

BOLETÍN N.º 03
DERECHO PRIVADO
Vol. I

**“Derecho de Familia, Sucesiones
y Defensa legal”**

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zepa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadores:

Mayra A. Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

AÑO N.º 01 / MAYO 2022

Autores de esta edición:

Javier Ignacio Arrieta García

Abogado por la Universidad de Lima

Manuel Bermúdez Tapia

Doctor en Derecho con Mención en Derecho Constitucional
por la Universidad Privada Antenor Orrego

Tania Carolina Bocanegra Risco

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Roberto Cabrera Suárez

Maestro en Gestión Pública y Master en Derechos
Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid

Olga María Castro Pérez-Treviño

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Maria Cecilia Del Carmen Guevara Acuña

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

Manuel Ibarra Trujillo

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal

Gladys Patricia Salas Pastor

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadores

Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

BOLETÍN N.º 03 (Vol. I)

DERECHO PRIVADO

Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal

Autores en esta edición:

Javier Arrieta García
Manuel Bermúdez-Tapia
Tania Bocanegra Risco
Roberto Cabrera Suárez

Olga Castro Pérez-Treviño
María Cecilia Guevara Acuña
Manuel Ibarra Trujillo
Gladys Salas Pastor

Amachaq
Escuela Jurídica

2022

Lima – Perú

ISSN: 2810-8361

BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO

DERECHO DE FAMILIA, SUCESIONES Y DEFENSA LEGAL

AÑO 01 – N.º 03 VOL. I – MAYO 2022

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Arrieta García, Javier Ignacio

Bermúdez-Tapia, Manuel

Bocanegra Risco, Tania Carolina

Cabrera Suárez, Roberto

Castro Pérez-Treviño, Olga María

Guevara Acuña, María Cecilia del Carmen

Ibarra Trujillo, Manuel

Salas Pastor, Gladys Patricia

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Huaccha Galarza, Mayra Alejandra

Atarama Macha, Juan de Dios

COLABORADORES:

Apumayta Arotoma, Sayuri Tania

Delgado Peña, María Elizabeth

Silva Quispe, Paul Anthony

Viera Quiroz, Gabriel

ISSN: 2810-8361

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º XXXXXXXXXX

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN MAYO DEL 2022 EN:

AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa - San Martín de Porres

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

BOLETIN N.º 03 (Vol. I)
“DERECHO DE FAMILIA, SUCESIONES Y DEFENSA LEGAL”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA
Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORES EN ESTA EDICIÓN:

MAYRA ALEJANDRA HUACCHA GALARZA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JUAN DE DIOS ATARAMA MACHA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

SAYURI TANIA APUMAYTA AROTOMA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MARÍA ELIZABETH DELGADO PEÑA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GIAN PIERO GARAY LOARTE
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

PAUL ANTHONY SILVA QUISPE
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GABRIEL VIERA QUIROZ
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. AUTORES

JAVIER IGNACIO ARRIETA GARCÍA
Abogado por la Universidad de Lima

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA
Doctor en Derecho con Mención en Derecho Constitucional por la
Universidad Privada Antenor Orrego

TANIA CAROLINA BOCANEGRA RISCO
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

ROBERTO CABRERA SUÁREZ
Maestro en Gestión Pública y Master en Derechos Fundamentales
por la Universidad Carlos III de Madrid

OLGA MARÍA CASTRO PÉREZ-TREVIÑO
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

MARIA CECILIA DEL CARMEN GUEVARA ACUÑA
Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

MANUEL IBARRA TRUJILLO
Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal

GLADYS PATRICIA SALAS PASTOR
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos



BOLETIN N.º 03 (Vol. I)
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Privado

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/b3-privado/>

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com

El Boletín N.º 03 (Vol. I) de Derecho Privado con eje temático “Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/b3-privado/>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	10
- La adopción judicial	
<i>María Cecilia del Carmen Guevara Acuña</i>	<i>13</i>
- La adopción y el análisis desde la jurisprudencia nacional	
<i>Gladys Patricia Salas Pastor</i>	<i>21</i>
- Diligencia excepcional y virtualidad	
<i>Tania Carolina Bocanegra Risco</i>	<i>31</i>
- La tenencia legal	
<i>Javier Ignacio Arrieta García</i>	<i>45</i>
- Los mitos contra la tenencia compartida	
<i>Manuel Bermúdez Tapia</i>	<i>53</i>
- El régimen de visitas analizado desde la realidad peruana: tratamiento en tiempos de pandemia	
<i>Manuel Ibarra Trujillo.....</i>	<i>61</i>

- **Situaciones controversiales en torno al régimen de bienes:
una revisión desde el campo práctico**
Olga María Castro Pérez-Treviño69

- **Análisis sobre la responsabilidad civil en el
incumplimiento del deber de fidelidad en el matrimonio y
en la ruptura de relaciones esponsalicias**
Roberto Cabrera Suárez75

PRÓLOGO

Una de las metas de todo ordenamiento jurídico es la eficacia social, la cual se alcanza cuando la norma positiva y la jurisprudencia son desarrolladas en atención a los cambios presentes en las instituciones sociales, en pos de no convertirse en una ley estéril. En este sentido, el Derecho de Familia gira en torno a una institución fundamental de la sociedad —siguiendo a la Constitución—: las familias (en plural).

