. Inductivo – Deductivo**

El método que se utilizó en esta investigación es el inductivo – deductivo, por cuanto, se analizan premisas de lo general a lo particular, y viceversa. Es útil para nuestra investigación por cuanto se analizan instituciones contenedoras de reglas que necesitan de principios y derechos más generales que orientan su aplicación.

En la presente, a partir de las disposiciones de la norma civil referente a la regulación de instituciones como la familia y la patria potestad, se establecen premisas normativas, para llegar concluir en reglas o dogmas, a fin confrontarlos con premisas en forma de principios contenidos o no, en la constitución, como la igualdad de derechos entre hijos y el Interés Superior de Niño, y finalmente, obtener los elementos para llegar a una conclusión general, que es el resultado de la demostración de la hipótesis, donde se determina por así decirlo, consecuencias jurídicas negativas o positivas.

## **1.8.2. Propios del Derecho**

### **A. Exegético**

Se funda en la escuela exegética que tiene como característica más importante o fundamental a la literalidad. Es útil para nuestra investigación cuando analizamos normas jurídicas.

Se utilizó en esta investigación el método exegético, en tanto, se analizó la norma civil respecto de la regulación de la familia y la patria potestad, a saber: su definición, funciones, deberes y derechos, límites, etc.

### **B. Dogmático**

También se utilizó en esta investigación el método dogmático, que tiene como característica esencial la construcción de dogmas o constructos. Es útil para nuestra investigación por cuando se formularán dogmas normativos, sistematizando derechos situados en dispositivos legales diferentes.

Por ello, se construirá de forma sistemática la relación, implicancia, o vínculo, entre, el derecho fundamental igualdad de derechos entre hijos y el principio fundamental Interés Superior del Niño, y, las disposiciones que establece el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes en cuanto a la regulación de los límites de la patria potestad y la regulación de instituciones provenientes de la regulación de la patria potestad, así como la tenencia y el régimen de visitas.

## **C. Hermenéutico**

Finalmente se utilizó el método hermenéutico, referido a la interpretación literal, ordenada y concordada con diversos campos del conocimiento. Es útil para nuestra investigación, por cuanto se interpretará instituciones y como deben entenderse sus reglas para la aplicación de las mismas, en concordancia con la norma de mayor jerarquía de un Estado Democrático, y con los Tratados Internacionales de los que es partes obligada.

Así, se realizó la interpretación en cuanto a la implicancia de principios como el Interés Superior del Niño y el derecho fundamental a la igualdad de derechos entre hijos, sobre las normas de inferior jerarquía, a fin de llegar a verificar ciertas consecuencias jurídicas que afectarían de forma negativa al funcionamiento de instituciones fundamentales para la sociedad y el Estado como la familia y la patria potestad.

### **1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación**

#### **1.9.1. Técnica**

En cuanto se refiere a los métodos deductivo y exegético la técnica de investigación que se utilizó en esta investigación es el análisis de contenido, ya que se tendrá que analizar diversos textos normativos y doctrinarios referentes al derecho de familia como la institución propia de familia, la patria potestad y los derechos y deberes que nacen de ésta, así como las causas que implican la suspensión de

la misma; de igual manera, el texto constitucional y algunos de los tratados internacionales de los que el Perú es parte obligada.

Para los métodos dogmático y hermenéutico la técnica que se utilizó en la presente investigación es la argumentación jurídica, debido a que para la construcción de postulados en la demostración de la hipótesis es necesaria.

### **1.9.2. Instrumento**

En cuanto se refiere a los métodos deductivo y exegético se tuvo como instrumento para el análisis de contenido, una hoja guía, que, dio un orden sistemático a la investigación a realizarse, la cual se dividirá en secciones: una parte con nombres de textos normativos y otra, con títulos de obras y autores del derecho, ubicándolos en dos sub niveles como, autores nacionales y autores extranjeros.

En lo que respecta a los métodos dogmático y hermenéutico, se utilizó a la argumentación, porque su utilidad, es tal cual, como método y técnica. Así para la interpretación de las instituciones jurídicas que son objeto de la presente investigación, y para la construcción de ideas, es necesaria la argumentación.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Fundamento iusfilosófico

Los problemas epistemológicos del Derecho, son abundantes, sin embargo, ha sido agrupados en entres grandes campos: ontológico, teoría general del Derecho y, norma jurídica. La presente investigación, se ubica en la teoría general del Derecho, pues, se analiza las consecuencias jurídicas de la permanencia del inciso 4 del artículo 466 dentro del ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico que se ha entregado inevitable y obligatoriamente al postpositivismo por la supremacía de la Constitución que ha generado un Estado Constitucional de Derecho, conciliando el derecho y la moral con el reconocimiento de derechos fundamentales y considerando a éstos últimos como principios, surgiendo así la teoría principialista.

La filosofía del derecho como bien señala Atienza (1985) citado por Tantaleán Odar (2015), puede ser concebida en tres acepciones. La primera como actividad o disciplina teórica, la segunda que se inclina por el análisis de una serie de problemas típicos, y la tercera, consiste en un saber residual que tiende a desvanecerse conforme avance la ciencia.

Señala también, dicho autor, que la filosofía adopta un análisis integral o entero de las cosas, pero además racional, crítica y útil, es por ello que, la filosofía del derecho puede tener una visión filosófica (desde arriba) o desde el derecho (desde abajo), prefiriendo muchos, darle una óptica central o ecléctica para desarrollar una filosofía jurídica. Pero para ello se

debe delimitar su campo de estudio, comprendiendo, al menos mínimamente, el concepto del derecho (ontología), el problema de su epistemología, es decir, los principios, fundamentos, métodos del conocimiento del derecho y, la cuestión de la justicia (axiología), a lo que se puede agregar su evolución histórica.

Entonces, siendo que la filosofía del derecho es la disciplina que se encarga de analizar al derecho en el campo teórico, práctico y crítico, es necesario tenerla en cuenta en los diversos trabajos de investigación para dotarlos de sentido teórico y argumentativo.

Orientar las categorías jurídicas de la investigación hacia las corrientes iusfilosóficas que permitan optimizar su contenido en el ordenamiento jurídico es de vital importancia en esta investigación, por ende, se ha tenido en cuenta a Bechara Llanos (2011) quien cita en su desarrollo científico a tratados de Robert Alexy y a Dworkin; el aludido autor, realiza un interesante análisis cuyo propósito es presentar de manera coherente y sistemática una aproximación conceptual al uso de los principios constitucionales, en la noción de Estado constitucional de derecho, a través del estudio de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Para demostrar que, en el pensamiento jurídico contemporáneo, tanto en la filosofía del derecho como en la teoría constitucional, se ha revalidado el debate global sobre los derechos fundamentales.

Señala también, en su desarrollo, el mencionado autor que, los derechos fundamentales hacen parte integrante de la noción de Estado constitucional, entendido como aquel estadio en el que los derechos

subjetivos de los ciudadanos recobran su papel central en la sociedad, instituyéndose como un orden fundamental dentro del sistema jurídico. La noción de principios constitucionales se encuentra estrechamente ligada a la idea de los derechos fundamentales, ya que los últimos son expresados como normas jurídicas de principios y, dado que el sistema jurídico no se encuentra ya integrado sólo por reglas, sino también por principios, éstos marcan un paso trascendental en la concepción del Estado de derecho al Estado Constitucional de Derecho.

Luego del análisis de los principios dentro de la teoría de los derechos fundamentales, se tiene en cuenta el desarrollo de la concepción y aplicación de los principios dentro del ordenamiento jurídico, entre otros tratados iusfilosóficos que han sido de singular y medular importancia para este trabajo de investigación.

Entonces, empecemos con el desarrollo de los principios en la teoría de los derechos fundamentales apoyándonos en Bechara Llanos (2011).

### **2.1.1. Principios, Reglas y Derechos Fundamentales**

#### **A. El cambio de paradigma de reglas a principios**

En el campo de los principios, en cuanto a su aplicación, se debe tener en cuenta la diferencia entre éstos y las reglas, entendiendo a las reglas como normas jurídicas. Asimismo, se debe entender a las normas jurídicas, como aquellos mandatos que componen un complejo de posibilidades fácticas en la aplicación del derecho por sus operadores (ejemplo: aplicación

judicial). Esto quiere decir que, en la aplicación de las reglas, la medida real de concreción atiende a características de resultado y cumplimiento, a la condición de determinación, a la diversidad de grados y, como ya se dijo, a las posibilidades fácticas jurídicas al momento de la operatividad administrativa o judicial. (p. 64).

Desde esa perspectiva, es esencial en el campo de los principios el cambio de paradigma sustantivo que el operador jurídico venía aplicando en el derecho, ya que la teoría del derecho moderno establece herramientas en el uso de la argumentación jurídica, y en el caso especial de los principios, la ponderación. La decisión que se adopta cuando se tiene al frente la aplicabilidad o no de los principios exige un examen diferente a la fundamentación de la forma “todo o nada” en la justificación de los derechos como reglas. (p. 64).

En ese sentido, debemos entender a los principios y sus colisiones como colisiones de valores. Pero, si realizamos una comparación entre los unos y los otros, nos encontraríamos en la imposibilidad de establecer un orden jerárquico de valores, enfrentándonos a un dilema al no poder determinar un orden de principios, pues la Constitución no nos dice de manera expresa qué principio que lleve inmerso un derecho fundamental debe anteceder al otro. La razón filosófica fundamental es que el orden jerárquico se construye como un sistema integrado de

normas, reglas, valores, principios, directrices, precedentes. Y tratándose de derechos fundamentales no son excluyentes entre sí por sí solos, sino que el caso o la aplicabilidad concreta es la que determinará cuál debe prevalecer, y es por eso que justificamos la ponderación en la misión del Estado Constitucional. (p. 64).

En cuanto al cambio del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas, el positivismo señala que, según Aguiló Regla (2007), el modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas. Mientras que el

postpositivismo explica que, Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). (p. 669 - 670).

Es importante no mirar de lejos la precisión que realiza Aguiló Regla (2007) sobre la contrastación entre principios y reglas, así se debe entender que, los principios dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios. (pp. 669 - 670).

La precisión que hace el autor respecto de la relación que debe existir entre los principios y las reglas en un determinado caso concreto, donde se ha verificado que la regla es muy general y no se tiene claridad de ésta para su aplicación, es de vital importancia, puesto que, si no hay conducta típica abstracta plasmada a la que la conducta concreta o realizada pueda subsumirse, se tiene y se sabe que el rol de los principios en esa

circunstancia es orientar la aplicación de las reglas, para que a su aplicación, no afecte los derechos fundamentales. Podemos entender, entonces, que, los principios actúan, a veces, como protectores de los derechos fundamentales.

## **B. La confrontación de los principios**

Robert Alexy<sup>1</sup> plantea en su teoría de los derechos fundamentales que cuando dos principios entran en colisión, tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro, eso mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente. Es decir, a diferencia de las reglas que se aplican de la forma “todo o nada”, los principios constitucionales se pueden aplicar de manera diferencial a cada caso concreto, pues estos no pierden su validez jurídica al no ser aplicados cuando otro principio es empleado en la solución de la controversia. (p. 66)

Cuando se piensa en pesar principios, se debe tener en cuenta que la aplicación de una sometería a la vulneración de la otra, esto supone la aplicación del juicio de ponderación, como llama Alexy, en su teoría, la ley de ponderación. Claramente, hay un parecido con las reglas en su aplicación, a criterio propio, la

---

<sup>1</sup> Al respecto Robert Alexy habla sobre la colisión de principios en su teoría de los derechos fundamentales, en la ponderación de bienes jurídicos, estos como principios de derechos fundamentales. (Bechara Llanos, 2011).

diferencia más relevante entre los principios y las reglas es su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico.

### **C. La estructura de los principios en la ponderación**

Los derechos fundamentales al ser abstractos e indeterminados, constituyen el ejemplo más claro de principios en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, pues, que su estructura no es como la de las normas tradicionales del ordenamiento jurídico, sino que dependen de las posibilidades fácticas de optimización en el caso concreto. La ponderación, según Carlos Bernal, es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que juegan en sentido contrario. Entonces, el proceso de ponderar significa asignarle un peso<sup>2</sup> determinado a cada principio en el caso concreto, pues si no se realizara dicho procedimiento, ¿cómo se solucionarían las colisiones entre principios de derechos fundamentales consagrados positivamente en una constitución? Entraríamos en una indeterminación normativa o, en este caso, en una indeterminación de principios. (p. 67).

---

<sup>2</sup> Dworkin, citado por Bernal, determinó que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto. Ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. De esta manera, la ponderación se constituye en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional. En esto entra el papel fundamental de Tribunal Constitucional como aplicador y garante de los principios constitucionales, expresados en los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho. (Bechara Llanos, 2011, p. 67).

Hablando de principios es importante señalar lo que sostiene un autor español sobre las características de los principios:

Es posible establecer tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud de campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante, un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma. (Ruiz Ruiz, 2012, p. 147).

#### **D. El enunciado de preferencia en la aplicación de la ponderación**

Si bien la teoría de los principios construye un tipo de formalismo constitucional y de la consolidación de los derechos fundamentales como verdaderos mandatos de optimización, hace necesario encontrar un punto en donde el entendimiento de la Constitución, como un sistema de principios morales positivizados en una carta de derechos, y la interpretación del Tribunal Constitucional sea la más coherente y dinámica en el caso concreto, porque a la hora de darle una solución, las premisas juegan con sus pesos determinados en un mecanismo

procedimental objetivo, que no busca quitarle protagonismo a la discrecionalidad del juez. (Bechara Llanos, 2011, p. 68).

Si se infiere que la ponderación no es un procedimiento racional las objeciones contra ellas serían inapropiadas, pues como lo advierte Alexy, la ponderación no busca un decisionismo judicial, y es la formulación del enunciado de preferencia la que busca darle una solución a las colisiones a través de una relación condicionada de precedencia. Para que el postulado de la racionalidad de la ponderación arroje resultados positivos, el enunciado de preferencia deber ser condicionado; es decir, se debe establecer un carácter de fundamentación entre valores o principios contrapuestos. (Bechara Llanos, 2011, p .68).

#### **E. Fundamentación condicionada a las normas de derecho fundamental**

En la construcción de un argumento válido en la justificación racional del objeto ponderado, nace la necesidad de consolidar razones de tal peso que permitan una interpretación amplia en el marco de la fundamentación de conceptos que busquen la disolución de un conflicto entre principios. Esta interpretación va a mirar cómo se satisface, y el mayor grado de afectación de un principio, en la mayor importancia del otro que se sopesa. (Bechara Llanos, 2011, p. 68).

Se debe tener en cuenta a la hora de ponderar derechos fundamentales, la especial consideración en la importancia de

los principios. Claro está, el objeto de quien realiza el ejercicio de razonabilidad es determinar el alcance que el principio, consagrado en la carta política puede tomar en un caso concreto. Dándosele un uso a este y optimizando el derecho de colisión. Y es la ley de ponderación la que, a través de su método, nos va a permitir encontrar un resultado objetivo a la causa que se pretende dar solución. (Bechara Llanos, 2011, p. 68).

## **F. Estado Constitucional de Derecho**

Los pilares o cimientos de un Estado Constitucional de Derecho son las libertades, siendo estas individuales y colectivas. Lo que es más evidente es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales trazan los paradigmas o modelos de un Estado creado bajo aristas de libertad, orden y justicia social. Teniendo en cuenta estos criterios, el Estado constitucional<sup>3</sup> se inclina a ser imparcial, tomando un rol de puente o mediador entre la moral y el derecho. (p. 64).

---

<sup>3</sup> Como lo señala Alexy, el Estado Constitucional trata de conciliar la antigua y rígida relación entre la moral y el derecho. (Bechara Llanos, 2011, p. 64).

El paradigma de los principios constitucionales está íntimamente relacionado a la noción misma del Estado constitucional. Esto debido, principalmente, al modelo de reglas con el que se adjudicaba el derecho subsuntivo, del silogismo jurídico, el cual corresponde principalmente a la deducción. Esta concepción en los modelos de adjudicación e interpretación del derecho se debe principalmente al modelo del Estado de derecho, que en la idea del Estado constitucional toma una gran importancia en toda la ciencia jurídica la utilización de los principios constitucionales y con ellos la ponderación. (Bechara Llanos, 2011, p. 75).

Finalmente, los derechos fundamentales actúan como los orientadores de todo el sistema jurídico a los que ellos pertenezcan, debido a que no sólo estos, por gozar de criterios especiales conferidos por mandato expreso de la Constitución Política, deben ser vistos así, sino por el carácter de la textura abierta de las normas de principios y en las últimas a los derechos fundamentales en sí mismos. Estos no pueden ser limitados en su propia interpretación, ya que los derechos deben adecuarse a las mismas necesidades que recogen sus destinatarios principales, los ciudadanos, el pueblo como tal. (Bechara Llanos, 2011, p. 76).

### **2.1.2. Derrotabilidad**

Un análisis importante dentro de la filosofía del derecho en cuanto se refiere a la diferenciación de los principios con las reglas, en esta ocasión, además de desarrollar los postulados de Alexy, Bäcker (2014) establece a la derrotabilidad como una característica propia de las reglas, puesto que admiten excepciones en su aplicación, al contrario de los principios que no lo hacen y se gozan de inderrotabilidad. Así, Bäcker (2014), utiliza además de la argumentación jurídica algunos esquemas lógicos para hacer más entendible sus postulados iusfilosóficos.