Dado el constante devenir de la sociedad, el derecho no puede ser ajeno a las reconfiguraciones de la familia, la cual, siguiendo novedosas líneas doctrinales, no tiene como fuente única al matrimonio. Por esta razón, el Derecho de Familia no solo abarca el desarrollo del núcleo familiar, sino también otras situaciones como la añadidura de un integrante más en calidad filial en la adopción, la tutela del interés superior del niño tras un divorcio a través de la tenencia y la protección de los menores en riesgo, y la regulación del régimen de bienes, desde su constitución hasta su liquidación.

De acuerdo con sus consignas de democratización del conocimiento y de promoción del debate académico, AMACHAQ Escuela Jurídica expone a los apasionados del derecho este espacio de desarrollo doctrinario y ciertamente crítico con el cual el lector podrá dar cuenta de ciertos errores a nivel de la norma positiva e incluso, en el plano de la realidad, de ciertas *praxis* no recomendadas que contrarían el espíritu tuitivo del Derecho de Familia.

El material en cuestión es el primer volumen del Boletín N.º 03 de Derecho Privado, que, de forma sistematizada, presenta las

transcripciones y artículos del Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, llevado a cabo del 18 al 21 de abril del 2022 y organizado por AMACHAQ.

En este orden, es imperioso agradecer a cada uno de los ponentes que vertieron sobre el auditorio virtual, autorizadas reflexiones acerca de algunas de las instituciones del Derecho de Familia. Los mencionados académicos son los profesores María Cecilia del Carmen Guevara Acuña, Gladys Patricia Salas Pastor, Tania Carolina Bocanegra Risco, Javier Ignacio Arrieta García, Manuel Bermúdez-Tapia, Manuel Ibarra Trujillo, Olga María Castro Pérez-Treviño y Roberto Cabrera Suárez, a quienes está dedicada la presente producción.

Los tópicos abordados en esta entrega versan sobre la adopción, su tipología —que presenta una tratativa específica de aquella ventilada por el proceso único, y aquella realizada por la vía administrativa—, desarrollo jurisprudencial y normativo (nacional e internacional) a la luz del principio rector en esta materia, el interés superior del niño. Desde el análisis. Las profesoras María Cecilia del Carmen Guevara, Patricia Salas y Tania Bocanegra analizan agudamente la institución de la adopción.

Las reflexiones de los profesores Arrieta, Bermúdez-Tapia e Ibarra se centran en la institución de la tenencia, no solo develando una serie de mitos en torno a la misma, sino criticando la *praxis* de los operadores jurídicos frente al contexto e interés superior del niño; quedando establecido que el norte de esta institución de familia, aplicable tras una separación entre aquellos quienes tenían la patria potestad, es el bienestar del menor por sobre las ambiciones personales de los padres.

Aún en el desarrollo del Derecho de Familia, la profesora Olga Castro reflexiona —desde una óptica normativa y jurisprudencial— sobre la sociedad de gananciales y Roberto Cabrera hace una defensa de la responsabilidad civil en casos de incumplimiento de promesas sponsalicias.

Finalmente, AMACHAQ desea a su público una nutritiva adquisición de conocimientos en torno a las instituciones aludidas. No podríamos concluir este prólogo sin antes recordar el cariz y espíritu crítico que tienen cada una de nuestras producciones, esperando que este

Prólogo

conglomerado de ideas y reflexiones coadyuve a la construcción de un espacio de debate que nutra a su vez la tan humana y necesaria rama familiar del Derecho.

Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

La adopción judicial*

María Cecilia del Carmen Guevara Acuña**

Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Definición de la adopción / 3. Coordinadas legislativas sobre los distintos tipos de adopción / 4. Adopción judicial de niños, niñas y adolescentes / 5. Requisitos para la adopción por excepción / 6. Sobre el proceso de la adopción por excepción / 7. Precisiones adicionales sobre la adopción / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El Derecho de las Familias es una rama del Derecho sumamente versátil por cuanto las familias han evolucionado en su constitución y formación a través del tiempo. Sobre el primer aspecto, la constitución de las familias en nuestro país se ha materializado en nuevas formas que demandan de una regulación jurídica. Tal es el caso de la adopción, que se presenta como una forma de constituir una familia distinta al vínculo que genera la relación entre progenitor e hijo. La adopción se destaca por ser un “acto de amor” por el cual una persona voluntariamente acepta el rol de padre o madre con respecto del adoptado, en virtud de una relación afectiva que se ha ido desarrollando previamente y que desemboca en la asunción de las responsabilidades que la paternidad confiere. Nuestra legislación ha regulado ampliamente esta figura, sin embargo, no podría decirse que lo ha hecho ha cabalidad pues la adopción por parte de padres del mismo sexo sigue siendo un tema ajeno a nuestro tratamiento jurídico. A pesar de ello, es pertinente conocer y estudiar con un entendimiento crítico lo que rige actualmente a nuestra sociedad.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 21 de abril del 2022.

** Máster en Derechos de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios especializados en Derecho de Familia por la Universidad de Buenos Aires, con una segunda especialidad en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho del Trabajo por la Universidad San Martín de Porres y en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Jueza de Familia Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2. Definición de la adopción

La adopción es una forma de constituir la filiación. Sobre la filiación cabe recordar que se constituye de tres formas reguladas por nuestro Código Civil, estas son: filiación matrimonial, en la que se produce la relación de parentesco del niño con sus padres a raíz del matrimonio de estos; filiación extramatrimonial, que se produce cuando el progenitor o progenitora reconoce al hijo extramatrimonial (hijo que es producto de una relación amorosa externa al vínculo matrimonial); y filiación por ficción o adopción.

Hay que indicar que en nuestro país aún se carece de la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como si lo hacen otros países como Argentina. Cuando se da el caso del nacimiento de un niño por una TRHA, el procedimiento que actualmente se utiliza es el solicitar la adopción.

Retornando a la conceptualización de la adopción, esta es un acto jurídico que crea un vínculo de parentesco entre dos personas. Se trata de una filiación artificial en cuanto un hijo biológicamente ajeno se vuelve como un hijo propio. Por lo tanto, es una ficción legal en la que se establece una relación paterno filial o materno filial, y se generan los mismos derechos u obligaciones de la relación filial natural. El acto de la adopción es irrevocable por parte de los adoptantes, pero el adoptado sí tiene la posibilidad de modificar esta situación.

La adopción puede constituirse sobre niños, niñas y adolescentes, al igual que sobre las personas mayores de edad. Asimismo, otra clasificación de la adopción es la administrativa (para casos de niños, niñas y adolescentes), judicial (para personas mayores de edad y niños, niñas y adolescentes) y notarial (exclusiva para personas mayores de edad). Cabe indicar que la adopción judicial en nuestra legislación ha sido modificada hace un par de años atrás (los alcances se brindarán en los siguientes apartados).

3. Coordinadas legislativas sobre los distintos tipos de adopción

El primer supuesto corresponde a la adopción de los niños, niñas y adolescentes, al respecto la regulación expresa la encontramos en el Código de los Niños y Adolescentes, en el artículo 115, el cual menciona:

“La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paternofilial entre personas que no la tienen por naturaleza.”

En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

El segundo supuesto atañe a la adopción de las personas mayores de edad, en este caso la respectiva norma reguladora es la Ley N.º 26602 “Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos”, la cual permite que la adopción de personas mayores de edad con plena capacidad jurídica (esto es, de goce y de ejercicio) pueda presentarse ante un despacho notarial y solicitarse que se tramite la adopción con la persona que se estime competente adquiera la calidad de padre o madre adoptivo.

Paralelamente, el Código Procesal Civil señala que los procesos correspondientes son: para la adopción de personas mayores de edad, un proceso no contencioso ante un Juzgado de Familia; y para la adopción de niños, niñas y adolescentes, un proceso único (al igual que en el régimen de visitas y la suspensión de patria potestad).

4. Adopción judicial de niños, niñas y adolescentes

La adopción judicial ha sido modificada, y actualmente la adopción por excepción solo cuenta con dos supuestos regulados en el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 128, los cuales son:

1) *“El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos”.*

A manera de ilustración, téngase por ejemplo que una mujer ha tenido un hijo en su primer compromiso, y actualmente mantiene una nueva relación de pareja que ha de terminaron en matrimonio. El ahora esposo considera que el hijo de su consorte forma parte de su familia, por lo cual solicita su adopción.

Las circunstancias por las que se realiza la adopción son múltiples, abarcando desde el fallecimiento de los padres del menor, la ausencia de contacto del menor con sus padres aún vivos; o, a pesar de mantener contacto con sus padres, por el interés superior del menor, se desea que forme parte de una nueva familia que se está constituyendo.