#### **A. Derrotabilidad y reglas**

La derrotabilidad de las reglas se origina en la limitada capacidad humana de prever todas las circunstancias relevantes y, por

consiguiente, en la correspondiente deficiencia estructural de las reglas. Si las conclusiones de una regla se cumplen, entonces se sigue la conclusión, a menos que surjan excepciones, esto es, si a, entonces b, a menos que c. Debido a que no es posible concebir todas las excepciones, no es posible crear una regla sin excepciones. Por tanto, de acuerdo a los supuestos de Wang y de Hart, las normas jurídicas necesariamente tienen la capacidad para admitir excepciones. Define la derrotabilidad como la capacidad para dar cabida a las excepciones que no se pueden prever ni enumerar exhaustivamente en todos los casos futuros. (pp. 37 - 38).

## **B. Derrotabilidad y principios**

Bäcker (2014), afirma que los principios, al contrario de las reglas, no puede admitir excepciones, por cuanto se considera como parte de su estructura que todas las circunstancias en cuestión serán tenidas en cuenta cada vez que el principio se aplique. Y desarrolla la estructura de los principios, su diferencia con las reglas, y su linderrotabilidad:

### **a. Sobre la estructura de los principios**

De acuerdo con Alexy los principios son mandatos de optimización, y los mandatos de optimización son mandatos para optimizar mandatos a optimizar. (p. 38).

Esto conduce a la siguiente estructura de principios:

(P) OOpt(Op)

Siguiendo a Alexy, toda la formulación de P sería el mandato de optimización, esto es, OOpt(Op). OOpt sería el mandato para optimizar, en tanto Op sería el mandato a optimizar. El mandato a optimizar podría ser denominado objetivo de optimización. (p. 38).

No es realmente claro por qué el objetivo de optimización debe ser un mandato. Es muy posible, que la condición o el objetivo a optimizar sea una condición u objetivo que debe ser por sí mismo. Pero esto no quiere decir que necesariamente debe ser un mandato, sino que puede ser cualquier condición o cualquier otro objetivo. De esta manera, se llega a una expansión de la estructura conceptual. Por tanto, una posibilidad para la formulación de la estructura de los principios como mandatos de optimización podría ser: (P') OOptZ. (p. 38).

Esto significa: se ordenó (O) para que en la medida óptima (Opt) se cumpla el objetivo o condición (Z). Con P', la formulación es menos compleja que la formulación P en la cual Alexy distingue entre mandatos para optimizar y mandatos a optimizar. Considero que un mandato de un solo operador es suficiente para la formulación completa del mandato de optimización. (p. 39).

## **b. La diferencia entre reglas y principios: Optimización**

Con esta formulación, sin embargo, una diferenciación entre los principios como mandatos de optimización y reglas como mandatos definitivos resulta posible. Una regla como mandato definitivo sería: (R) Op. (p. 39).

Eso significa: «Se ordena (O) que se realice p». Un principio, como hemos visto, es: OOptZ. Esto es: «Se ordena que Z se alcance de forma óptima, lo que significa que se realice Z en la mayor medida posible». De esta manera, los principios en forma de P' se pueden definir como mandatos para realizar un objetivo de manera óptima. Esta caracterización concuerda perfectamente con la comprensión de los principios de Alexy. En palabras de Alexy: «Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas». (p. 39).

Si las reglas (Op) y principios (OOptZ) se comparan con atención a su estructura, la diferencia estructural entre ellas se hace evidente. Se encuentra en la implicación de Opt. Los principios siempre implican un mandato para optimizar, considerando que las reglas simplemente ordenan que algo debe ser realizado en determinadas condiciones. Así, el acto de optimización es característico de los principios: con el fin

de aplicar un principio, se debe, necesariamente, optimizar.  
(p. 39).

Optimizar significa realizar un objetivo en la mayor medida posible, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes. Sin embargo, si todas las circunstancias relevantes se tienen en cuenta, como lo demandan los principios, no puede haber ninguna excepción. No existe el «a menos que» en los principios. Por el contrario, cuando se aplican las normas no hay necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias relevantes. Si una condición se cumple, la conclusión se sigue. La condición de una regla es siempre un complejo conjunto más o menos coherente de las circunstancias en las que el resultado se sigue, no importa qué otras circunstancias puedan estar en juego. Por tanto, cuando se aplican las reglas la “condición a menos que” puede surgir de estas circunstancias que no son parte de la condición. La regla es, entonces, derrotada y por tanto debe revisarse. Un principio nunca debe ser revisado. (p. 39).

**c. Todas las circunstancias relevantes: Inderrotabilidad**

La noción “todas las circunstancias relevantes” apunta al hecho de que no conocemos todas las circunstancias, ni en el presente ni en el futuro. Por tanto, incluido en el concepto de optimización se encuentra el hecho de que no sabemos

todo. Debido a que no es posible concebir todas las circunstancias, es suficiente para la aplicación de los principios, esto es, para realizar un objetivo en la mayor medida posible, que tantas circunstancias como sea posible, que sean reconocidas como relevantes, sean tenidas en cuenta. Por tanto, la razón principal de la derrotabilidad de las reglas, la incapacidad humana para concebir todas las circunstancias que conduce al hecho de que no sabemos todo, es una de las condiciones estructurales para la aplicación de los principios. (p. 40).

En conjunto, se puede decir que hay tres tipos de circunstancias que deben tenerse en cuenta al aplicar los principios jurídicos a través de la optimización: (1) grado de conocimiento, (2) las posibilidades fácticas, (3) las posibilidades legales. A la luz de estos tres conjuntos de circunstancias, el objetivo del principio se ha de realizar en la mayor medida de lo posible. (p. 40).

Teniendo en cuenta esta idea, los principios no pueden tener excepciones, por todas las razones tenidas en cuenta contra la realización de los objetivos de un principio y que han de ser consideradas en la optimización todas las circunstancias relevantes conocidas. Por tanto, todas las razones posibles para el surgimiento de excepciones ya forman parte del procedimiento de optimización. Los principios, en otras

palabras, no pueden admitir excepciones, no son derrotables. (p. 40).

### **2.1.3. Tres momentos en el debate sobre los principios**

Otro gran postulado dentro de la filosofía del derecho, esta vez lo realiza el autor peruano Grández Castro (2016) en su obra el Ascenso de los principios en la práctica constitucional, del que nos damos cuenta que, la filosofía del derecho está presente en toda rama del derecho y no se encuentra aislada o encerrada por la teoría jurídica, sino que es parte del sistema jurídico dinámico. Grández Castro (2016) desarrolla una acertada reseña de los tres momentos en el debate de los principios así tenemos:

#### **A. La normatividad de los principios**

Una vez que somos conscientes que los principios están presentes en el sistema jurídico y operan como auténticas normas, incluso con capacidad para desplazar a reglas a reglas estrictas e indubitables, como señala Dworkin, comprobamos que estamos rodeados de ellos. (p. 24)

Un aspecto que quizá convenga dejar aquí anotado es que, desde Dworkin, la “revelación” de los principios se presenta con todas sus implicancias en los casos difíciles. Más aun, es posible afirmar que una mirada principialista a los casos casi siempre termina por convertirlos de “fáciles” en “difíciles”, de manera que quien solo ve casos fáciles o rutinarios, es probable que esté

asumiendo una mirada fragmentaria o incompleta de la vida del Derecho. (p. 24)

La verdadera dimensión del rol del derecho, en cuanto a las obligaciones que impone a ciudadanos y autoridades, no sería completa si no se observa el rol que cumplen los principios, especialmente en la forma de razonamiento de los tribunales. Como escribió Dworkin en su famoso artículo “análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas”. Dworkin es consciente que en el contexto en el que formula sus planteamientos, la discusión no es clara y hay actitudes frente a los principios que niegan su relevancia jurídica<sup>4</sup>. Al referirse a estas dos formas de contemplar los principios, una que lo asume como verdaderas normas y otra, en cambio, que ve en los principios el espacio de la discreción del juez, Dworkin concluye que sería inaceptable asumir que cuando los jueces, en el famoso caso *Riggs v. Palmer*, decidieron no permitir que el asesino se quedara con parte de la herencia que le dejó su víctima, actuaron en el marco de “su discreción judicial aplicado *ex post facto*”. (pp. 24-25)

---

<sup>4</sup> Un dato que resulta ilustrativo es que el propio Hart, incluso admitiendo como “un defecto” de su libro (The Concept of Law “El concepto del Derecho”. Oxford: Oxford University Press, 1961) el que los principios sean “tocados solo de pasada”, insiste en su *post criptum* que en realidad los principios, al tratarse de normas con mayor amplitud, generalidad y no especificidad, se configuran como una “variedad de reglas distintas”. Cfr. Hart, H. Post Criptum al concepto del Derecho, editado por Penélope A. Buloch y Josep Raz, trad. De Rolando Tamayo, México, UNAM, 2000, p.39.

Este sería precisamente el error central del positivismo: confundir lo que es una obligación del juez proveniente de los principios en cuanto normas con lo que es el ejercicio legítimo de su discrecionalidad (ejercicio, por lo demás, inevitable en un contexto en el que la interpretación asume un rol preponderante, como ocurre con la concepción del propio Dworkin). (p. 25)

## **B. La identidad de los principios**

Se han identificado hasta tres posturas o actitudes sobre la distinción entre reglas y principios. Una primera postura sostiene que entre reglas y principios existe una distinción disyuntiva o lógica, en la medida en que pueden establecerse diferencias claras o determinantes, ya sea lingüísticas, estructurales o funcionales, entre ambos tipos de normas. Una segunda postura sostiene que dicha separación es solo una distinción débil. Se trataría de una distinción de grado y, en algunos casos, ni siquiera sería factible establecer diferencias, en la medida que a partir de un mismo enunciado se pueden extraer respuestas concluyentes, o *prima facie*, dependiendo de los contextos y de la naturaleza de los actos. Finalmente, una tercera postura niega cualquier distinción, al punto que una teoría sobre las distinciones jugaría un papel nocivo en la idea misma del

derecho, que debe ser comprendida más bien como un sistema de normas vinculantes, esto es, de mandatos definitivos<sup>5</sup>. (p. 26)

En la Piezas del Derecho, Atienza y Ruiz Manero (2007), sostienen en punto de vista estructural. Esta estructura diferente se mostraría a la hora de encarar los casos: mientras que los principios configuran el caso de forma abierta, las reglas lo harían de forma cerrada, con lo cual “mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas”. De este modo, la distinción entre reglas y principios, se traslada a su capacidad para responder a los casos: en las reglas, con un mayor grado de determinación y, por tanto, con un margen menor de discrecionalidad; en los principios, en cambio, el tipo de indeterminación sería “más radical”, por tanto, contra las tesis centrales de Dworkin en este punto, la discreción sería mayor. (p. 27)

La propuesta de Alexy (1988), que es seguramente el autor que mayores resultados ha logrado a partir de las observaciones realizadas por Dworkin, entiende que el “núcleo” de la distinción entre reglas y principios se sitúa en la forma en que exigen ser cumplidos: mientras las reglas exigen cumplimiento pleno, los

---

<sup>5</sup> En el ámbito de los principios constitucionales, una postura que parece negar la distinción es la de Ferrajoli, para quien los derechos constitucionales son reglas que expresan mandatos definitivos y que, si se ponderan, no es porque sean “mandatos optimizables”, sino porque los supuestos de hecho son variados. La ponderación no incide de este modo en el ámbito de la estructura normativa, sino en todo caso en la necesidad de valoraciones respecto de los supuestos de hecho. (Ferrajoli, Un debate sobre principios constitucionales, 2014)

principios exigen ser “optimizados”. De este modo, la distinción es también categórica, pero no por algo que sea observable en la formulación de los enunciados, sino más bien por la forma en que interactúan con los casos. Mientras que las reglas ordenan algo en forma definitiva, los principios aceptan grados de su cumplimiento en cuanto “mandatos de optimización” que se caracterizan porque pueden ser cumplidos gradualmente y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. (p. 27)

La separación fuerte entre reglas y principios lleva, en el caso de Alexy, a establecer también una separación disyuntiva entre dos modelos de razonamiento. Mientras las reglas se aplican mediante silogismos subsuntivos, los principios exigirían ser optimizados mediante el mecanismo de la ponderación. La medida de los principios sería, de este modo, el test de proporcionalidad estructurado en tres sub test (adecuación, necesidad y ponderación) que permitirían por fin establecer relaciones de prelación o jerarquía entre principios en conflicto de forma “correcta” para cada caso. (p. 28-29).

### **C. Fundamentalidad: el ascenso de los principios**

Tras las dos guerra del siglo XX, el entonces presidente de la Corte Constitucional Italiana lo expresarían con elocuencia aun a riesgo de parecer poco riguroso: “Si el derecho actual está

compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”; con lo cual, la distinción entre reglas y principios supondría “a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley”. (p. 34)

A pesar de que no sea del todo exacta esta separación entre Ley y Constitución a partir de la estructura de sus enunciados, sí es verdad la superioridad normativa y con ello la subordinación de la ley a los principios. Los principios son el fundamento o la razón subyacente a las reglas, de modo que, en muchos casos en los que se discute la validez constitucional de las reglas, se trata con frecuencia de esta subordinación de la ley a los principios que hoy la juzgan desde un estrado más elevado. Si bien se puede afirmar que las distinciones nunca han sido del todo claras, en la medida en que no es a nivel de los enunciados donde haya que encontrarlas, debido a que el fenómeno normativo es al final una cuestión de interpretación o que la distinción, por lo que fuera, haya devenido ahora en “poco relevante”, lo cierto es, sin embargo, que esta irrelevancia de la distinción no opaca el gran protagonismo que han asumido los principios en el estado constitucional de derecho. (pp. 34-35)

La Constitucionalización de los derechos fundamentales en las constituciones de posguerra en Europa ha ayudado desde a este

proceso. La teoría hoy dominante suele considerar a los derechos como un conjunto de principios que merecen el más alto grado de protección jurídica y exigen al mismo tiempo máxima eficacia en el sistema de fuentes. Como bien ha descrito Alexy, los derechos fundamentales expresan en grado máximo su superioridad como derecho y constituyen parámetros de validez también para la ley. Su máxima eficacia, por otro lado, les otorga capacidad para enervar o proscribir cualquier contenido del derecho infraconstitucional que se les oponga, poniendo de manifiesto la importancia de su objeto de regulación. (p. 35).

Desde una perspectiva incluso escéptica respecto del fenómeno de la principalización de los sistemas jurídicos, Guastini (2011) ha escrito “describiendo” a los principios como normas que poseen dos caracteres relevantes: se trataría de normas fundamentales e indeterminadas a la vez. Fundamentales en dos sentidos: por un lado, fundamentan el resto del sistema jurídico y a su vez, como normas del más alto grado jerárquico, ya no requieren ser fundamentadas, en cuanto constituyen las “razones últimas” del sistema jurídico. (p. 36).

#### **2.1.4. La revisión de la teoría de las antinomias y de las lagunas impuesta por el constitucionalismo**

Es importante para la esta investigación tener en cuenta una de las precisiones más acertadas sobre antinomia, para ello nos

apoyaremos en la respuesta que Ferrajoli (2009) le da a Moreso (2009) en una obra que plasmaron juntos.

La cuestión anterior está relacionada con otra, que tiene una relevancia práctica mucho mayor, y sobre la cual Moreso ha manifestado su segunda discrepancia: la revisión que planteo, y que considero fundamental a efectos de comprender el paradigma constitucional y su valor garantista, de la teoría de las antinomias y de las lagunas. (p. 211)

Al igual que no considera una novedad, respecto del viejo estado legislativo de derecho, la divergencia estructural entre los diversos niveles normativos que en el estado constitucional genera la rigidez de las constituciones, Moreso tampoco ve la diferencia estructural entre las antinomias de normas de rango diferente respecto de antinomias de otro tipo (las que existen entre normas anteriores y posteriores, o entre normas generales y especiales) que en mi caso ni siquiera denomino “antinomias” para poner de relieve la diferencia. No es cierto, afirma él, lo que yo he mantenido muchas veces: que mientras el criterio jerárquico de solución de las antinomias entre normas de rango diferente es un criterio regulativo, y como tal, violable, el criterio cronológico y el de especialidad son constitutivos, y en cuanto tales inviolables; y que por consiguiente, mientras que las antinomias del primer tipo indican un “vicio” (de las normas producidas), es decir una “violación” (de las normas sobre su

producción), en las antinomias de segundo y tercer tipo no se da ningún vicio. (pp. 211-212)

Según Moreso, los tres criterios son igualmente regulativos respecto de los jueces e igualmente constitutivos frente al legislador. En primer lugar, argumenta Moreso, los tres criterios son normativos “para la aplicación del derecho y los tres, por lo tanto, pueden ser vulnerados por los jueces. Cuando un juez aplica una norma anterior ya derogada por una posterior viola el criterio cronológico, cuando aplica una norma general frente a la especial viola el de especialidad y cuando aplica una norma inferior frente a una superior viola el criterio jerárquico”. Ocurre que el vicio del que yo hablo no concierne a la aplicación de las normas sino a las normas mismas. Cuando digo que la antinomia de una norma inferior incorpora, en relación a la de grado superior, una violación de la misma (esto es, un vicio que bajo ningún concepto se puede detectar en la norma anterior y en la norma general, que han sido derogadas por la norma posterior y por la especial respectivamente) me refiero precisamente a la norma producida y no a su aplicación; a una violación cometida por el legislador y no ciertamente por los jueces. Quiero decir que, a diferencia de la norma anterior o de la norma general, la norma inferior está viciada; que la antinomia entre *lex inferior* y *lex superior* equivale (o está determinada o generada) por una violación de la segunda por parte de la primera; mientras que no puede decirse que la *lex anterior* sea una violación de la *lex posterior* ni que la *lex generalis* sea una violación de la *lex specialis*. (p. 213)

En segundo lugar, añade Moreso, estos tres criterios, considerados desde el punto de vista del legislador, son asimismo constitutivos: “cuando el legislador promulga una ley incompatible con una anterior esta última deviene inválida y cuando el legislador dicta una norma contraria a una superior la primera no adquiere validez”. Las cosas no son así. Cuando el legislador promulga una ley posterior que contrasta con una ley anterior, no tiene sentido decir que ésta última “queda invalidada” puesto que la misma deja de existir; a no ser que validez se entienda, utilizando el léxico de Kelsen, como sinónimo de existencia. En cambio, cuando el legislador promulga una norma contraria a una norma superior, no tiene sentido decir que la primera “no adquiere validez” puesto que entra en vigor y existe precisamente como norma inválida; a no ser que se le dé al concepto de “validez”, contrariamente al uso que se hizo en la primera hipótesis y según el léxico que yo propuse, un sentido diferente al de “existencia”. (pp. 213-214)

Por otra parte, la evidencia del carácter constitutivo de los criterios cronológico y de especialidad y del carácter regulativo del criterio jerárquico (inviolables los dos primeros y violable el tercero) es el hecho de que mientras la supremacía de la ley posterior sobre la anterior y de la ley especial sobre la general no requieren ningún acto de comprobación o de aplicación, la supremacía de la ley superior sobre la inferior requiere, al menos en los ordenamientos de tipo europeo, la expulsión de la segunda a través de una disposición específica de nulidad motivada por la comprobación de su

incoherencia con la primera. Y no sólo eso. Únicamente en este último caso hablamos de la norma cuestionada, antes de su anulación, como de una norma “inválida”, que ha violado la norma prevaleciente. Por el contrario, en los dos otros casos no hay nada “anterior” ni ninguna norma de los que se pueda predicar la invalidez: la *lex anterior* es válida además de vigente hasta que no deje de existir en razón de su abrogación tácita por parte de la *lex posterior*; la *lex generalis* sigue siendo válida con independencia de la aplicación de la *lex specialis* en los casos especiales previstos en la misma. (p. 214-215)

De esta manera, puede verse cómo la diferencia radical entre las antinomias generadas por la existencia de diversos niveles normativos y las vinculadas a la sucesión de normas en el tiempo y a la relación entre género y especie, consiste en que sólo en el primer caso podemos hablar de la ley inferior como de una violación (de la norma superior). En cambio, no diremos nunca, porque carecería de sentido, que la norma anterior o la general son “violaciones” o “vicios” en cualquier sentido que se quiera dar a estas palabras. Y en lo que atañe a esta diferencia, es totalmente irrelevante el diferente uso que Moreso, siguiendo a Hart, hace de la palabra “vicio”, que acarrea la “nulidad”, y de la palabra “violación”, a la que sigue una “sanción”. Al igual que la sanción, también la nulidad (o como prefiero denominarla, la anulación) de la ley inconstitucional no se produce (constitutivamente) con su promulgación, sino que depende (regulativamente) de un acto

jurisdiccional que comprueba su contraste o incoherencia y, por lo tanto, su violación o incumplimiento, como se prefiera llamarlo, de la constitución. (pp. 215-216)

En definitiva, el sistema de categorías que nos ha proporcionado el paleo – iuspositivismo (los conceptos de validez, de positividad, de antinomia, de nulidad, de derechos subjetivos) no supera la prueba de su aplicación en el paradigma constitucional. Contrastado con éste, carece de adecuada capacidad explicativa. No capta su complejidad estructural. Acaba por eliminar de nuestro horizonte teórico sus aspectos más innovadores y progresivos. Si no queremos incurrir en contradicciones y, a la vez, vaciar al constitucionalismo de su alcance garantista, el paleo-iuspositivismo debe ser radicalmente revisado. (p. 216)

## **2.2. Doctrinas, teorías jurídicas, conceptos relacionados con el problema de investigación**

### **2.2.1. Regulación jurídica de la familia**

A fin de entender eficazmente las instituciones familiares que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico peruano, y los derechos y deberes que se generan de éstos, es necesario realizar un despliegue conceptual de lo que significa la dignidad para toda persona humana, para ello, a continuación, dicho desarrollo.

## **A. La dignidad de la persona humana**

El artículo 1 del Capítulo 1 Derechos fundamentales de la persona, del Título 1 De la persona y de la sociedad de la Constitución del Perú de 1993, señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social. En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también, establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

Pero la dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dínamo de los derechos fundamentales. Por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida

a cabalidad en el marco de la teoría institucional. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

En una perspectiva institucional no abstencionista sino promotora de la persona humana, lo que se busca ya no es limitar y controlar al Estado y a la sociedad, sino, por el contrario, que promuevan o creen las condiciones jurídicas, políticas, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

Así, la dignidad humana encuentra en la clásica teoría institucional un entronque ineludible, en tanto constituye una manifestación del valor de la persona humana y de su libre desarrollo social. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico abierto, es decir que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos e instrumentales de interpretación. Esto quiere decir que la dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto. (Landa Arroyo, 2011, p. 11)

Lo que es una virtud para la dogmática, pero a su vez una dificultad para la jurisprudencia, por cuanto un mismo acto o decisión gubernamental puede ser considerado digno para unos ciudadanos e indigno para otros. Por ello, la cuestión de la interpretación constitucional de un caso sobre la violación o la

afectación o no de la dignidad de la persona es constitutiva no sólo del concepto, sino también del ejercicio legítimo del mismo. (Landa Arroyo, 2011, p. 11)

Por ello, si bien en principio se puede partir de una idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona, en la cual, se materializan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado, resulta más comprensible encontrar un concepto de dignidad de la persona humana, cuando se le viola por la actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad y de los particulares que produce positiva u omisivamente daño a los valores innatos de la persona humana, codificados en la conciencia jurídica y social. (Landa Arroyo, 2011, p. 11)

Siguiendo las tesis de Dworkin, se podría señalar que la cláusula de la dignidad opera también como un principio de fusión de los derechos humanos positivos y los derechos humanos morales iusnaturales, por cuanto la enumeración de los derechos fundamentales del artículo 3, Capítulo I del Título I de la Constitución peruana de 1993, no excluye los demás que la Constitución garantiza, incorporados en los tratados internacionales de derechos humanos y demás artículos constitucionales, ni otros derechos de naturaleza análoga o que

se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

La dignidad humana opera como una cláusula pétrea, es decir, aquella norma constitucional que expresa o tácitamente prohíbe su violación o incluso reforma constitucional, siendo también entendida como una cláusula constitucional intangible en tanto constituye el cimiento del edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene la legitimidad constitucional, lo cual plantea el problema no sólo de los límites materiales al ejercicio de los derechos de los particulares, sino también a la propia función constituyente. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

En efecto, la concepción y la defensa de la dignidad humana nos sumerge en un debate iusfilosófico, ético y político sobre la existencia de posibles ejercicios de derechos o de normas constitucionales – inconstitucionales. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

Más allá de cualquier duda sobre el concepto de la dignidad humana, el Estado tiene el derecho y el deber de garantizarla, incluso por grave que sea la afectación al orden jurídico y a la seguridad nacional. Por ello, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos sin

sujeción al derecho o a la moral, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana. Por el contrario, todos están obligados a actuar en función de la dignidad de la persona humana y con mayor responsabilidad pública; las autoridades, en virtud de lo cual es relevante elaborar las funciones constitucionales que se deben cumplir a través de la dignidad. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

La dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto, razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos. Por tanto, la dignidad al operar no sólo como un derecho individual sino también como un derecho objetivo, sirve de límite a los derechos fundamentales; lo que se traduce en el deber general de respetar los derechos ajenos y propios. (Landa Arroyo, 2011, p. 14)

La dignidad, al gozar junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requiere de la actuación del Estado para la protección y desarrollo que configure su doble carácter. En un sistema de valores se basa por excelencia en la dignidad humana, la misma que puede ser entendida en una doble perspectiva: desde una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de la dignidad; y desde una teoría relativa que busca otros valores y

bienes constitucionales que justifiquen limitar a la dignidad. En esa tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales se trata de ponderar a la dignidad humana con diversos bienes jurídicos, como el orden público, la seguridad nacional, la autonomía de la voluntad o la propiedad, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales. (Landa Arroyo, 2011, p. 14)

Si bien la Constitución no les otorgó un carácter constitutivo a los derechos sociales, sino tan sólo declarativo, en cambio sí supuso otorgarles validez y reconocimiento como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida que el Estado o incluso los terceros particulares, completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Ello supone, en términos institucionales, antes que plantear no sin conflictos la unidad del Derecho positivo y del Derecho natural, como señala Ermacora (1976, p. 249); postular la superación de los derechos positivo y natural, en función de la dignidad humana. (Landa Arroyo, 2011, p. 17)

En nuestra opinión, la dignidad humana cuenta con diversos matices dentro de la Ciencia del Derecho, pues ésta no es una disciplina acaba; la mayoría de los operadores del Derecho son receptores de las corrientes jurídicas y iusfilosóficas, y su mayor equivocación es darlas por sentadas y aplicarlas sin analizar su

viabilidad, razonabilidad, racionalidad, pertinencia, funcionalidad, proporcionalidad, entre otros factores que son importantes a la hora de aceptar las teorías jurídicas planteadas por pocos pensadores. Así, la dignidad podría tener un color iusfilosófico, por el que se la debe considerar como un principio y, si principio, derecho fundamental, pues, la teoría principialista es parte del Postpositivismo Jurídico, que ha planteado como base de esta teoría considerar a los derechos fundamentales como principios.

Sigo, la dignidad humana, dentro del plano jurídico, atendiendo a la normatividad (positivismo jurídico), es el bien jurídico inherente a la persona humana, fin supremo del Estado y la Sociedad. Atendiendo a la actividad jurisdiccional, la dignidad es considerada un derecho fundamental, pero finalmente, cumple la función de principio, pues, orienta el razonamiento de los magistrados a respetar los derechos fundamentales de las personas. Finalmente, atendiendo al iusnaturalismo, la dignidad podría ser la esencia misma del hombre, por el cual, éste resulta merecedor de derechos, privilegios, respeto y consideración.

#### **d. Noción**

Una excelente postura nos muestra (Eto Cruz, 2011), exmagistrado del Tribunal Constitucional, el cual, desde su perspectiva sostiene que, el análisis de la dignidad, debe constar primero determinando una definición, señalándolo

cómo se realiza y entendiéndola como un derecho fundamental.

Asumiendo el principio kantiano establecido en el artículo 1 de la Constitución, de que la persona es eje, centro y fin y desarrollando un concepto trascendental de la dignidad de la persona como guía para la realización de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales, no solo por el legislador o el Tribunal Constitucional, sino por todos los agentes del ordenamiento, el Tribunal ha construido diversas apreciaciones sobre la noción de la dignidad.

Una de estas nociones es señalada por Gonzáles Pérez (1986), el que establece, que la dignidad de la persona constituye uno de los valores superiores que el derecho positivo no puede desconocer, como no puede desconocer los derechos inherentes a la persona humana.

El Tribunal constitucional ha establecido definición de dignidad, conceptuándola como: un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del poder de Estado o se le dé un tratamiento instrumental. (p. 54).

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol del principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los

derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano. (STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, f. j. 6) (p. 55).

Asimismo, es preciso señalar los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional, en cuanto a la noción de dignidad, suponen su reconocimiento como principio fundamental, informador del sistema constitucional y sustento básico para la protección de los demás derechos fundamentales, estableciéndose como límite de arbitrariedad frente a la conducta estatal relacionada al trato de este tipo de derechos. Es por ello que el Tribunal ha afirmado que:

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada. (p. 55).

Bajo este principio, el Estado no solo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención – obligaciones de no hacer-, sino que deberá proporcionar a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones de hacer-<sup>6</sup>. (p. 55).

---

<sup>6</sup> STC Exp. N° 2016 – 2004 – PA/TC, ff. jj. 18 y 19.

#### **e. Su realización**

El Tribunal Constitucional<sup>7</sup> entiende que la realización de la dignidad humana constituye:

Una obligación jurídica, que no se satisface en el mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio, y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. (p. 55).

#### **f. La dignidad como derecho fundamental**

El Tribunal<sup>8</sup> ha dispuesto que la dignidad humana debe entenderse no solo como el sustrato ético-filosófico que sustenta y da sentido a los derechos fundamentales, sino que también debe comprender un reducto valorativo directamente invocable ante los tribunales; es decir, que se reconoce en la dignidad no solo su carácter de principio o valor, sino también de derecho fundamental directamente aplicable. (p. 55).

En ese sentido, el Tribunal ha establecido que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y

---

<sup>7</sup> STC Exp. N° 02273 – 2005 – HC/TC, ff. jj. 8 y 9.

<sup>8</sup> STC Exp. N° 2733-2005-PHC/TC, ff. jj. 8 y 9.

niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. (p. 56).

Solo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado Social y Democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.- ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el deber ser y el ser, garantizando la plena realización de cada ser humano. (p. 56).

Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista. (p. 56).

Este despliegue en múltiples direcciones inherentes a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que

es comprensiva enunciativamente en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinada por una diversidad de objetivos, tales como las garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido). (p. 56).

Una vez identificado este contenido práctico – objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres–, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el principio-derecho de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC Exp. N° 0050-2004-AI (acumulados), N° 0019-2005-PI/TC, N° 0030-2005-PI, N° 1417-2005-AA, N° 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisprudencial, etc.” (pp. 56 - 57).

**g. Consecuencias del doble carácter de la dignidad humana**

El Tribunal Constitucional desarrolla este doble carácter en la STC Exp. N° 2733-2005-PHC/TC.

Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. (p. 57).

Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos de encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de efectuar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos. (p. 58).

## **B. La Familia**

### **a. Generalidades**

(Hinostroza Minguez, 1999), desarrolla brevemente rasgos generales sobre el concepto familia.

La familia es el núcleo social unido por vínculos de sangre o emergente del matrimonio, que regularmente se halla sometido a una dirección única –padre, madre, abuelo, hermano mayor- y cuyos miembros hacen por lo general, vida permanentemente bajo un techo común. (Arias, 1952, p. 35). Citado por quien se menciona. (p. 11).

La familia, en sentido amplio, es el conjunto de personas, las mismas que tienen entre sí algún vínculo de parentesco. Quedan comprendidos así los ascendientes, descendientes, los parientes colaterales que descienden de un tronco común, tanto del marido como de la mujer. En consecuencia, la familia sería, en sentido amplio, la agrupación permanente de personas relacionadas por vínculos jurídicos que derivan de la relación intersexual y de la filiación. (p. 11).

La familia, en sentido restricto, es el núcleo paterno-filial: padre, madre e hijos. Es denominada familia conyugal o pequeña familia. (p. 11).

La familia, en sentido intermedio, es el grupo social conformado por todas las personas que habitan en una

vivienda, bajo la autoridad de una persona (generalmente el padre de familia – dueño de casa). (p. 11).

En cuanto al origen de la familia, hay una teoría matriarcal y otra patriarcal. Según la primera teoría, se afirma que hubo una época de promiscuidad sexual desde los inicios de la civilización, en la cual no se podía establecer la paternidad, siendo determinable solamente la maternidad. Por ello, la madre fue el centro y origen de la familia, considerándose el parentesco sólo por línea materna. Posteriormente, se sustituiría a la madre por el padre como centro de la familia. Esta teoría fue sostenida por Mac Lennan, Giraud-Teulan, Morgan, entre otros. (p. 12).

La teoría patriarcal afirma que desde el principio el padre fue el centro de la organización familiar y que el origen de la sociedad se produce por la unión de familias diversas, teniendo la protección y ejerciendo su autoridad el varón de mayor edad. Sus exponentes son Summer Maine, Starcke y Westermarck. (p. 12).

Sobre cuál de ellas se ajusta a la verdad, es difícil precisarlo. Lo cierto es que las primeras colectividades humanas serían la familia y el grupo de familias; posteriormente, surgiría el clan para después ir evolucionando a otras formas más desarrolladas de organización humana, hasta culminar en lo

que se conoce hoy como Estado. Esta sería la evolución del núcleo social como organización de las personas. (p. 12).

Pero, justamente, la evolución *strictu sensu* de la familia hace que se reduzca paulatinamente la extensión de la misma. De tal manera, se concibe primero el clan, la gran familia y la pequeña familia. (p. 12).

El clan era el conjunto de familias agrupadas bajo el mando de un jefe común. Constituía una agrupación social, política y económica. (p. 12).

La gran familia surge con el nacimiento del Estado, dejando de ser parte de la familia el poder político. El ejemplo más conocido es el de la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del paterfamilias, quien era el ascendiente común de todos aquellos que la conformaban. El paterfamilias ejercía un poder amplio sobre los miembros de la gran familia, era el dueño de todos los bienes, hacía de magistrado y de sacerdote. No sólo abarcaba la gran familia a los descendientes del citado jefe común, sino que comprendía además a sus esposas, clientes y esclavos. La mayor parte de las virtudes antiguas de Roma: la economía, la simplicidad, el amor al orden, la castidad y la fidelidad, tienen, precisamente, la relación más íntima con la vida doméstica; y la familia encuentra en esta última su causa

moral, su puesto de partida, su medio vivificante. (Ihering; citado por Arias, citado por Hinostroza Minguez, 1999, p. 13).

La pequeña familia subsiste hasta nuestros días. Es el núcleo paterno-filial actual. Se limita su unidad a sus funciones biológicas y espirituales. Su finalidad principal es la procreación de los hijos y la asistencia física y moral de sus miembros. (p. 13).