En el caso de los convivientes, estos también son sujetos legitimados para la adopción por excepción. Para ello, es necesario el previo reconocimiento (judicial o notarialmente) de la unión de hecho que, además, debe estar inscrita en Registros Públicos.

II) *“El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción”.*

A saber, esta disposición convierte en sujetos legitimados para la adopción a los abuelos (segundo grado de consanguinidad), los tíos (tercer grado de consanguinidad), los primos hermanos (cuarto grado de consanguinidad), los suegros, yernos, nueras (primer grado de afinidad) y los cuñados (segundo grado de afinidad).

5. Requisitos para la adopción por excepción

Algunos de estos que señala la ley son:

- El adoptante goza de solvencia moral: La acreditación consiste en presentar certificados de antecedentes penales, policiales, entre otros. Es válida también la presentación de testigos cuyos descargos manifiesten que la persona es idónea para el cuidado del menor de edad.
- Edad del adoptante: Esta debe ser, por lo menos, igual a la suma de la mayoría (18 años) y la del hijo por adoptar.
- Asentimiento del cónyuge.
- Asentimiento del conviviente.
- El adoptado preste asentimiento si es mayor de 10 años: Existe una obligación constitucional, legal y moral de escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes. Por razón de ello, los legisladores han asumido que un niño mayor de 10 años tiene la capacidad de brindar una opinión espontánea de lo que desea para su vida. Para tales efectos, la entrevista con el menor es esencial al momento de discernir si la manifestación de voluntad del menor es espontánea (auténtica) o ha sido manipulada.
- Asentimiento de los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad: Esta es una situación relativa pues si los padres se negasen, se decidirá considerando el interés superior del menor. El proceder interdisciplinario es fundamental en esta situación donde se recurren a las evaluaciones psicológicas e los informes sociales que puedan recopilar el equipo multidisciplinario de la corte en que se tramita la adopción. El objetivo de este método es evaluar la situación del niño y arribar a la conclusión sobre qué es lo más conveniente para el menor tomando en cuenta sus convicciones de identidad, afectivas, etc.

- Si el adoptante es extranjero y el adoptado mayor de edad, aquel debe ratificarse personalmente ante el juez su voluntad de adoptar.

6. Sobre el proceso de la adopción por excepción

El proceso de adopción por excepción es un proceso único cuya duración máxima es de 6 meses. Los sujetos legitimados para ser partes de este proceso son las personas mayores de edad solteros o los cónyuges o los miembros de unión de hecho inscrita en Registros Públicos. Las normas aplicables son las que regulan al proceso único, y se aplica de manera supletoria el Código de los Niños y Adolescentes.

Para poder tener una mejor visión del proceso y buscar lo más conveniente para el menor, se utiliza la interdisciplinariedad. Tal como había sido indicado en el apartado anterior, el juez debe remitirse a informes y evaluaciones propias de otras áreas como la psicológica con el fin de optar por la solución apropiada para el menor. Estos estudios desde luego no desdeñan la opinión del niño, sino que la complementan pues son datos fácticos de la situación en que se encuentra el menor.

El proceso se desenvuelve de la siguiente manera:

- El proceso único empieza con la demanda la cual contiene la pretensión de la(s) persona(s) que deseen adoptar, en ella se debe mencionar al sujeto a quien desean adoptar y precisar el supuesto del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes al cual invocan.
- Los anexos deben contener lo siguiente: Si se trata del segundo supuesto ha de acreditarse el grado de consanguinidad o afinidad que aluden. Sumado a esto, deben presentarse el resto de las pruebas que sustenten los requisitos señalados en el apartado anterior (certificados laborales, certificados de antecedentes penales, policiales, etc.)
- En el admisorio el juez, con el fin de salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, nombra a un curador procesal que actúa como un “abogado del niño” y busca que este no sea manipulado y resguarde la participación del menor durante el proceso. Al mismo tiempo, participa un representante del Ministerio Público el cual participa en las audiencias con la facultad de intervenir junto al Juez de Familia en la entrevista con el menor, los padres y los pre-adoptantes.
- Emplazamiento de los progenitores: si uno de ellos hubiera fallecido, se acude al sucesor de esta persona; de no ser así se nombra un curador procesal.