La familia es, pues, la agrupación natural de personas por excelencia. Sin embargo, este carácter natural admite otros tantos: psicológico, económico, religioso, ético y político. Es de por sí sabido que la vinculación biológica es la que ocupa el lugar preferencial, constituyendo el lazo más fuerte. (p. 13).

Además del carácter instintivo, natural, el ser humano manifiesta otros sentimientos de mayor profundidad como el amor al (o, a la) cónyuge, los ascendientes, descendientes, etc. Es el elemento espiritual el que prácticamente agrupa a los componentes de la familia. Dentro de un plano económico hay que decir que las necesidades de la familia dan lugar a una múltiple actividad económica para satisfacerlas. Los caracteres éticos y religiosos se vislumbraron desde un inicio. La familia antigua fue más que todo una agrupación religiosa. Hoy en día ha desaparecido dicho carácter, pero sigue presente su aspecto ético, no

obstante, la crisis por la que atraviesa la familia moderna. (p. 13).

Las autoridades y su organización propia hacen de la familia un pequeño Estado, imponiéndose así la ley del padre de familia a sus hijos y cónyuge. Lo expresado constituye su carácter político. Además, en cada parte del mundo es visible el nepotismo que existe en las esferas estatales, donde todo aquel que ocupa un cargo o una función pública busca conseguirles a sus familiares un puesto de trabajo dentro de su círculo. (p. 13).

Respecto a la naturaleza jurídica de la familia, se dice que constituye una persona jurídica. Sostiene esta teoría Savatier, Mazeaud, Jorge N. Williams, etc. Así, según esta posición, la personalidad moral o jurídica de la familia estaría dada por la existencia de derechos no patrimoniales como el nombre patronímico, los derechos de potestad, de ejercer la defensa jurídica de la familia, etc., y también patrimoniales: propiedad del bien familiar, la legítima, etc. (p. 13).

Cabe señalar sobre esta teoría que para que pueda ser la familia una persona jurídica debe tener capacidad para adquirir derechos y ser sujeto de obligaciones, lo cual no se da. Los supuestos de derechos patrimoniales y no patrimoniales únicamente son derechos subjetivos de las personas que integran el núcleo familiar. La familia no es el

titular de los derechos que integran el núcleo familiar. La familia no es el titular de los derechos sino sus componentes. Corroborando lo expresado por Belluscio dice que la familia no es una persona jurídica, pues le falta la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, que es la nota distintiva de la personalidad. (Belluscio, citado por Hinostroza Minguez, 1999, p. 14).

Continuando con la naturaleza jurídica de la familia se afirma que es un organismo jurídico y también que representa una institución. (p. 14).

La posición que considera a la familia como un organismo jurídico es sostenida por La cruz y Antonio Cicu. Según esta doctrina la familia sería el conjunto de personas agrupadas de manera natural y necesaria y que por tal razón acompaña al Estado, aunque es anterior y superior a él. Así, se trataría de un organismo jurídico en el cual no existen derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre las personas y subordinación de éstas a una finalidad superior con asignación de funciones ejercidas por aquellos miembros facultados por la ley para realizarlas. (p. 14).

Esta posición es rechazada especialmente por la comparación que se le hace a la familia con el Estado, lo cual produce la abstracción de la primera, donde los padres

se deshumanizan, lo cual desdice de la esencia misma del vínculo familiar. (p. 14).

Finalmente, tenemos la tesis que considera a la familia como una institución. Fue sostenida por Maurice Hauriou, George Renard, García Olano, entre otros. Según esta tesis la familia es la institución que se funda en la naturaleza y considerada como sistema de normas cuya finalidad es preservar la existencia y desarrollo de la comunidad de personas relacionadas por el vínculo matrimonial y la filiación. Dos fuentes principales dan origen a las relaciones de familia: el matrimonio y la filiación. De la segunda nace el parentesco consanguíneo y de su combinación con la primera, la afinidad. (Arias, citado por Hinostroza Minguez, 1999, p. 14).

La familia sería así, una institución de la que se sirve la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos, la transmisión de los bienes por herencia, etc. La posición que goza de mayor aceptación es precisamente la que considera a la familia como una institución: natural, social y jurídica. (p. 14).

## **b. Concepciones**

La significación etimológica de la palabra familia es dudosa. Para algunos, se deriva de la latina *fames*, hambre, y alude al hecho de que es en el seno del grupo doméstico donde el

hombre satisface sus necesidades primarias (Taparelli). Para otros (como De Morante), deriva de la voz *famulus*, siervo, y hace referencia al hecho de que la familia romana incluía a gentes de condición civil –esclavos, clientes– o a que los miembros de ella estaban servilmente sometidos a la autoridad del *pater*. (Cornejo Chávez, 1998, p. 17).

En todo caso, la significación puramente etimológica del término familia no basta para configurar precisamente su concepto. Este debe ser buscado más bien en la esencia psicológica o jurídica del fenómeno; dentro de este terreno es posible distinguir diversas acepciones del concepto que nos interesa:

1. Sociológicamente, la familia ha sido considerada como una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana (Aristóteles), definición que, no obstante, los términos aparentemente vagos en que está concebida, puede ser admitida como correcta.
2. Jurídicamente, la idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho. (p. 17).

En sentido amplio, la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad. Esta concepción, a la que se parece adherir Enneccerus (1981). Tiene una importancia relativamente

reducida en el derecho familiar pues no es a un círculo tan vasto de parientes y afines que hace alusión la mayor parte de las normas doctrinarias y legales, a menos que se le ponga, como en efecto hace el Derecho, límites restringidos en línea colateral; y porque, desde otro ángulo, ignora la situación de los convivientes no casados. (p. 18).

En sentido restringido, la familia puede ser entendida como:

1. Señala Planiol y Ripert, como el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo menores o incapaces). Por extensión se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear la cual puede restringirse aún más cuando los hijos conviven con uno de los padres.
2. La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y
3. La familia compuesta, establece Enneccerus (1981), que es la nuclear o la extendida más una o más personas que no tiene parentesco con el jefe de familia. (p. 18).

Desde el punto de vista jurídico-civil, la familia nuclear es aludida, aunque sin esta denominación, en casi todas las disposiciones del Derecho positivo nacional. En cuanto a la extendida, sólo la entiende, también sin apellidarla así, para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que

haya vida en común. En cuanto a la familia compuesta, no la toma en cuenta. (p. 18).

**c. La familia y sus caracteres**

(Hinostroza Minguez, 1999), nuevamente, entra a tallar con el desarrollo de las características de la familia.

**i. Es una institución que se basa en la naturaleza y que tiene la consistencia que le da el vínculo consanguíneo**

Forma una entidad autónoma, cuyas líneas y directrices fundamentales no son materia de alteración alguna por parte de la voluntad de los individuos. El hecho que en la actualidad constituya una institución de naturaleza privada (antiguamente significó también un grupo político) no impide la observación de las reglas del Derecho positivo destinadas a tutelar la vida social y con ella a la familia. (p. 15).

La familia es, ante todo, una institución social que la ética, la costumbre y la religión tratan de disciplinar cada cual por su cuenta e independientemente de lo que dispone el ordenamiento jurídico. (Messineo, citado por Hinostroza Minguez, 1999, p. 15).

## **ii. Está asentada en el matrimonio**

Esto no quiere decir que se desconozcan los lazos de sangre derivados de la filiación extramatrimonial, o que se ignore la unidad de la pareja concubina, ni que se reste importancia a estos dos vínculos afectivos; simplemente con el matrimonio se reúne firmemente a los miembros de la familia cual si fuera un círculo en que se apoya la colectividad entera. El matrimonio da fuerza y consistencia a la familia; y hace más rigurosa la exigencia de los deberes y derechos que nacen con él; lo propio no se da en la misma medida tratándose de uniones de hecho y filiación extramatrimonial (no obstante, respecto a la última, el Derecho considera iguales a todos los hijos, sin embargo, en la realidad humana situaciones como ésta pueden restar oportunidades a los hijos y ser causa de relegación de estos). (p. 15).

## **iii. Enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes**

El marido y la mujer, padres e hijos, conforman el elemento personas de la familia. Los demás parientes (por afinidad o por consanguinidad) forman parte de la familia en sentido amplio, pero no constituyen la familia propiamente dicha. Lo manifestado no obsta que la ley reconozca esa relación parental. Así es, el Derecho

recoge la misma para determinados efectos como los alimentos, la sucesión, tutela, etc. (p. 15).

**iv. Los lazos de autoridad matizados por el amor, comprensión y respeto**

Al igual que toda institución, la familia cuenta con un asiento de supremacía y orden, pero incluye éste sentimientos que son necesarios para su normal desenvolvimiento, como los que indicáramos anteriormente. En efecto, la pareja se debe amor y respeto entre sí, los padres y los hijos se deben sentimiento de ternura y actos de autoridad y obediencia, para lograr una buena educación y formación de los hijos. Más que deberse entre ellos tales sentimientos y comportamientos por imperio de la ley, se debe a obligaciones y facultades y deseos naturales, prácticamente instintivos y de mucha espiritualidad que sólo los seres humanos pueden experimentar. (p. 16).

**v. Porque satisface la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todos los aspectos de la vida**

Se trata de una sociedad plena que cubre toda la vida del hombre y posibilita el cumplimiento de los fines fundamentales de la vida. En ello se diferencia de las sociedades particulares como las religiosas, artísticas,

etc., que únicamente toman facetas aisladas de las personas. En la familia, en cambio, se ama la pareja, se procrea y educa a los hijos, se rinde culto a Dios, hay disciplina y se forman voluntades, se reparte a cada cual lo suyo, se trabaja, se satisfacen necesidades físicas y espirituales, es decir, reiteramos, abarca todos los aspectos de la vida. (p. 16).

#### **d. Estado de la familia**

El sitio asignado dentro de la organización familiar, determinado por la existencia de vínculos familiares y jurídicos, da lugar a un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos para la persona en razón justamente de su estado de familia. (p. 17).

(Hinostroza Minguez, 1999), desarrolla el estado de la familia y contempla que es un atributo de las personas de existencia innegable, que no puede separarse de ellas y, consecuentemente, inalienable e irrenunciable. La condición que se tienen dentro de la familia es permanente. No cabe, pues, renunciadas en ese sentido. (p. 17).

Como representa un atributo de la personalidad, incapaz de desprenderse de ésta, se caracteriza por su; i) universalidad; ii) unidad; iii) indivisibilidad; iv) oponibilidad; v) estabilidad; vi) inalienabilidad; viii) imprescriptibilidad. (p. 17).

### **i. Universalidad**

Porque el estado de familia comprende todas las relaciones jurídicas familiares, es decir, no se restringe a las relaciones paterno-filiales solamente, sino que abarca todas en general. (p. 17).

### **ii. Unidad**

Porque el estado de familia de un individuo reúne la totalidad de los vínculos jurídicos que lo ligan a otras personas, sin que haya distinción alguna por su origen matrimonial o extramatrimonial (máxime si en la actualidad se proclama la igualdad entre los hijos: artículo 6 de la Constitución de 1993). (p. 17).

### **iii. Indivisibilidad**

Porque el sujeto ostenta el mismo estado de familia erga omnes, o sea, frente a terceros. No puede darse el caso de tener un sujeto el estado de soltero para ciertas personas y de casado para otras. Sin embargo, en el Derecho Internacional Privado son frecuentes las situaciones en que un matrimonio perfectamente válido en un país y reconocido, por tanto, es rechazado por otro país debido a que lo prohíben sus normas internas (el caso más común es el del sistema monogámico del matrimonio que no tolera el matrimonio poligámico, así

provenga de otros países en que sí es permitido). Se desprende de esto una dualidad de estados de familia: casado (para el país que reconoce el matrimonio) y soltero (para el país que rechaza la unión matrimonial realizada). (p. 17).

#### **iv. Oponibilidad**

Porque el estado de familia puede ser oponible a terceros, y admite la vía judicial para hacer valer, especialmente si se trata del ejercicio de los derechos que de dicho estado de familia se deriven, al haber alguien que pretenda desconocerlos. (p. 17).

#### **v. Estabilidad**

Porque debe haber un cierto grado de permanencia, aunque esto no quiere decir que el estado de familia sea inmutable: puede sufrir variación. Por ejemplo: el estado de casado puede convertirse en el de divorciado (mediante la correspondiente declaración judicial), el estado de hijo puede terminar (si judicialmente es declarada fundada la demanda de contestación de la paternidad), etc. (p. 18.)

#### **vi. Inalienabilidad**

Porque la persona que ostenta el estado de familia no puede disponer del mismo ya que dicho estado no puede

constituir un simple objeto de una relación jurídica patrimonial cualquiera. Es decir, no puede experimentar alteraciones por voluntad del titular (distintos son los casos de divorcio o de contestación de la paternidad) ni es susceptible de cesión, transmisión o renuncia por parte de quien goza del atributo del estado de familia. en consecuencia, la prohibición de negociar sobre tal estado se extiende a su vez a los distintos derechos que son consecuencia de ese estado, haciendo que sean a su vez indisponibles por el titular. Sin embargo, es posible negociar y renunciar ciertos derechos de carácter patrimonial que derivan del estado de familia como, por ejemplo, la renuncia que se hace a la herencia del causante con quien se encuentra en relación de parentesco, la venta que se hace de un bien propio, etc. (p. 18).

#### **vii. Imprescriptibilidad**

Porque el estado de familia no prescribe. El sólo transcurso del tiempo no modifica de modo algún a aquél, así como tampoco el derecho a pedir que se le asigne la ubicación correspondiente dentro del seno familiar, es decir, que se le otorgue precisamente el estado de familia. La imprescriptibilidad no entra en pugna con la caducidad de las acciones de estado (como la contestación de la

paternidad matrimonial) que busca justamente consolidar el estado de familia. (p. 18).

#### **e. El modelo constitucional de familia**

(Plácido Vilcachagua, 2005), señala que la Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado, son: la generación y la convivencia de parejas heterosexuales. (p. 334).

#### **i. La Generación**

La simple lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto; manifestándose, además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos. (p. 334).

La noción constitucional de familia no alude pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el

compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. Todo intento de "ensanchar" lo familiar a vínculos no relacionados con la generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan, principalmente para los progenitores (aunque puedan prolongarse esas obligaciones con diversa intensidad por los vínculos de parentesco), debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4. (p. 334).

O'Donnell (1989), explica que 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 Humanos, consagrado por el artículo 16 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17 de la Convención Americana. (p. 335).

## **ii. La convivencia de parejas heterosexuales**

La redacción del artículo 4 solo se justifica sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio. Pero ello no significa que exista una plena identificación entre el concepto de familia y el de familia "matrimonial". Ciertamente no es así, desde que la ratio de los artículos 4, que reconoce los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio, y 5 que, admite el principio de amparo a las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial, es sobre todo positiva: proteger a la única familia que la constitución considera tal, sin considerar su base de constitución legal o de hecho; prefiriendo el matrimonio antes que a otras unidades convivenciales. (p. 335).

Debe advertirse que en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema universal existe una esencial vinculación entre familia y matrimonio. Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 configura como objeto del mismo derecho fundamental el casarse y fundar una familia, y este derecho es el único que en el conjunto de la Declaración se atribuye explícitamente a los hombres y las mujeres y con la precisión de que solo a partir de la

edad núbil, lo que constituye una evidente condición de capacidad física bien precisa que solo se justifica en razón de la unión sexual con la consiguiente función esencial generativa reconocida al ejercicio de ese derecho en su doble dimensión. La referencia al matrimonio se hace además cuatro veces explícita en este artículo de la Declaración Universal dedicado a la familia: los que se casen disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio, y solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. (p. 335).

Así, la unión inescindible entre matrimonio y familia es evidente en la Declaración Universal. Hay en ella un diseño, un modelo único básico de familia: la basada en la generación matrimonial o producida en el matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa. (p. 336).

### **2.2.2. La Patria Potestad**

Cabe señalar que es importante indicar los antecedentes de la patria potestad, así como sus concepciones, características, derechos y deberes de los padres hacia los hijos y viceversa, y las formas de limitación de la patria potestad. Para ello tendremos en cuenta a Cornejo Chávez (1998), Hinostroza Mínguez (1999), Peralta Andía

(2002), Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta (2002) y Canales Torres (2014).

#### **A. Antecedentes**

Peralta Andía (2002), sostiene que su origen se halla en el Derecho antiguo, particularmente en Roma donde la patria potestad es conocida como un *officium* en interés del *filius*. En esta época el *pater familias* llegó a detentar derechos absolutos sobre sus hijos, es ese modo tenía aquél un poder de vida y muerte sobre aquéllos, por lo tanto, podía condenarlos en justicia privada, disponer de sus bienes y también sucederlos.

Durante el Derecho medieval, la patria potestad en la antigua legislación española modelaba sobre las instituciones romanas, implicaba poderes casi absolutos del padre, ya que permitía no solo el alquiler de los hijos sino también su venta en casos de extrema pobreza. (Peralta Andía, 2002)

En el derecho moderno se pone mayor acento en los deberes que en los derechos del padre, caracterizándose por una marcada tendencia de intervencionismo estatal en la vida íntima de la familia. (Peralta Andía, 2002)

Fue con la Revolución Francesa que se abolió tal como se la concibiera en el Derecho Romano; el Código de Napoleón, no obstante, de haber considerado que la patria potestad constituía

una institución de protección en favor del hijo. (Peralta Andía, 2002)

La patria potestad es una institución principal de amparo familiar pensada básicamente en el cuidado de la persona y bienes de los sujetos con incapacidad de ejercicio por edad. Así pues, los primeros llamados a cumplir esta labor no son otros que los padres del menor de edad. Actualmente, esta institución no implica una relación de familia vertical (padre  $\updownarrow$  hijo) sino una relación de familia horizontal (padre  $\leftrightarrow$  hijo) en la que tanto uno como otro tienen derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir. Se toma en cuenta los intereses del hijo por sobre las atribuciones del padre. Su finalidad es permitir que los progenitores busquen y logren el desarrollo integral de sus hijos. (Canales Torres, 2014, p. 7)

La mayor parte del contenido de la relación paterno filial, según criterio de Díez-Picazo y Gullón (1990), se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad, no obstante, sería inexacto identificar el contenido de la relación paterno filial con el régimen jurídico de la patria potestad, pues la primera existe desde que la filiación queda determinada mientras que la segunda es un plus que se le superpone en la fase de la menor edad de los hijos. Por lo que se afirma que puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no corresponda a la patria

potestad, tal es el caso de haberse privado de la misma o que los hijos hayan alcanzado la mayoría. (p. 284).