- La contestación de la demanda por parte de los demandados, la cual tiene un plazo máximo de 5 días. Generalmente, al tratarse del padre o madre biológico(a) y su conviviente o esposo(a) se reconoce la demanda. En otras situaciones, los padres biológicos aceptan dar en adopción a su menor, de tal modo que el apellido de este cambiará por el de la nueva pareja de la madre o el padre biológico. Sin embargo, hay situaciones en que se declara en rebeldía de los padres biológicos por no responder al proceso teniéndose como cierto lo que manifieste la parte demandante.
- Convocación a audiencia única en la que realiza el saneamiento procesal (se advierte la existencia de una relación jurídica procesal válida) y en mérito al artículo 465 del Código Procesal Civil se resuelve declarar saneado el proceso. Junto a ello, en el saneamiento probatorio se admiten los medios probatorios que hayan presentado las partes y, si es necesario, se solicitan de oficio. Estos últimos son admitidos si ayudan a generar convicción de lo que se está por resolver, algunos son la entrevista con el menor, el uso interdisciplinario, entre otros.
- Emisión de la sentencia, previo dictamen fiscal que contiene una opinión del representante del Ministerio Público a efectos de aceptar o no la solicitud de adopción. Es la sentencia el fin del proceso, si esta declara fundada la pretensión de los adoptantes, se ordena a la RENIEC que extienda el acta de nacimiento correspondiente del menor, sustituyendo la original y anotando la adopción al margen de esta para proceder a su archivamiento. En seguida, en la nueva acta de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán el acta. Sobre esta acta nueva, queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador. Y, acerca de la partida original, esta conserva vigencia únicamente para el efecto de los impedimentos matrimoniales.

7. Precisiones adicionales sobre la adopción

La adopción es irrevocable para los adoptantes, no obstante, el menor o el incapaz que ha sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción. En el caso del niño, esta revocación puede efectuarse dentro del año siguiente de su mayoría de edad (19 años), mientras que, en el caso del incapaz, a la fecha en que desapareció su incapacidad.

Para ambos supuestos, el juez la declara sin más trámite, es decir, no se necesita argumentar la pretensión.

Por otro lado, al ser la adopción un acto jurídico puro no puede realizarse bajo modalidad alguna ni bajo condiciones. De igual manera, está prohibida la pluralidad de adoptantes salvo cónyuges convivientes, por lo que nadie puede ser adoptado por dos padres o dos madres al mismo tiempo.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿El conviviente (de un progenitor) que ha criado a un niño como suyo, puede adoptarlo a pesar de que el padre biológico haya reconocido al menor más no cumplió con sus labores paternales?

Si son convivientes y esta convivencia está reconocida legalmente, ya sea a través de un Juzgado de Familia o por una notaría y está inscrita en Registros Públicos, entonces esta persona sí está en la calidad de solicitar la adopción por excepción. Un razonamiento favorable es el descuido por parte del otro padre biológico sobre la crianza del menor; a pesar de que el padre biológico se negase deberá tomarse en cuenta que la calidad de padre no solo se limita a la transferencia del apellido al menor, sino que se extiende hasta las responsabilidades consecuentes de este vínculo.

8.2. En caso de que el niño se haya encontrado en un albergue porque sus padres han perdido la patria potestad de este, y el abuelo lo recogió, pero el menor no se siente cómodo con ello, ¿se puede solicitar la adopción por parte de una de las tías del niño?

Sí, podrían las tías solicitar la adopción. El Juez de Familia deberá evaluar quién es la persona más idónea para el ejercicio y cuidado del niño. En esta situación, reviste especial importancia la opinión del menor, acompañada de la evaluación psicológica pertinente.

8.3. ¿Cuánto tiempo en promedio dura el proceso de adopción?

Aproximadamente la adopción judicial puede durar un mínimo de tiempo de 6 meses que se extiende hasta 1 año cuando son casos de niños, niñas y adolescentes. En la situación de adopción a un mayor de edad, el proceso suele durar menos tiempo por ser un proceso sumarisísimo, específicamente un aproximado de 3 meses. Evidentemente, esto dependerá de la naturaleza del caso, pues si se trata de un tema urgente se busca la mayor celeridad en el proceso.

La adopción y el análisis desde la jurisprudencia nacional*

Gladys Patricia Salas Pastor**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La adopción en el Perú / 2.1. La adopción administrativa / 2.1.1. Principios / 2.1.2. Etapas / 2.2. La adopción judicial / 3. Casuística / 3.1. Casos extranjeros / 3.2. Casos nacionales / 4. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Antes de abordar el tema de fondo, es necesario realizar una acotación sobre algunas ideas extendidas que las personas conservan acerca de la adopción. Ello principalmente surge cuando se les consulta referido a quién desean adoptar o qué es lo que buscan con la adopción, se obtiene como respuesta que algunos desean adoptar a bebés o niños pequeños. Puesto que, estas personas consideran que podrán acompañarlos durante todo su desarrollo de vida, estar al lado de ellos, inculcarles ciertos patrones conductas, guiarlos e incluso esperan que, de esa manera, los niños no se den cuenta que quienes los crían son realmente sus padres adoptivos.

Lo anterior es una idea muy alejada de la institución jurídica de la adopción, ya que la misma busca garantizar el derecho a vivir en familia de cada niño, niña y adolescente.

Asimismo, se conoce que existen Centros de Acogida Residencial, en los cuales se encuentran niños y niñas de todas las edades, incluyendo a los adolescentes de 16 y 17 años. Por tanto, si todas las personas adoptaran únicamente a bebés o niños pequeños, al resto de niños se les estaría vulnerando su derecho a vivir en familia y de alguna forma se les estaría obligando a permanecer en estos centros.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 21 de abril de 2022.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresada de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogada voluntaria en la organización Acción por Igualdad (APORI).

Por eso, justamente la adopción busca evitar que los niños, niñas y adolescentes permanezcan de manera prolongada en los centros de acogida. De esta manera, esta institución se orienta a garantizarles el derecho a vivir en familia, en un entorno adecuado, en el que puedan desarrollarse como personas, sentirse protegidos, satisfacer sus necesidades; y no por el contrario, negarles estos derechos.

De lo expuesto, se desprende que la adopción es una institución generada para el niño y con miras hacia la niñez, mas no para satisfacer las necesidades de una persona que tenga deseos de adoptar.

2. La adopción en el Perú

Con esta previa consideración, se abordará el aspecto normativo. En el Perú se regulan tres tipos de adopción: la notarial, la judicial y la administrativa. No obstante, en este caso, se examinará la adopción administrativa y la judicial.

2.1. La adopción administrativa

La adopción administrativa es un procedimiento que se lleva a cabo por la Dirección General de Adopciones, la cual es un área que pertenece al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP). Por otro lado, la norma principal que se aplica en este tipo de adopción es el Decreto Legislativo N.º 1297, el cual se publicó en el año 2016 y cuya vigencia inició en el año 2018 junto con su reglamento.

En este tipo de adopción únicamente van a formar parte los NNA (niños, niñas y adolescentes) con declaración de desprotección familiar y adoptabilidad. Esto último hace referencia a una declaración judicial emitida por un juez de familia que, luego de analizar caso por caso, señala que no hay una manera viable que el NNA retorne a su hogar o en su defecto con la familia extensa. Por lo cual, los niños, niñas y adolescentes que cuenten con la declaración de desprotección familiar y adoptabilidad ingresan al denominado *Registro de NNA con carácter de adoptabilidad*. Es así como solamente los niños que se encuentren en ese registro serán sujetos de una adopción administrativa.

2.1.1. Principios

De esta nueva normativa contenida en el Decreto Legislativo N.º 1297 y su reglamento, se destacan muchos aspectos, puesto que también se integran las normas relativas a la niñez y se establecen al mismo tiempo cuatro principios para la adopción administrativa.

El primero se refiere a la idoneidad de la familia adoptante. En este extremo se presentan determinadas familias que pueden realizar la adopción. Por lo que, para ser familias capaces de adoptar, previamente tienen que aprobar una evaluación a cargo de la Dirección General de Adopciones. Si todo es positivo, se les declara familias idóneas e ingresan al denominado *Registro de adoptantes*.

El segundo principio es el de preservación de los vínculos fraternos. Contempla a grupos de hermanos en los cuales es común que se conformen por tres o cuatro integrantes. Así, con este principio lo que se busca es preservar que un mismo grupo de hermanos sea adoptado por una sola familia y, en consecuencia, no sean separados. Cabe resaltar que ello se realizará siempre y cuando no afecte el interés superior del niño.

El tercer principio es el carácter subsidiario de las adopciones internacionales. En este aspecto, cabe precisar que hay dos tipos de adopción administrativa señalados claramente en las normas. Por un lado, se encuentra una adopción nacional y por el otro, una internacional.

En la adopción nacional, la familia que desea adoptar se encuentra en territorio peruano y vive en el país, aplicándoseles únicamente el Decreto Legislativo N.º 1297 y su reglamento. En cambio, la adopción internacional se presenta cuando la familia reside en otro país; en esta situación, se aplican el Decreto Legislativo N.º 1297, los Tratados Internacionales firmado entre países y el Convenio de la Haya sobre la Protección de menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional del año 1993.

Este principio de carácter subsidiario señala que el órgano competente, antes de realizar una adopción, debe tomar en cuenta que ese NNA debe, en la medida de lo posible, permanecer en territorio peruano; es decir, ser adoptado por una familia nacional para evitar el desarraigo de cultura, de idioma y otros factores que puedan afectar el interés superior del niño. Esta es la finalidad primordial, pero si después de agotar todas las instancias se advierte que la adopción nacional no es viable o aún más, que va en contra del interés superior del niño, se optará a la adopción internacional.