## **B. Definiciones**

Terminológicamente, patria potestad significa, poder del padre. Significado enteramente distinto al del actual, aun cuando, la doctrina y las mismas leyes siguen usándolo. Obviamente, el poder del padre ha sido superado, puesto que, no sólo es poder de éste e inherente a él, sino también de la madre. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002)

La patria potestad adviene del latín potestad o patria potestad, que viene a ser el poder unitario del pater familias sobre los hijos. Las Partidas la definen como el poder o señorío de los padres sobre los hijos o como un compendio de derechos sin deberes. (Peralta Andía, 2002, p. 462)

El tratadista francés Josserand expresa que “La patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipado, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos”. Esta concepción responde al criterio imperante de épocas pasadas, donde los hijos no gozaban de derechos frente a los padres, contrariamente, a la patria potestad era el poder de éstos sobre los hijos y sus bienes. (Peralta Andía, 2002, 462)

Pero, los conceptos cambian entendiendo las transformaciones de la vida en sociedad, por eso, señala Díez-Picazo citando a Messineo, que la patria potestad es “el conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores de proteger, educar e instruir a los hijos menores de edad en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente falta de capacidad de obrar”. (Peralta Andía, 2002, p. 462)

En consecuencia, nosotros consideramos que la patria potestad es otra institución importante del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos menores, para su protección y formación integral desde la concepción hasta que alcancen mayoría de edad. (Peralta Andía, 2002)

La patria potestad, vendría a ser el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres, sobre la persona de los hijos no mayores, ni emancipados, como un medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole, función ésta, altamente delicada, impuesta por la misma naturaleza y por las leyes, para atender las múltiples necesidades de los hijos. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002)

Señala Peralta Andía (2002), que no está de acuerdo con la denominación que el Código Civil peruano, que para él la desnaturaliza, debiéndose asignarle el nombre de deberes y derechos de los padres o por la de deberes y derechos paterno-filiales. Ríos Sarmiento, después de afirmar, que la única patria potestad que ha existido a través de la historia ha sido la romana, aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a las relaciones del padre con el hijo, no es verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistida de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquéllas. En substancia, esto que llamamos hoy patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad.

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante la cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad. (Canales Torres, 2014, p. 9)

Aguilar Llanos (2008) establece que, la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos. Este concepto pretende abarcar no solo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue

la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que, al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas.

### **C. Naturaleza jurídica**

Se refiere a su verdadero contenido, vale decir a su esencia, a su configuración íntima, donde la patria potestad ya no es un derecho, sino un deber y más que deber una función, del más alto valor, porque está dirigida a un fin nobilísimo, cual es la protección y guía de un ser humano, incapacitado para protegerse y valerse por sí mismo. Es pues un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio, encomendado a los progenitores, de protección al hijo. Pero, por otro lado, cuando se le considera fuera de las relaciones familiares, o sea en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002)

La patria potestad ha de configurarse como un derecho – deber, es decir una actividad compleja, en la que predomina el deber, en un todo propio del derecho público y extraño al derecho privado, asimilándola a entes públicos menores, en vista de que su fin principal está representado por el mantenimiento, la

educación, la instrucción y la asistencia de sus miembros incapaces o que no están en condición de hacerlo por sí mismos.

En la patria potestad, así como acontece en las relaciones entre Estado soberano y el ciudadano súbdito, la posibilidad de una relación jurídica entre padres e hijos la proporciona el hecho de que la tutela del interés del segundo, elevado a interés superior de la familia, se consigna por medio del contralor, ejercitado sobre quien desenvuelve el poder. La patria potestad es un deber al que corresponde un derecho, del hijo, pues la garantía del cumplimiento del deber, se obtiene confiado, a personas distintas al hijo, tales como los parientes y el ministerio público, la tarea de vigilar y controlar la actuación del progenitor. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002)

#### **D. Características**

Desarrolla Canales Torres (2014, pp. 12-14) que, la patria potestad es de orden público y como tal tiene las siguientes características:

##### **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 adolescente se encuentra

priorizado entre los fines de la patria potestad. “Que, la Patria Potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y no pueden ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres, precisamente, porque constituye, fundamentalmente, el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres”.

**b. Es un poder-deber 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.

**c. 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.

**d. Es una relación jurídica plural de familia**

No es un derecho exclusivo de los padres, a pesar que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación a sus hijos menores.

**e. Se ejerce en relaciones de familias directas o inmediatas de parentesco**

La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo.

**f. Es una relación de autoridad de los padres**

Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos.

**g. Es intransmisible**

La patria potestad, reconocida por la legislación, así como por la doctrina en razón de la paternidad, es intransmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como de **indisponibilidad** o **inalienabilidad**, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son de orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte. Los padres delegan, no obstante, el derecho y la obligación de educar y controlar al hijo, cuando lo internan en un colegio.

**h. Es imprescriptible**

No se pierde por la prescripción; sin embargo, puede decaer o extinguirse.

**i. Es temporal, no perpetua**

La patria potestad puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad.

**j. Es irrenunciable**

De motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico.

**k. Es incompatible con la tutela**

No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad. No obstante, con la curatela la patria potestad sí tiene compatibilidad.

**l. Es relativa**

No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley.

**m. Es indisponible**

Porque no está en el comercio jurídico.

**E. Objetivo**

En esta parte del desarrollo de la patria potestad nos apoyamos en el análisis que ha realizado Canales Torres (2014) sobre dicha institución:

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades; por ello, Cornejo Chávez afirma que se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que “no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad”. Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integridad de la vida de los hijos, sea sicosomática (por ejemplo: salud), social (como el recreo) o patrimonial (pecuniaria). (p. 14)

La patria potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar. En otras palabras, la patria potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia. (p. 14)

De acuerdo a la estructura del Derecho Familiar moderno, la patria potestad se ejerce en interés de la familia (en general) y de la sociedad; antiguamente, solo era en beneficio directo del hijo (lo que perduró hasta hace poco) o exclusivo del padre (como sucedió en Roma). Actualmente se tiene en cuenta el interés del grupo familiar ya que es en la familia y por ella que se busca el desarrollo integral de la persona. (p. 15)

En este orden de ideas, la patria potestad es una institución de necesidad natural pues el ser humano, requiere desde su infancia que lo críen, lo eduquen, amparen y defiendan, guarden y cuiden de sus intereses, en suma, que tengan la regencia de su persona y sus bienes, siendo los padres las personas indicadas para esta misión y que califica como una situación jurídica peculiar pues es una facultad y una necesidad. (p. 15)

**F. Deberes y derechos de los padres por la patria potestad regulados en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes**

El Código Civil peruano (Poder Ejecutivo, 1984) establece sobre los deberes y derechos que nacen de la Patria Potestad:

**Artículo 423**

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos (Derogado).
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.

5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

El Código de los Niños y Adolescentes, (Congreso de la República del Perú, 2000) estipulan en cuanto a los derechos y deberes de los padres respecto de los hijos:

#### **Artículo 74**

##### **Deberes y derechos de los padres**

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;

- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y,
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.

Asimismo, son deberes de los niños y adolescentes:

#### **Artículo 24**

##### **Deberes**

Son deberes de los niños y adolescentes:

- a) Respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes;
- b) Estudiar satisfactoriamente;
- c) Cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad;

- d) Prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad; e)  
Respetar la propiedad pública y privada;
- f) Conservar el medio ambiente;
- g) Cuidar su salud personal;
- h) No consumir sustancias psicotrópicas;
- i) Respetar las ideas y los derechos de los demás, así como las  
creencias religiosas distintas de las suyas; y,
- j) Respetar a la Patria, sus leyes, símbolos y héroes

## **G. Límites de la Patria Potestad en el Código Civil**

Respecto a la vigencia de la patria potestad, el Código Civil regula tres en que éste sufre limitaciones, a saber: i) pérdida, ii) privación y iii) suspensión.

### **a. Pérdida de la patria potestad**

Se pierde según lo preceptuado en el artículo 462 del Código Civil, por lo siguiente: cuando se condena a quien estuvo ejerciendo precisamente a pena consistente en su pérdida; cuando se abandona al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de dicho plazo. (Poder Ejecutivo, 1984)

## **b. Privación de la patria potestad**

Señala el artículo 463 del Código Civil que los padres pueden ser privados de la patria potestad: por impartir órdenes, consejos, ejemplos corruptos o empujar a la mendicidad a sus hijos; por tratarlos con excesiva dureza; y por no prestarle alimentos. (Poder Ejecutivo, 1984)

## **c. Suspensión de la patria potestad**

La suspensión de la patria potestad parece referirse a la situación que tiene el progenitor cuando no ha sido privado de la patria potestad (su titularidad) pero carece legalmente de su ejercicio. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002)

En relación a lo establecido por el artículo 466 del código civil, se suspende la patria potestad: por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil; por la ausencia del padre o de la madre, declarada judicialmente, por comprobarse que se hallan impedidos de hecho para ejercer el padre o la madre ;y por separación de cuerpos obtenida por causal específica (ya que al quedar uno de los padres en el ejercicio de la patria potestad, el otro queda suspendido en su ejercicio según el artículo 340 del Código Civil. (Poder Ejecutivo, 1984)

El artículo 469 establece que los efectos de la pérdida, la privación, la limitación y la suspensión de la patria potestad

se extenderán a los hijos nacidos después que haya sido declarada.

Algunos criterios jurisprudenciales relacionados con la suspensión de la patria potestad son los siguientes:

Que la suspensión de la patria potestad es una sanción para los progenitores que no cumplen con las obligaciones establecidas en la ley, en desmedro del bienestar de los hijos, configurando la negativa a prestar alimentos una causal para determinación a tenor de lo establecido en el artículo 83 inciso g) del Código de los Niños y Adolescentes; Que de la documentación de fojas tres a fojas trece, fojas quince a fojas diecinueve, la actora ha demostrado que ella solventa los gastos de su menor hija tanto en materia de educación como en sus necesidades primordiales pero ello no constituye prueba suficiente que permita afirmar que el demandado se haya negado a prestar alimentos, como acto intencional o doloso, el que debe ser acreditado. (Expediente N° 364-98- Corte Superior de Lima citado por Canales Torres, 2014, p. 104).

#### **H. Límites de la Patria Potestad en el Código de los Niños y los Adolescentes**

(Peralta Andía, 2002), señala que el sistema del Código Civil con respecto a las restricciones se refiere a la pérdida (artículo 462), privación (artículo 464) de la patria potestad, de acuerdo a la magnitud de los incumplimientos, esto es, cuando éstos resultan muy graves o leves; pero el Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, derogando al sistema del Código Civil, reúne todas las causales previstas en el artículo 75 para cada uno de los supuestos mencionados, bajo el título de suspensión de la patria potestad. (p. 488).

Así la Patria Potestad se suspende según el mencionado Código:

## **Artículo 75**

### **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;
- 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.

## **2.2.3. El Interés Superior del Niño y la igualdad de derechos entre hijos**

### **A. El Interés Superior del Niño**

#### **a. Aspectos Generales**

Para el desarrollo de este trabajo de investigación, es de suma necesidad analizar al Interés Superior del Niño,

atendiendo a que la patria potestad representa un derecho para los hijos, de gozar de privilegios que, los padres se obligan a ofrecerlos. (Montoya Chávez, 2007), establece algunas precisiones en cuanto al Interés superior del niño, el cual, tendremos en cuenta ya que lo desarrolla haciendo hincapié en lo establecido en el artículo 4 de la Constitución.

El sustento *ius* naturalista orientador del cuidado de la infancia debe necesariamente proyectarse en el derecho positivo para proteger efectivamente a la minoridad. El principio fundamental de la moralidad inserto en esta salvaguardia ha de ser la justicia. La base normativa que brinde cobijo a los niños y adolescentes ha de ser amplia y debe ser interpretada en incentivo del principal sujeto a cuyo favor existen, tal como se busca hacer respecto al artículo 4 de la Constitución. (Montoya Chávez, 2007)

En razón a ello, el niño o el adolescente, por su especial situación y por encontrarse en una posición de desventaja respecto de los llamados a velar por su protección, debe contar con una legislación y una situación acorde con sus necesidades que, a su vez, requieren un ejercicio pleno de los derechos que la Constitución le ofrece. En tal sentido, es imprescindible que esta renovada propuesta de índole doctrinaria (propuesta jurídica), reconocida constitucionalmente (una exigencia real), no solo se queda

únicamente en un ámbito negativo, sino que avanza hacia una apertura activa (de la protección a la promoción). Sólo de esta manera el interés superior del niño y del adolescente será efectivo para un oportuno tratamiento del artículo 4; en caso contrario, solo será un mecanismo ineficiente más de protección de derechos. (Montoya Chávez, 2007)

Para que los niños y adolescentes sean protegidos convenientemente, en la historia reciente del Derecho, se ha llegado a variar la óptica privada que se tenía, para dar paso a una perspectiva pública, según la cual posee intereses amparados jurídicamente por el Estado, y también por la comunidad. En este marco, se ha venido a entender por interés superior todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. (Plácido V., 1997)

**b. Marco doctrinal, constitucional-legal y jurisprudencial**

En la doctrina peruana, ha sido (Varsi Rospligliosi, 2008), quien, con relación al derecho a mantener las relaciones familiares en caso de niñas, niños y adolescentes, ha señalado que dicho derecho al que él llama derecho de relación, es el 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. De este modo, indica que el fundamento de dicho derecho es la necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar, así como proteger los afectos, siendo sus principales beneficiarios los niños. Asimismo, en cuanto a su finalidad, el autor citado menciona que lograr la comunicación con el hijo constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo, por lo que debe asegurarse, promoverse y facilitarse dicho contacto.

Desarrolla (Caballero Pinto, 2013), a nivel constitucional y legal, el derecho de los niños y adolescentes a mantener las relaciones familiares está reconocido y garantizado en los siguientes instrumentos jurídicos:

**c. Convención sobre los Derechos del Niño**

La convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado peruano, establece en su artículo 9 inciso 3 siguiente:

Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

**d. Código Civil**

El Código Civil en su artículo 422 dispone lo siguiente:

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.

#### **e. Código de los Niños y Adolescentes**

El código de los Niños y Adolescentes (Congreso de la República del Perú, 2000) reconoce el derecho al mantenimiento de las relaciones familiares bajo denominación de derecho de visitas, estableciendo además una vía procedimental específica para hacer efectivo su ejercicio, siendo sus principales disposiciones las siguientes:

##### **Artículo 88**

Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

##### **Artículo 90**

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 terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique.

A nivel jurisprudencial, el impedimento o limitación de las relaciones familiares en caso de niñas, niños y adolescentes ha sido entendido por el Tribunal Constitucional como un acto lesivo de los derechos a tener una familia, y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad, más que un atentado directo al derecho a mantener las relaciones familiares. (p. 28).

Así, tenemos que en la STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, el Tribunal Constitucional indicó que el progenitor emplazado, al impedir que sus menores hijos vean y mantengan contacto directo con su madre, habría vulnerado los derechos a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Sustenta esta decisión al señalar que la eficacia de estos derechos 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; además, señala que la unidad y estabilidad familiar son indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. (p. 29).

Sin embargo, esto último 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 si 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. (p. 29).

De igual modo, señaló 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, pero ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. (p. 29).

#### **f. Desarrollado por Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional [STC Exp. 02132-2008-PA/TC] ha precisado que el principio de constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental, en cuanto establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido por la

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada convención se publicó en Separata Especial N° 25302 del 22 de noviembre de 1990 y publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente internacional la difusión de la Convención sobre los Derechos del Niño. (STC Exp. N° 04058-2012-PA/TC, f. 14).

Ahondando en el ello, mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 06165-2005-HC/TC, este Tribunal reconoció que: La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Quiroz Frías, 2017, pp. 184-185).

De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña, y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose, por tanto, en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales. (Quiroz Frías, 2017, pp. 184-185).

## **B. La igualdad de derechos entre hijos**

Es necesario el tratamiento de este principio – derecho que establece nuestra carta fundamental en el artículo 6, tercer párrafo, y asimismo se debe indicar que guarda estrecha relación con lo que estipula la Declaración de los Derechos del Niño en su artículo 7. Se tendrá en cuenta la doctrina desarrollada por (Plácido V., 1997) en su obra “Ensayos Sobre Derecho de Familia”.

El principio de igualdad de categorías de filiación, plasmado en las Constituciones de 1979 y 1993, significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En consecuencia, los perjuicios que sustentaba la desigualdad de

trato entre los hijos en la legislación anterior, desaparecieron a partir del 28 de julio de 1980 en nuestro sistema jurídico, al contemplarse con rango constitucional una norma con autonomía en su aplicación. Ahora los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley. (Plácido V., 1997)

Pero, para poder cumplir con los derechos y deberes que corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quiénes son los padres. Este último derecho resultaba comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona: la identidad en las relaciones familiares. Sin embargo, fue regulado en forma expresa en el numeral 1 del artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Niño, que recoge toda la gama de derechos humanos para los niños y adolescentes, el cual refiere literalmente: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, a un hombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. (XIV Asamblea General de la ONU, 1959).

El origen del reconocimiento legislativo del derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos se origina, de manera coincidente, tanto en nuestro derecho interno como en el derecho internacional, en el año 1978. Así, en ese año se instaló la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1979, incorporándose en nuestro derecho positivo, el principio de

igualdad en las relaciones de categorías de filiación y el derecho de la persona a su identidad en las relaciones familiares. De otra parte, la iniciativa de elaborar una Convención sobre los Derechos del Niño fue presentada a la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1978 por Polonia, que pretendió que la aprobación de la Convención coincidiera con la celebración del Año Internacional del Niño, en 1979. No obstante, recién el 20 de noviembre de 1989 se aprobó por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278. (Plácido V., 1997)

Como se observa, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos constituye un derecho fundamental del niño, que se sustenta en el reconocimiento de que el infante, 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 *intuito personae*, resultando, por tanto, irrenunciable e imprescriptible. (Plácido V., 1997)

## CAPÍTULO III

### CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

#### **3.1. La contraposición al fin de la sociedad y el Estado de proteger a la familia**

Entender a la protección de la familia como un principio base de nuestro ordenamiento jurídico, no resulta tan difícil, puesto que, este principio se encuentra consagrado como tal, en el artículo 4 de la Constitución, cuando se señala que: “El Estado y la comunidad, también protegen a la familia”, haciendo referencia al Estado y a la sociedad, como los llamados a cumplir con este mandato constitucional. Por su parte, el Estado, creando normas, programas o cualquier mecanismo que contribuya a su consolidación y, la sociedad, adaptándose a las normas que dicte el primero y coadyuvando con los programas sociales que tengan como finalidad la protección de la familia.

En ese sentido, parece ser que, lo que vincula o compromete no solo al Estado, sino también, a la sociedad, es el alto interés público de la familia, que todo poder público, organización privada e individuos, están obligados a protegerla y asegurar su bienestar.

Como señala Aguiló Regla (2007), los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un balance, ponderación o compromiso entre principios, para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas,

exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios. (pp. 669 - 670).

Siendo de esta manera, la protección de la familia vendría a ser un principio, tal como lo habíamos afirmado precedentemente, en términos del postpositivismo, los creadores del derecho deben regular a la familia y a las instituciones que abriga, mediante normas que protejan a este bien jurídico, es decir a la familia, dejándose guiar por esta directriz constitucional<sup>9</sup>.

Ahora es necesario, sostener una postura propia de nuestra investigación, es decir, explicar por qué la protección de la familia viene a ser, además que principio, un fin, que comparte la misma naturaleza que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

La dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dinamismo<sup>10</sup> de los derechos fundamentales. Siendo así, el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental, establece: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Es en relación a este artículo, que sostenemos que la protección de la familia es un fin del Estado y de la sociedad, y, esto será así, en tanto, la persona y la defensa de todos sus derechos que desencadene el respeto

---

<sup>9</sup> La noción de principios constitucionales se encuentra estrechamente ligada a la idea de los derechos fundamentales, ya que los últimos son expresados como normas jurídicas de principios y, dado que el sistema jurídico no se encuentra ya integrado sólo por reglas, sino también por principios, éstos marcan un paso trascendental en la concepción del Estado de derecho al Estado Constitucional de Derecho. (Bechara Llanos, 2011).

<sup>10</sup> Pero la dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dinamismo de los derechos fundamentales. Por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

de su dignidad sean el fin supremo del Estado y de la sociedad, ya que, la protección y reconocimiento del lugar donde la persona se desarrolla y encuentra plenitud en los diversos ámbitos y etapas de su vida, es tan importante como la misma persona, ya que este desarrollo dependerá del grado de protección que se le brinde a la familia, otorgándole bienestar, seguridad, salud, educación, contribuyendo a la buena formación de los miembros de la familia, dictando normas que persigan dicho fin.

Si esto resulta ser así, y, la Constitución consagra la protección de la familia, entonces, debe existir un modelo de familia que prefiera proteger nuestra Carta Fundamental<sup>11</sup> en pro del Estado Democrático y Social<sup>12</sup>, es decir, un modelo que surge no del interés de grupos ideológicos que se han enquistado en los poderes públicos para alcanzar sus ideales, sino en la soberanía de la nación, en el interés público y para el bien común.

Por ello, siguiendo a Plácido Vilcachagua (2005), y, además, estando de acuerdo con él, debemos señalar que el modelo <sup>13</sup>constitucional de familia

---

<sup>11</sup> La muy especial importancia de la familia para el interés general -para la más fácil consecución de las condiciones que permitan a todos ejercer con plenitud y armonía sus derechos y libertades y cumplir sus deberes- explica su relevancia constitucional y la muy amplia atención que le dispensa en concreto la Constitución peruana de 1993. No hay ninguna otra institución o instituto jurídico privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales. (Plácido Vilcachagua, 2005).

<sup>12</sup> En un Estado Democrático y Social como el Perú, la democracia representativa es el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Consiguientemente, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional. (Eto Cruz, 2011, p. 49).

<sup>13</sup> Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia, mostrándose abierta a distintos tipos de familia. Nada más contrario, a nuestro parecer, a lo que resulta del texto constitucional con más que suficiente evidencia. Hay, desde luego, ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina el modelo de familia no queda totalmente fijado, como es lógico, a nivel constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado. Algo parecido de lo que podríamos decir sobre el modelo de propiedad, el sistema económico, el educativo, el laboral,

supone dos elementos que, indubitablemente, son parte de tan inmaculada característica que le otorga la Constitución a la familia, natural y fundamental. estos dos elementos son, por tanto, i) La generación, como hecho determinante básico del modelo constitucional de familia. y, ii) La convivencia de parejas heterosexuales, vínculo fundante de la familia constitucionalmente protegida y prolongación o ampliación de los vínculos familiares: el matrimonio y la unión de hecho.

Esta apreciación resulta lógica, puesto que es intolerable que se quiera pretender aceptar como familia, a todo tipo de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de ayuda mutua que ésta suponga. Como señala el aludido autor, no se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. Todo intento de ensanchar lo familiar a vínculos no relacionados con la generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan, principalmente para los progenitores (aunque puedan prolongarse esas obligaciones con diversa intensidad por los vínculos de parentesco), debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4.

Y claro está, en lo que respecta a la convivencia heterosexual, si el Perú se encuentra acogido a diversas cartas internacionales, donde se consagra el

---

etc. Constituye, pues, una falacia afirmar que el legislador puede modelar enteramente a su gusto la familia. Hay límites y exigencias constitucionalmente infranqueables y vamos a tratar de dar cuenta aquí de ellas. (Plácido Vilcachagua, 2005).

derecho a casarse y a fundar una familia, resulta racional pensar que la Constitución profesa al matrimonio y, por la autonomía de la voluntad, a la unión de hecho, como base o fundamento de la familia, o por lo menos, en la sociedad deberían percibir ello. Ahora, en cuanto se refiere a la heterosexualidad, es preciso señalar que, si la Constitución señala en el artículo 6, que, la unión de hecho es aquella mantenida por un varón y una mujer, y, además, ha aceptado que ésta sea base de la familia, podemos concluir que la convivencia heterosexual vendría a ser uno de los elementos fundamentales del modelo constitucional de familia.

En ese orden de ideas, la protección de la familia, entonces, vendría a ser no tan solo un principio, sino también un fin, lo que representa tanto para el Estado como para la sociedad, ya no solo un deber, sino la razón de ser de toda actividad social, política o jurídica; sin la persecución de este fin, el Estado, entendido según la acepción que le formula la teoría del Estado, es decir, el conjunto de elementos que lo componen: i) nación, ii) territorio, iii) soberanía, iv) poder político, v) gobierno y vi) ordenamiento jurídico, perderían su comunión y ya no habrían motivos para su existencia, ya que la familia constituye la base del Estado en su totalidad y, no solo de la sociedad. Ello, nos conduce a reflexionar sobre cuán importante resulta ser la familia en nuestro modelo de Estado.

Es en razón a ello, que, las normas que regulen a la institución de la familia propiamente dicha a cada una de las instituciones que nazcan de ella, deben estar basadas o fundamentadas en este principio y fin. Toda norma que contravenga dicha disposición, tendría que devenir en inconstitucional

y vulneradora de derechos. Un peculiar ejemplo de aquello que venimos mencionando, vendría a ser la institución familiar objeto de la presente investigación, es decir, la patria potestad.

Debemos señalar que el concepto de patria potestad con que hemos preferido consensuar es aquel que considera que la patria potestad es un complejo<sup>14</sup> de deberes y derechos entre padres e hijos, el porqué de nuestra postura deriva de las mismas normas que regulan la relación entre padres e hijos, en conjunto<sup>15</sup>, puesto que el concepto que el Código Civil le otorga a la patria potestad todavía postula un concepto patriarcal y no recíproco, lo cual, representaría también una contravención a lo dispuesto por la Norma Fundamental, sin embargo, en esta ocasión no tocaremos dicho asunto.

Nos ha llamado la atención, que el inciso 4 del artículo 466 del Código Civil, estipule como causa de suspensión de la patria potestad a la separación de cuerpos, divorcio o invalidación del matrimonio, considerándola como una sanción para el cónyuge que causó la separación y disolución del vínculo conyugal. Esta situación genera, sin pensar, un problema que afecta gravemente el principio y fin de protección de la familia. Lo que resulta más contradictorio es que el que el artículo 233 del Código Civil,

---

<sup>14</sup> La patria potestad como derecho del padre frente al hijo, ha ido evolucionando rápidamente hasta convertirse en un derecho recíproco, según la cual, la patria potestad ya no puede estimarse como un derecho absoluto de los padres sobre los hijos, ni tampoco como un derecho de los hijos frente a los padres, sino como un complejo de deberes y derechos recíprocos que corresponden tanto a unos como a los otros. (Peralta Andía, 2002, p. 464).

<sup>15</sup> El segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución señala que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. En cambio, el artículo 418 del Código Civil, señala que, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

señale que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución y el los Tratados Internacionales a los que el Perú es parte integrante.

Veamos, pues, qué señalan dichos instrumentos internacionales, ya que, hemos ocupado varios párrafos precisando que establece la Constitución.

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El principio 6 de la Declaración de los de Derechos Del Niño, establece que:

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 [...].

El artículo 23 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, señala que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

El artículo 10 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

El artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, señala que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Los tratados reconocen que la familia debe tener protección jurídica del Estado y debe ser protegida de igual forma por la sociedad.

En ese orden, el principio y fin de la protección de la familia se encuentra presente en los tratados internacionales, los cuales, se condicen con el texto constitucional, asimismo, éste, con el artículo 233 del Código Civil, empero, todos estos vastos listados de normas fundamentales no parecieron significar asunto importante para el legislador, ya que, el inciso 4 del artículo 466 sigue vigente en nuestro sistema jurídico.

Para ser breves, la patria potestad representa el vínculo perfecto entre padres e hijos que no encuentra su validez y eficacia en el reconocimiento legal, sino en la naturaleza<sup>16</sup> misma del hombre, ya que este ligamen aun cuando se le sea privado a los sujetos que componen la institución de la patria potestad, van a seguir surtiendo efectos, porque el lazo paternal no se extingue. Aquí encontramos por lo menos a un derecho humano que traspasa fronteras como tanto predicaban los iusnaturalistas, humanistas y existencialistas. La patria potestad, no constituye un derecho de los padres sobre los hijos, que creemos es el fundamento del aludido inciso que contraviene normas de jerarquía superior; este instituto ha dejado de ser solamente el contenedor de derechos, para convertirse en “el derecho” por excelencia de los padres hacia los hijos y viceversa.

No por lo que acabamos de mencionar debemos estar inertes frente a tan grande avasallamiento de derechos. No podemos tolerar que, en un Estado Constitucional de Derecho, desde la óptica del Neo Constitucionalismo, o como claramente la Constitución señala en el artículo 3, o en un Estado Democrático y Social como el Perú; que, subsistan normas que vulneren derechos fundamentales y quebranten tan importantes principios.

El inciso 4 del artículo 466 que señala que la patria potestad debe suspenderse por separación de cuerpos, divorcio o invalidación del

---

<sup>16</sup> Si comparamos las definiciones del párrafo precedente con la definición que establece nuestro Código Civil Peruano en el Artículo 418, se puede colegir que, todas estas definiciones tienen elementos comunes como: i) el complejo de deberes y derechos ejercida y concedidas a los padres con el objeto de cuidar y proteger a sus hijos menores de edad, ii) este poder o facultad que deviene de un derecho natural, debe estar concretado en la ley, para su respaldo jurídico y iii) la dependencia mutua obligatoria entre sujetos activos y pasivos, respectivamente, entre los padres y los hijos. (Malqui Reynoso & Momethiano Zumaeta, 2002, p. 947)

matrimonio, no se encuentra en armonía con la Constitución ni con los Tratados Internacionales, por tanto, su vigencia se contrapone al principio del Estado y de la sociedad de proteger a la familia, y perturba toda actividad que persiga este fin.

### **3.2. La vulneración a la igualdad de derechos entre hijos como derecho fundamental y al principio de Interés Superior del Niño**

La escuela dogmática nos brinda las herramientas para determinar qué vinculación tendría el derecho fundamental a la igualdad entre hijos con la institución de la patria potestad, y, por tanto, si la afectación de ésta última alcanzaría a aquél derecho.

La Igualdad de derechos, es un derecho fundamental<sup>17</sup> que se despliega de forma transversal hacia todas las ramas o campos del derecho, no siendo, pues, autónomo del derecho constitucional, sino que, su alcance es tan amplio daría sombra o cobertura a otros tantos fundamentados en igualdad. Este derecho se encuentra contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de nuestro Estado.

La Igualdad de derechos entre hijos, se encuentra regulado en el tercer párrafo del artículo 6 de la Constitución, es uno de los derechos que, además de ser fundamental, se encuentra coberturado por uno más general, es decir, el derecho a la igualdad, aquél que acabamos de

---

<sup>17</sup> Cabe destacar que la Igualdad no es un principio y derecho privativo del ámbito laboral. Su tratamiento y aplicación se ha previsto para los diferentes ámbitos en los que la persona humana – fundamento básico de la sociedad y el Estado – se desenvuelve. La Igualdad cruza transversalmente todos y cada uno de los espacios de desarrollo de la persona, pues garantiza la dignidad humana (00027-2006-AI, f. j. 9).

comentar. Esta relación de pertenencia o de parte – todo, también se encuentra recogida en la normatividad a nivel internacional.

Antes de analizar la normatividad internacional, es preciso señalar que, la igualdad de derechos entre hijos está directamente relacionado con la igualdad de derechos entre padres. Podríamos decir que, el derecho a la igualdad es hiperónimo del derecho a la igualdad de derechos entre hijos y a la igualdad de derechos entre padres, y que estos dos últimos son hipónimos respecto del primero, así mismo, éstos últimos, son cohipónimos entre sí, es decir, se encuentran en la misma categoría o nivel normativo.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la igualdad, como todo, y al derecho a la igualdad de derecho entre hijos, como parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, asimismo, el inciso 1 y 2 del artículo 2, prescribe: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna”, “no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”. En ese mismo sentido, el artículo 7 de dicha Declaración, estipula: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.” En la misma línea de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24 señala: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Este articulado, sin duda alguna, precisa que toda persona, como individuo en general, tiene iguales derechos y debe ser tratado con equidad frente a las leyes y la formación de las mismas, por lo tanto, se entiende de ello, que, mediante estos artículos se desarrolla el todo del derecho a la igualdad.

En esa perspectiva, veamos la parte, es decir, la regulación del derecho a la igualdad entre hijos. La aludida Declaración de Derechos Humanos, no contiene expresamente dicho derecho, sin embargo, la Convención Americana de Derecho Humanos, prescribe el inciso 5 del su artículo 17, que: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Así también, estipula el inciso 3 del artículo 10 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

Como habíamos establecido en párrafos precedentes, la igualdad de derechos entre hijos se encuentra, indudablemente, vinculada a la igualdad de derechos entre padres, por ello, es necesario, también, analizar cómo contemplan las normas de derecho internacional, el mencionado derecho de los padres. Así, el inciso 4 del artículo 23 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, establece que:

Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

En esa misma línea, el inciso 4 del artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe:

Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Como se parecía de estos dispositivos legales de alcance internacional, la igualdad de derechos entre los padres durante o ante la disolución del matrimonio, deben tener los mismos derechos y responsabilidades, por el bienestar y la protección del menor. Nada más cierto, es decir, que, si se protege y garantiza la igualdad de derechos entre hijos, es porque, los deberes de los padres de proteger, educar, formar y proveer deben ser también iguales respecto de los hijos. Y viceversa, mientras se garantice y se fomente la igualdad de derechos entre padres, lo que en realidad se asegura es el cumplimiento de los deberes equitativos entre los hijos, respecto de los padres.

De ello, podríamos plantear una breve ejemplificación, para el caso creemos útil invocar a la asistencia, que los padres les deben a los hijos menores, y a los mayores, excepcionalmente, debido a que, como procreadores de éstos, tienen la obligación de sustentar hasta que puedan valerse por sí mismos; a esto se denomina deber de los padres de proveer para sus hijos, y derechos de los hijos para ser provistos por sus progenitores. No casualmente, los padres llegados a una determinada

edad, merecen el sustento o asistencia de sus hijos, por lo que los roles de dicha relación se ven invertidos, ahora el deber de asistencia recae sobre los hijos, y el derecho de ser asistidos reposa sobre los padres.