El cuarto principio es el de integralidad en la regulación de las adopciones. Con ello, se pretende señalar que los derechos y garantías reconocidos a todo NNA se van a aplicar tanto en la vía judicial como a la administrativa.

2.1.2. Etapas

Con respecto a las etapas del procedimiento administrativo, se puede subdividir en cuatro fases: evaluación, designación, integración y post-adopción.

La primera fase comprende la evaluación. Aquí se lleva a cabo lo preliminarmente mencionado, es decir, lo referido al análisis y evaluación de las familias. Aprobado ello, se emite una resolución administrativa declarando la idoneidad de dichas familias.

A continuación, se pasa a la segunda fase denominada designación, la cual consiste en advertir si determinada familia le es adecuada a un niño o niña en específico. Se analizan las distintas familias, a fin de elegir a la más adecuada.

La tercera comporta la integración familiar. En esta fase, se hace una presentación entre la familia y el niño. Seguidamente, se mantiene la comunicación entre ellos y si todo opera correctamente, se puede efectuar una etapa de convivencia por un plazo determinado de 10 días hábiles tal como lo establece la normativa. Finalmente, si esta convivencia resulta adecuada para el menor, se emite un informe y una resolución administrativa que declara la adopción de naturaleza irrevocable.

Posteriormente, se presenta una fase adicional que consigna el seguimiento post-adoptivo constante y periódico. En ese sentido, el equipo multidisciplinario encargado realiza la supervisión necesaria, dando cuenta si el desarrollo se realiza acorde al interés superior del niño, si hay una adecuada convivencia o si no se les afecta sus derechos. En este extremo, cuando se trata de una adopción nacional, el seguimiento post-adoptivo se realizará por tres años, sin embargo, ante una adopción internacional, el seguimiento será de cuatro años, excepto si el plazo varía en los convenios internacionales realizados con el Perú.

2.2. La adopción judicial

La adopción judicial, también denominada adopción por excepción, se lleva a cabo por el juzgado de familia; asimismo, las normas que se aplican corresponden al Código Civil de los Niños y Adolescentes específicamente a su artículo 128, el cual configura dos supuestos: ante la presencia de un vínculo matrimonial y cuando existe un vínculo de parentesco. En el primer caso, la persona que desea adoptar está vinculada matrimonialmente con el padre o madre de los niños biológicos. En el segundo, se hace referencia a que la persona que desea adoptar tiene un vínculo de parentesco

con el NNA hasta un cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

También el Código Civil menciona algunos requisitos con respecto a la adopción judicial en el artículo 378. Adicionalmente, cuando se va a presentar la demanda de adopción se debe cumplir con las formalidades de los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil referidos a los requisitos y anexos de la demanda, respectivamente.

3. Casuística

3.1. Casos extranjeros

Como primer ejemplo, se puede mencionar el referido al *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cuya sentencia la dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 9 de marzo de 2018.

Se trata de un caso interesante, pero triste a la vez por la afectación que se causó a dos hermanos de dos y siete años. El suceso empezó en el año de 1996 cuando se realizó una llamada telefónica anónima a las autoridades competentes de Guatemala en la que se informaba que dos niños se encontraban en situación de abandono. Por tal motivo, las autoridades acudieron al domicilio señalado y se encontró a dos niños de siete y dos años, quienes eran hermanos, sin la presencia alguna de un adulto, debido a ello, se los llevaron a un centro de acogida residencial o albergue. Allí permanecieron por varios meses, a pesar de que la madre al enterarse de lo sucedido se dirigió a las autoridades y reclamó la devolución de sus hijos, sin embargo, ello no sucedió aunque ambos padres presentaron diversos escritos exigiendo la devolución.

Luego de dos años, en 1998 se realizó la adopción internacional de los niños, empero, lo peculiar es que ambos niños fueron adoptados por distintas familias norteamericanas. A pesar de esta situación, los padres continuaron con los reclamos y en el 2006 llegaron hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; posteriormente, en el año 2016 el caso llegó a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Tras analizar la problemática, se determinó que el Estado de Guatemala era responsable por lo sucedido incluyendo la vulneración de los derechos del niño. Los argumentos que sostuvieron dicho fallo residen en que en ningún momento se tomó en cuenta la opinión de los niños, toda vez que no existía prueba alguna en el expediente. El otro argumento se ampara en que no se consideró que la adopción internacional tiene carácter subsidiario. En otras palabras, las autoridades no analizaron si era más adecua-

do que se quedaran en su país o si había familias nacionales que podrían adoptarlos a fin de evitar todo el potencial desarraigo.