Y aunque, dicha alegoría, se encuentre referida, en general, a los derechos más que jurídicos, nacidos de la propia naturaleza humana. Ello, no quita que, debemos entender que, para cada deber que recaiga sobre los padres, existe un derecho de los hijos que contrarresta dicha obligación. En conclusión, los derechos de los hijos y de los padres contienen un doble contenido, ya que, si por un lado podrían ser percibidos como deberes, por el otro, podrían ser entendidos como derechos. Entonces, aquellos actos que son vistos por los padres como deberes, para los hijos no son más que derechos, y aquellos derechos que la ley les ha otorgado a los padres, son deberes a ser cumplidos por los hijos.

Sin embargo, existe un detalle que no puede ser soslayado al momento de entender esta disgregación de derechos, nos referimos al Principio del Interés Superior del Niño, puesto que, este principio es aquel que no solo orienta el ejercicio y la eficacia de los derechos de hijos y de padres, anteriormente aludidos, sino que, vincula a los padres con los hijos en un binomio perfecto que producen un complejo de derechos y deberes. Y es de ese modo, que el legislador debe entender la dicha relación y formar leyes que consoliden dicho binomio, para que a su aplicación no se afecte el principio del Interés Superior del Niño ni los derechos fundamentales a la igualdad de derechos entre hijos y a la igualdad de derechos entre padres.

Así tenemos que el principio VII de la Convención de los Derechos del Niño estipula, que: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres.”, y en general el inciso 1 del artículo 3 de la misma Convención, establece, que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

A esta lista de disposiciones legales, se suma el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el Respeto a sus derechos.

Volviendo al complejo de derechos y deberes que nacen de la relación entre padres e hijos, es por la igualdad derechos entre hijos y entre padres, sin lugar a dudas, que podemos afirmar que, dentro del Derecho de Familia, existe ya, una institución familiar que regula y contiene todo este complejo recíproco de derechos y deberes; esta es, la Patria Potestad.

De ahí la gran importancia que debe suponer la formación de normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, como define el Código Civil a la Patria Potestad, todavía irradia una tradición desfasada y obsoleta, ya que, solo circunscribe dentro de la definición la relación padre

– hijo, y no la de hijo – padre. Para ser más precisos el artículo 418 del mencionado cuerpo legal, 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”. Esto solo indica una cosa, que por patria potestad los padres que anhelan cuidar de sus hijos tienen ese derecho, y para aquellos, que no tengan dicha voluntad, representa un deber, empero, no indica ni de manera incipiente la correspondencia de los hijos ante los padres.

Venturosamente, el contenido del artículo 423 del mismo Código<sup>18</sup>, despliega dentro de su desarrollo, tanto derechos y deberes, que afectan no solo a los padres, sino también, a los hijos, dándonos a entender, que la patria potestad, además, representa una relación permanente e inquebrantable entre padres e hijos. Así, también, el artículo 454 del aludido Código, establece a qué se obligan los hijos frente a los padres, así señala que: “Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres”.

Esto no debe causarnos sorpresa, puesto que, el segundo párrafo del artículo 6 del Constitución, establece que: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”. Con ello, la propia Ley

---

<sup>18</sup> Artículo 423 del Código Civil. - Deberes y derechos que genera la patria potestad

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos [...]. (Derogado).
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004. (Poder Ejecutivo, 1984)

fundamental, establece que los derechos y deberes que nacen de la relación filial, son recíprocos, y, por tanto, definen lo que realmente representa la Patria Potestad, ese complejo de derechos y deberes entre padres e hijos.

Pero, por qué, es confiable afirmar que los derechos que han sido invocados de diferentes instrumentos normativos de derecho internacional tienen un nexo inquebrantable. Sencillamente, porque, las mismas normas remiten conexión y hasta sujeción a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así el tercer párrafo de la Convención Americana de Derechos Humanos, contempla:

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Del mismo modo, la Convención de los Derechos del Niño de 1959 señala:

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Con todo lo desarrollado, ya podemos trazar claramente el bosquejo al que nos ha permitido abordar el análisis de las normas de derecho internacional y las que conforman nuestro ordenamiento interno.

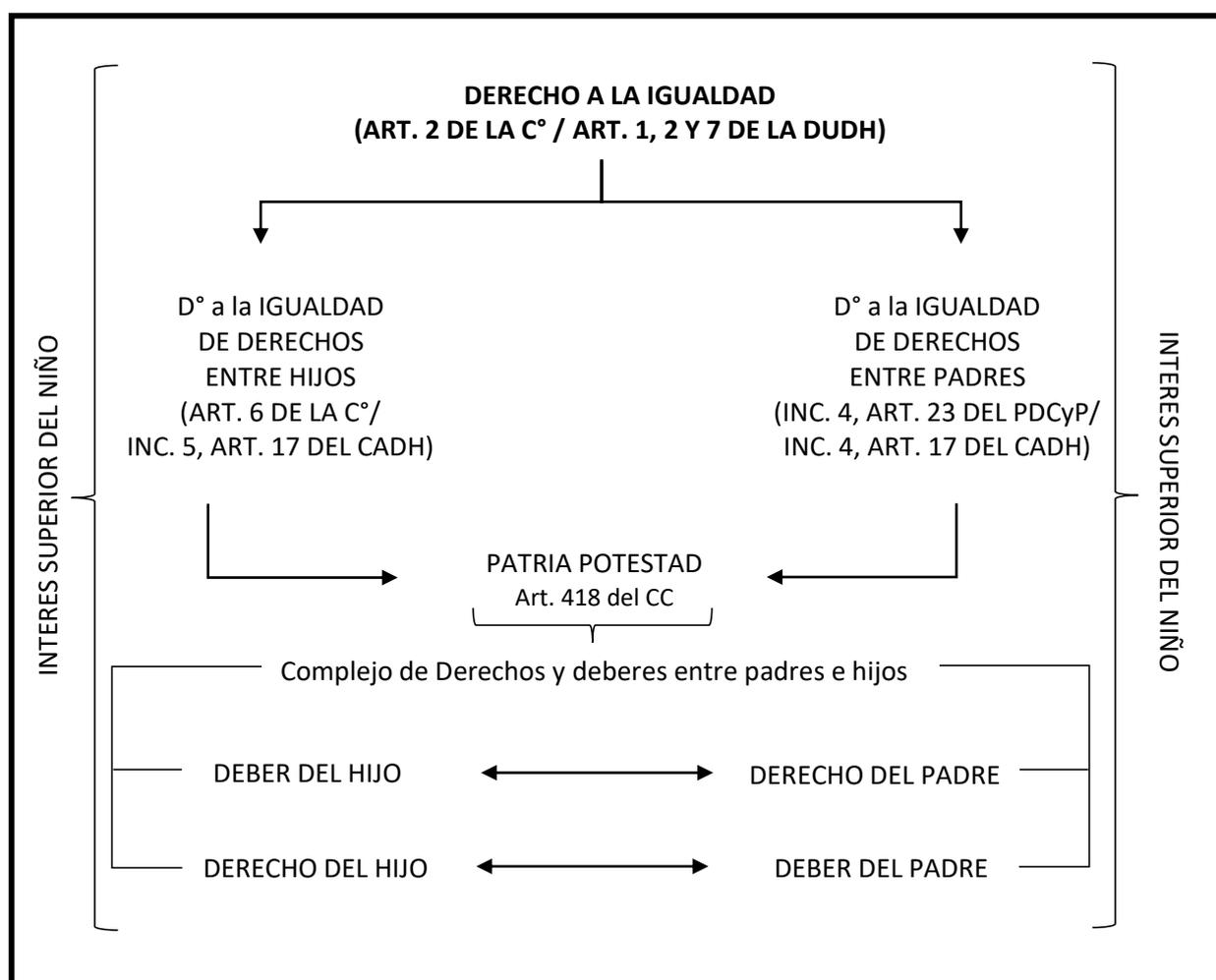
El derecho fundamental a la igualdad, es un que permite que las personas sean tratadas sin discriminación de cualquier naturaleza, frente a la

aplicación o formación de leyes. De ahí, es que el derecho a la igualdad de derechos entre hijos, sólo es una parte de lo que representa el derecho a la igualdad. El derecho a la igualdad entre hijos, supone que la aplicación de las normas de cualquier nivel jerárquico, afecten en igual grado a todos los hijos de una determinada persona frente a la misma. De la misma manera, el derecho a la igualdad entre padres, aun cuando no se encuentre regulado en la Constitución, pero sí en los tratados internacionales; es un derecho que forma parte del derecho a la igualdad.

Sin embargo, hemos demostrado que, el derecho a la igualdad entre hijos y la igualdad de derechos entre padres, se encuentran directamente relacionados. Y, esto que los relaciona, es la institución que unifica los derechos y deberes que, éstos derechos fundamentales garantizan, serán iguales entre hijos y entre padres; es decir, la Patria Potestad. Esta institución familiar es la que contiene el complejo de derechos y deberes que surgen de la relación de padres e hijos y viceversa, y necesita de la igualdad para que, los derechos sean gozados equitativamente entre hijos y padres, y viceversa, y para que, los deberes sean cumplidos en condiciones iguales. Sin embargo, no debemos olvidar, que es el principio del Interés Superior del Niño quien direcciona u orienta el funcionamiento de la Patria Potestad, y además, determina el alcance de los derechos fundamentales a la igualdad de derechos entre hijos, y a la igualdad derechos entre padres.

En siguiente cuadro, se esquematiza el dogma construido en el presente subcapítulo, sobre la igualdad de derechos, la Patria Potestad y el principio del Interés Superior del Niño.

**Cuadro N° 1.** Esquema de la ubicación del derecho a la igualdad de derechos entre hijos y su relación con el Interés Superior del Niño y la patria potestad.



Así, el derecho fundamental a la igualdad de derechos entre hijos, como todo derecho fundamental, sigue el principio<sup>19</sup> de la doble dimensión de los

<sup>19</sup> Si alguna duda quedaba acerca de la vigencia del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano, el Tribunal Constitucional la resuelve por completo al recoger en su jurisprudencia el mencionado

derechos constitucionales. El Tribunal no ha desarrollado el contenido de cada dimensión, sin embargo, podríamos desarrollarlo entendiendo qué significa el principio de la doble dimensión.

Ello significa que no solo se debe reconocer en los derechos fundamentales un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular (dimensión subjetiva), sino además reconocer la obligación del Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquellas (dimensión objetiva); y esta dimensión objetiva no habilita a cualquier tipo de intervención, sino a aquellas que son necesarias y adecuadas para la promoción y plena vigencia del derecho fundamental. De un lado, abstención estatal en cuanto se prohíbe su injerencia en la realización de determinadas facultades y, de otro lado, exigencia de esa intervención para favorecer el ejercicio pleno de esas facultades. (Castillo Córdova, 2002).

El derecho a la igualdad de derechos entre hijos, en su dimensión objetiva, debe ser entendido como aquella garantía legal y jurisdiccional que el Estado le brinda a las personas que se encuentren vinculados por parentesco consanguíneo en el segundo grado de línea colateral, (sin importar que sean producto de una relación extramatrimonial), de gozar de los mismos derechos frente sus progenitores. En la dimensión subjetiva, se encuentra, ya no la garantía, sino el ejercicio pleno e igualitario de los derechos que les corresponde por el vínculo de parentesco aludido.

---

principio. La doctrina del Tribunal Constitucional se ha manifestado en el sentido de reconocer que los derechos fundamentales o derechos constitucionales, cuentan con una doble dimensión en su significación y alcance. (Castillo Córdova, Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general, 2007, p. 295).

La dimensión subjetiva de este derecho, nos incita a preguntarnos, si el parentesco que permite el ejercicio del derecho fundamental, sólo se encontrará referido al vínculo consanguíneo entre hermanos; en efecto, la respuesta es no. Puesto que el vínculo de parentesco consanguíneo dentro del segundo grado que une a las personas como hermanos, surge primero, de la filiación, es decir, del vínculo que une a los padres con los hijos. Obviamente, descartando la relación en la que solo existan padre, madre y un único hijo.

Por ello, creemos que el derecho fundamental a la igualdad de derechos entre padres, comparte el mismo contenido de la dimensión subjetiva que el derecho fundamental a la igualdad de derechos entre hijos, en razón de que, los vínculos que permiten su ejercicio pleno, son los mismos.

Siendo de esa manera, si se afecta la dimensión subjetiva de uno de ellos, se afectaría el otro, y viceversa. Claro está, que el principio del Interés Superior del Niño orbita nuestro ordenamiento jurídico con el fin de que estos derechos fundamentales sean afectados.

En ese contexto, el ejercicio de estos derechos fundamentales suponen que la Patria Potestad que es el conjunto o complejo de derechos y deberes que deben ser garantizados por el principio del Interés Superior del Niño, se ejerza con igualdad de los padres frente a los hijos, y viceversa; así como entre hijos y entre padres.

Ante ello, es de conocimiento general que, los derechos fundamentales pueden ser limitados<sup>20</sup> por razones justificadas, empero, cuando no hay justificación alguna, dicha afectación resulta vulnerando la efectividad y garantía de éstos. Estas razones, son directamente constitucionales cuando se encuentran reguladas en el mismo texto constitucional.

En el caso de las restricciones indirectamente constitucionales resulta necesario precisar que la limitación también cuenta con respaldo constitucional. Como sostiene Alexy (2007): “Las restricciones indirectamente constitucionales son aquellas cuya imposición está autorizada por la Constitución. La competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales se expresa de manera clarísima en las cláusulas de reserva explícitas”. (p. 254).

Sin embargo, el inciso 4 del artículo 466 del Código Civil, establece que la Patria Potestad se suspende en caso de divorcio, separación de cuerpos o invalidación del matrimonio, y la forma en que debe hacerse se encuentra regulada en el artículo 340 del mismo cuerpo legal. En concordancia, con el Código Civil, el literal g) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes señala, igualmente, que: la patria potestad se suspende “por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con el artículo 282 y 340 del Código Civil”.

---

<sup>20</sup> Los denominados “límites” de los derechos fundamentales suelen estar contenidos en un texto de similar rango, esto es, en la propia Constitución de un Estado. Sin embargo, al ser imposible regular todas las situaciones existentes en la realidad en un texto constitucional se ha admitido la posibilidad de establecer límites que no necesariamente deban consagrarse en una determinada Carta Política, estos límites, son “indirectamente constitucionales”. (Pazo Pineda, 2014, p. 89).

Claramente, los artículos antes mencionados, que prescriben en esencia la misma limitación de derechos, no encuentran justificación ni en la misma ley ni en la Constitución. Dicha proposición, es fácil de demostrar, puesto que el artículo 233 del Código Civil, establece el fin de la regulación de la Familia, obviamente, contiene dentro de dicha palabra todas las instituciones familiares, una ellas es la Patria Potestad, dicho dispositivo estipula, que: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política del Perú”.

Consecuentemente, el Perú se encuentra adscrito a diversos Pactos Internacionales que, anteriormente, hemos citado, donde se reconce que las relaciones entre padres no deben afectar el desarrollo integral de los hijos. En ese sentido, ha reconocido al principio del Interés Superior del Niño como el orientador de toda norma legal relacionada a los niños y adolescentes. En la misma línea de ideas, el Artículo 4 de nuestra Constitución, protege, principalmente, al niño y al adolescente, así como el lugar donde se desarrollan, es decir, la familia. Esto no nos dice más que una cosa, que la regulación de todas las instituciones de familia en el Código Civil deben procurar que el niño y el adolescente se desarrollen plenamente en el seno familiar y gocen de todos los derechos que la ley les otorga y garantiza.

Ahora, en cuando a la armonía que debe guardar el Código de los Niños y Adolescentes con el Código Civil y la Constitución, podríamos decir que, dicho cuerpo legal alberga el principio más fundamental para el régimen

legal de los menores, es decir, el principio del Interés Superior del Niño, contenido en el artículo IX de su Título Preliminar. Y, en tanto, el Código Civil ordena sujetarse a los principios que el Perú ha reconocido con la habilitación de la Constitución, la norma sustantiva de menores contiene dicho principio; ello, evidencia sin ninguna duda, la consolidación del principio inquebrantable de unidad de la Constitución<sup>21</sup>.

Por todo cuanto se explicó, el inciso 4 del artículo 466 del Código Civil, prescribe más que una limitación justificada al ejercicio de la Patria Potestad, una disposición imperativa sancionadora a aquellas parejas de cónyuges que fracturen el vínculo cónyugal por culpa de uno u otro, o de ambos. Empero, la Patria Potestad no solo es el instituto que contiene derechos y deberes que recaen sobre los padres para ejercerlos sobre los hijos, sino que, también reacaen sobre los menores hijos, que nada tienen que ver en la relación marital, sin embargo, la norma, también, los perjudica. Ello, sin duda representa una grave vulneración al derecho fundamental a la igualdad de derechos entre hijos, debido a que, éstos merecen gozar plenamente de los derechos que supone la Patria Potestad de ambos padres, pero que, con la separación, divorcio o invalidación del matrimonio, solo podrán ser gozados por los hijos sobre los que recaiga la Patria Potestad de cualquiera de los padres a quienes se los haya confiado y excluidos del otro, a quien, no se le haya hecho responsable de su cuidado.

---

<sup>21</sup> Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. (STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, f. j. 12)

Limitar, por separación, divorcio o invalidación del matrimonio el ejercicio de la Patria Potestad que, es el contenedor del complejo de derechos y deberes, infectados por el derecho fundamental a la igualdad de derechos entre hijos, y direccionados, por el principio del Interés Superior del Niño, vulnera el mencionado derecho fundamental en su doble dimensión, además, se opone e impide la eficacia del aludido principio.

### **3.3. La limitación ilegítima del pleno cumplimiento del deber que nace de la patria potestad de los padres frente a los hijos**

Como se ha mencionado en el subcapítulo anterior el derecho fundamental a la igualdad de derechos entre hijos, se vincula directamente al derecho fundamental que los padres tienen a la igualdad de derechos entre sí. Ahora, si bien la Constitución no consagra dicho derecho de manera expresa, el Estado peruano lo ha reconocido adhiriéndose a diferentes tratados internacionales.

De esta última afirmación, ciertamente, podrían surgir algunas variables divergentes. Así, el artículo 3 de la Constitución establece que además de los derechos fundamentales que en ella se regulan, pueden reconocerse a otros nuevos derechos, siempre que se funden en i) la dignidad de la persona, ii) en los principios de soberanía del pueblo, iii) el Estado democrático de derecho y, iv) forma republicana de gobierno, dejando abierta la lista de derechos fundamentales.

Sin embargo, la cuarta disposición final y transitoria de la misma Ley Fundamental establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con

la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por nuestro país, dejando entre ver, que la Constitución tiene una lista cerrada de los derechos fundamentales, pues, esta disposición solo hace referencia a los derechos y libertades que la Constitución reconoce y no los que se pueda reconocer siguiendo el patrón del artículo 3. Empero, ello, por la abundante jurisprudencia y doctrina sobre el principio de unidad constitucional y por los no pocos derechos fundamentales que han sido reconocidos a consecuencia del artículo 3, se cree en el presente trabajo que el derecho señalado en el primer párrafo de este subcapítulo se funda en los principios obrantes en el artículo 3 de la Constitución del Estado peruano.

En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece en el inciso 1 del artículo 16, que: “Los hombres y las mujeres, tienen derecho, sin restricción, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Así, también, el inciso 4 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

En esa misma línea, el inciso 4 del artículo 23 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, señala: “Los Estados Partes del presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de

responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

Estas normas de derecho internacional, muestran claramente la existencia del derecho que tienen los padres a participar de los mismos derechos respecto de los hijos, en caso de separación, divorcio o invalidación de matrimonio.

En ese contexto, nada resulta más contradictorio a dichas normas de derecho internacional (que según el artículo 55 de nuestra norma constitucional ya forman parte de nuestro derecho nacional) que, la regulación de la patria potestad en el inciso 4 del artículo 466 del Código Civil y en literal g) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes que, establecen como causa de suspensión de los derechos y deberes que nacen de dicha institución familiar, a la separación de cuerpos, divorcio o invalidación.

Asimismo, los artículos 282, 340, 355 y 466 del Código Civil<sup>22</sup>, haciendo una interpretación exegética y sistemática, señalan que, en caso de invalidación del matrimonio, separación de cuerpos y divorcio, respectivamente, la patria potestad será ejercida por el padre o madre a quien se hayan confiado los hijos, y el otro quedará suspendido en el

---

<sup>22</sup> Artículo 340 del Código Civil. – Ejercicio de la Patria Potestad

Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido. (Poder Ejecutivo, 1984).

ejercicio, dependiendo de la culpa que se le sea atribuida para la separación.

Indudablemente, nos encontramos ante una gran contrariedad normativa, o si se quiere, ante una antinomia normativa. De un bando tenemos a la regulación que establece los instrumentos normativos de alcance internacional que ahora forman parte de nuestro derecho interno, defendiendo a través de su regulación a la igualdad de derechos entre los padres durante la separación, divorcio o invalidación de matrimonio, y, por el otro, a la regulación que contempla el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes que le otorga el ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre, pero no a ambos, disposición supeditada a la culpa que hayan tenido el uno u otro, para la separación, divorcio o invalidación de matrimonio, lo que representa, una inminente desigualdad de derechos.

Una antinomia, es una situación en la cual el mismo caso está regulado por disposiciones diversas e incompatibles entre sí. La incompatibilidad entre las reglas antinómicas consiste precisamente en el hecho de que no se puede cumplir una sin violar otra. (Barberis, 2015, p. 176).

Sin ningún afán de proponer la derogación del apartado contenido en el Código Civil, es casi, seguro que, si se tratara de ello, éste quedaría fuera del ordenamiento jurídico. No solo por no contribuir con la consolidación de la familia, y no guardar armonía con la Constitución o con los principios consagrados en los Tratado Internacionales, como establece el artículo 233 del mismo cuerpo legal, sino porque, impide el goce y cumplimiento de los derechos y deberes, respectivamente, que nacen de la relación de padres

– hijos, y viceversa, contenido y regulados por la patria potestad, institución familiar por excelencia.

Los padres tienen el deber de dirigir el proceso educativo de sus hijos, capacitarlos para el trabajo, ayudar a los hijos a encontrar su vocación, formarlos en una buena moral, tenerlos bajo su cuidado y protección, proveer para su sustento necesario, así, también, tienen como derecho que los hijos le deban respeto, obediencia, ayuda, servicio, compañía. Como habíamos señalado en el subcapítulo anterior, todo deber y derecho que nazca de la relación padre – hijo, son recíprocos, y si se limitan no solo se limitan el derecho de los padres, sino también de los hijos.

También es cierto que, la patria potestad puede perderse, privarse o suspenderse, pero por motivos que realmente justifiquen<sup>23</sup> dicha limitación;

---

<sup>23</sup> De más está decir que toda limitación de derechos fundamentales debe ser justificada, y la justificación abarca tanto la razonabilidad como la proporcionalidad.

Veamos que dice el Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad:

Es este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Ha establecido el mencionado TC que “[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”. (EXP. N° 0010–2000–AI/TC, FJ. 138)

Castillo Córdova, señala sobre este principio:

Pero esta exigencia de que toda afectación de cualquier derecho constitucional sea equilibrada y razonable, es decir, que no sea inútil ni desproporcionada, tiene también como basamento la propia dignidad de la persona humana que –nunca debe olvidarse– se ha convertido por mandato constitucional en el fin de la existencia misma del Estado (artículo 1 CP). El respeto a la persona humana, a su dignidad de persona, obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad que son sus derechos fundamentales, se realice de modo digno, es decir, que se haga en beneficio de la misma persona humana y siempre se haga de modo estrictamente necesario y ponderado. (Castillo Córdova, 2005, p. 7)

Y, hablando de ponderación, Robert Alexy señala:

como aquellas circunstancias en que los padres se vean privados de capacidad jurídica, o por encontrarse privados de su libertad, o por mostrarse renuentes al cumplimiento de sus obligaciones, o cuando la relación con los hijos generen a corto o largo plazo, perjuicio en la personalidad y en la conducta de los menores.

Sin embargo, cuando el padre y la madre tienen capacidad y plena disposición de cumplir con todos los deberes y gozar de los derechos que representa el ejercicio de la patria potestad, y cuando los hijos no se vean perjudicados por la relación paterno filial, nada debe impedir que estos derechos agoten sus efectos, y menos una norma legal, en un ordenamiento jurídico sujeto a un modelo de Estado Constitucional de Derecho donde el ejercicio de los derechos sociales como derechos fundamentales deben ser garantizados.

La separación de cuerpos, el divorcio o la invalidación del matrimonio, no justifican la suspensión de los derechos de la patria potestad. No, donde se proteja a la persona humana y a su dignidad. No, donde se proteja principalmente, a las poblaciones vulnerables, como la niñez y la

---

Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo. El juicio de razonabilidad, que ha resultado especialmente fecundo en la aplicación de jurisprudencia de la igualdad, se traduce aquí en una exigencia de ponderación entre dos principios en conflicto, aquel que resulta afectado por la ley y aquel otro que sirve de cobertura o justificación a la misma, y puede formularse así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

El método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que «en abstracto» todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. (Citado por Prieto Sanchíz, 1990, p. 93).

adolescencia. No, donde haya una sólida estructura jurídica basada en el respeto a los derechos humanos. Si resulta difícil, en diversos casos, que los padres sean responsables en el cumplimiento de sus obligaciones frente a los hijos, cuánto menos lo serán, si tenemos normas como el inciso 4 del artículo 466 del Código Civil, que suspenden el ejercicio de tan importante labor.

No sin causa, se dice que si comparamos las definiciones que le han otorgado las legislaciones comparadas con la que establece nuestro Código Civil Peruano en el Artículo 418, se podría señalar que, todas estas definiciones tienen elementos comunes como: i) el complejo de deberes y derechos ejercida y concedidas a los padres con el objeto de cuidar y proteger a sus hijos menores de edad, ii) este poder o facultad que deviene de un derecho natural, debe estar concretado en la ley, para su respaldo jurídico y iii) la dependencia mutua obligatoria entre sujetos activos y pasivos, respectivamente, entre los padres y los hijos. (Malqui Reynoso y Momethiano Zumaeta, 2002, p. 947)

Desde todo punto de vista, no se podrá negar que el complejo de deberes y derechos que contiene la patria potestad, devienen del derecho natural<sup>24</sup>, que necesitan del protección y respaldo jurídico para asegurar o garantizar el cumplimiento y goce de éstos. Claro está, no necesitan del

---

<sup>24</sup> Forma una entidad autónoma, cuyas líneas y directrices fundamentales no son materia de alteración alguna por parte de la voluntad de los individuos. El hecho que en la actualidad constituya una institución de naturaleza privada (antiguamente significó también un grupo político) no impide la observación de las reglas del Derecho positivo destinadas a tutelar la vida social y con ella a la familia. (Hinostroza Minguez, 1999, p. 15).

reconocimiento o manipulación legislativa, para su eficacia, sino que su eficacia debe ser protegida y garantizada jurídicamente.

Por ello, si el Estado a través de la normatividad legal limita el ejercicio de los derechos y deberes que supone el ejercicio de la patria potestad, mientras los padres y los hijos cuenten con la capacidad de ejercerlos, representa, indefectiblemente, un acto ilegítimo, puesto que estos derechos no pueden ser dispuestos a merced de corrientes o tradiciones jurídicas, sino que deben ser respetados, defendidos, garantizados y protegidos de situaciones irregulares en el ejercicio de éstos. Evidentemente, la separación de cuerpos, el divorcio o la invalidación del matrimonio, no son circunstancias irregulares que justifiquen la limitación de los derechos en defensa del bienestar de los hijos, debido a que, estas causas son extrínsecas a la relación de padres e hijos.

## CONCLUSIONES

1. La patria potestad es la institución más importante del Derecho de Familia, ya que, por ésta, los padres se ven obligados a formar a sus hijos con adecuada moral, acorde a las buenas costumbres sociales, para que puedan convivir y desarrollarse en un ambiente pacífico y equilibrado. Esta constituye el conjunto de herramientas necesarias para construir una sociedad. Limitar su ejercicio sería sólo justificable cuando los menores corran grave peligro, o cuando los padres se vean imposibilitados de poder ejercerla, y no deberá ser limitada por ningún otro motivo. La separación de cuerpos, el divorcio o la invalidación, no impiden el ejercicio de dicha institución; suspender su ejercicio por estas causas no contribuyen al fortalecimiento y consolidación de la familia, sino que, se contraponen, a la protección del lugar donde se desarrolla la persona humana, quien es el fin supremo del Estado y de la sociedad.
2. La eficacia del derecho fundamental a la igualdad de derechos entre hijos, supone que todos éstos gocen de los derechos y deberes de sus padres en proporciones iguales, vinculándose a otro derecho fundamental, referido a la igualdad de derechos entre padres, dicha eficacia y vínculo deben ser garantizados por el principio del interés superior del niño, por ello, suspender la patria potestad por motivos externos a la relación de padres e hijos, como son la separación, divorcio o invalidación del matrimonio, representa una grave vulneración y oposición a la igualdad de derechos entre hijos y al principio del interés superior del niño, respectivamente.

3. La patria potestad alberga un complejo de deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos que devienen del derecho natural y necesitan de la protección jurídica para su garantía, por esta razón, solo podrá ser limitada en pro de la protección de los hijos, por su vulnerabilidad antes situaciones adversas a una relación estable con sus padres, sin embargo, cuando existan todas las posibilidades para que estos derechos sean ejercidos, no deberán ser limitados por causas externas a la relación padres – hijos, como la separación de cuerpos, divorcio o la invalidación del matrimonio, que más bien, son parte de la relación conyugal entre padres.

## RECOMENDACIONES

1. Al Presidente de la República, en cumplimiento del inciso 3 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, atienda al defecto normativo contenido en el inciso 4 del artículo 466 del Código Civil, ya que, es política de su gobierno atender las necesidades y los problemas especialmente de las poblaciones más vulnerables como la niñez.
2. Al Congreso de la República, derogar el inciso 4 del artículo 466 del Código Civil y, ampliar el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a las atribuciones constitucionales de defender, cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la Constitución, ya que, dicho apartado legal, se contrapone al principio constitucional de proteger a la familia, y a los derechos fundamentales a la igualdad de derechos entre hijos, a la igualdad de derechos entre padres y al principio del interés superior de niño consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención de los Derechos del Niño, de los que el Perú es parte obligada.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2008). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales. pp. 305-306.
- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicos en pocas palabras. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* ISSN: 0214-8676, 665 - 675.
- Alexy. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, número 05. ISSN: 0214-8876*, 139-151.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Asamblea General de la ONU. (1966). *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos*. New York.
- Asamblea General de ONU. (1966). *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Atienza, & Ruiz Manero. (2007). *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos, 4ta Reimp.* Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario. ISBN: 84-95015-23-4.
- Bäcker, C. (2014). Reglas, Principios y Derrotabilidad. *Cuadernos de Filosofía del Derecho. DOXA. 37. ISSN 0214-8676*, 31 - 44.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al Estudio del Derecho*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Bechara Llanos, A. (2011). Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales en Robert Alexy. *SABER, CIENCIA Y Libertad* ISSN: 1794-7154, 63 - 76.
- Caballero Pinto, H. V. (2013). Procedencia del hábeas corpus para tutelar el derecho a mantener las relaciones familiares. *GACETA CIVIL - ISSN: 1997-8812*, 26 - 33.

- Canales Torres, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia Nuevos Criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. ISBN: 978-612-311-189-2.
- Castillo Córdova, L. (2002). *Acerca de la Garantía del Contenido Esencial y de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales*. Piura: Repositorio PIRHUA.
- Castillo Córdova, L. (2005). El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Repositorio Institucional PIHRUA*, 4-16.
- Castillo Córdova, L. (2007). *Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores S.A.C. ISBN: 978-9972-224-53-9.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Congreso de la República. (2000). Ley N° 27337. *Código de los Niños y de los Adolescentes*.
- Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica .
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1990). *Sistema del Derecho Civil. Vol IV, 5ta edición*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio. Trad. Marta Guastavino*. Barcelona: Ariel. 4ta Reimp.
- Eto Cruz, G. (2011). Teoría de la Constitución y Teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *TC Gaceta Constitucional - ISBN: 978-612-4113-23-9*, 11-169.
- Ferrajoli, L. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra Editores.
- Ferrajoli, L., Moreso, J., & Atienza, M. (2009). *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. ISBN: 978-84-612-3659-6.
- González Pérez, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas.

- Grández Castro, P. (2016). *El Ascenso de los principios en la práctica*. Lima: Palestra Editores. ISBN: 978-612-4218-44-6.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argumentare*. Milano: Giuffré Editore.
- Hinostroza Minguez, A. (1999). *Derecho de Familia*. Lima: San Marcos.
- III Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París.
- Landa Arroyo, C. (2006). *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Landa Arroyo, C. (2013). La Constitucionalización del Derecho Peruano. *Derecho*. Lima: PUCP , 13-36.
- Malqui Reynoso, M., & Momethiano Zumaeta, E. (2002). *DERECHO DE FAMILIA (Tomo II)*. Lima - Perú: San Marcos .
- Montoya Chávez, V. (2007). *Derechos Fundamentales de los Niños y Adolescentes: El Interés superior del niño y el adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución*. Lima: Grijley. ISBN: 978-9972-04-156-3.
- O'Donnell, D. (1989). *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Pazo Pineda, O. A. (2014). *Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. ISBN: 978-612-311-111-3.
- Peralta Andía, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima - Perú: Moreno S.A. .
- Plácido V., A. (1997). *Ensayos sobre el Derecho de Familia*. Lima: RODAS.
- Plácido Vilcachagua, A. F. (2005). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Poder Ejecutivo. (1984). *Código Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Poder Ejecutivo. (1984). *Decreto Legislativo N° 276*. Lima.

- Prieto Sanchíz, L. (1990). La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades. *Estudios sobre Derechos Fundamentales. Pensamiento Constitucional AJ 10 VI/Nº8*, 62-102.
- Quiroz Frías, A. P. (2017). Implicancias del síndrome de alienación parental en el interés superior del niño. *GACETA CONSTITUCIONAL - 1997 - 8812*, 175 - 186.
- Ruiz Ruiz, R. (2012). La Distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad ISSN: 1692 - 3936*, 145 - 165.
- Tantaleán Odar, R. (2015). Anotaciones de Filosofía del Derecho. *Derecho y Cambio Social*.
- Varsi Rospligiosi, E. (07 de 2008). *enriquevarsi.com*. Obtenido de [enriquevarsi.com](http://enriquevarsi.com): [www.enriquevarsi.com/2008/07/derecho-de-relacin.html](http://www.enriquevarsi.com/2008/07/derecho-de-relacin.html)
- XIV Asamblea General de la ONU. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*.