Con posterioridad, el hermano mayor, Osmín, quien tenía 7 años al momento de ser separado de sus padres, cuando llegó a la mayoría de trató de contactarse con su hermano menor por la red social de Facebook, pero lamentablemente su hermano no quería saber nada de la situación y pidió no ser involucrado en el caso. Como se observa, se quebraron totalmente los vínculos familiares. Adicional a ello, se manifiesta que ambos hermanos perdieron el idioma español, por ende, se materializa un daño casi irreparable.

Otro caso ante la CIDH es el de *Forneron e hija vs Argentina* que finalizó con la sentencia del 27 de abril de 2012.

Lo acontecido se inició en el año 2000 cuando la señora Diana y el señor Forneron tuvieron una hija, no obstante, la señora Diana siempre le negaba la paternidad. De este modo, la señora al día siguiente de dar a luz, la dejó en guarda provisoria con fines de adopción y se la dio a una familia en matrimonio. A pesar de ello, el señor Forneron la reconoció como su hija, por lo que pidió la devolución de la niña para criarla y estar a su lado. Sin embargo, su petición no fue atendida y luego de un largo proceso judicial, en el año 2005 se declaró la adopción simple.¹

En el año 2010 el caso llegó a la jurisdicción de la CIDH la cual evaluó la situación y declaró que había responsabilidad por parte del estado argentino, debido a que no se habían observado los requisitos normativos para la adopción como lo era el consentimiento del padre biológico, en segundo lugar, se vulneró el derecho a la protección de la familia, los derechos del niño y el derecho a la identidad.

Precisamente, en lo que respecta al derecho a la identidad, el mantenimiento del vínculo familiar es de suma importancia. En el caso del señor Forneron no se respetó —a pesar de realizarse la adopción simple—, en cuya sentencia se señalaba la vinculación entre el señor Forneron y su hija, mas nunca se hizo efectiva, por ejemplo, nunca se configuró el régimen de visitas. Finalmente, una de las medidas que la Corte dictaminó fue que nuevamente se realice un procedimiento que permita la efectiva vinculación entre el padre biológico y la niña.

¹ En Argentina existen dos tipos de adopción, la simple y la plena. La primera permite que los derechos y deberes que resultan del vínculo biológico no quedan extintos.

3.2. Casos nacionales

Un primer caso es lo referido a la Casación N.º 4510 - 2017 Arequipa, versa sobre una adopción por excepción de dos niños que empezó en el año 2013, cuando el demandante solicitó la adopción de los hijos de su cónyuge. Asimismo, indicaba en su demanda que el padre biológico no se hacía cargo de los niños, esto es, no los visitaba, ni pasaba manutención constante. Pese a ello, el padre biológico se mostró en contra de lo peticionado, en la contestación de la demanda.

Tras el análisis respectivo, en primera instancia se declaró infundada la demanda de adopción debido a la evaluación de los requisitos expresados en el artículo 378 del Código Civil respecto a la solvencia moral. Justamente, años atrás, el demandante había sido denunciado por una ex conviviente por violencia familiar; por ello, se argumentó que no le correspondía asumir una adopción ya que no cumplía con los requisitos, a esto se adiciona que el padre biológico no estaba de acuerdo con la adopción.

No obstante, el demandante apeló y en segunda instancia se confirmó la sentencia apelada con los mismos argumentos, por ello se llegó a la etapa de casación. Ya en esta fase, la Corte evaluó el caso y consideró que las instancias previas no habían evaluado determinados medios probatorios como la declaración de los niños, el informe social y psicológico de los mismos.

Ante ello, se declaró fundada la casación y nula la sentencia de vista, por lo que se retornó a segunda instancia, analizándose los medios probatorios faltantes y se declaró fundada la demanda de adopción por excepción, bajo el argumento de que, si bien el demandante había sido denunciado por violencia familiar, éste había cumplido con lo mandado por el juez en aquella época, asimismo, no se evidenció reincidencia, por lo cual no se le podía considerar con carencia de solvencia moral.

Ahora bien, con respecto a la oposición radical del padre biológico, la Sala señaló que, aunque éste tenía el derecho de la patria potestad sobre sus hijos, no era de carácter absoluto y no podía ir más allá del interés superior del niño. Aunado a ello, en el informe psicológico los niños alegaban que su padre biológico era un "conocido más de la familia, un amigo que venía a visitar" en contraposición del demandado, a quien consideraban como padre. Por lo expuesto, es que se consideró que debía primar el interés superior del niño y se declaró fundada la demanda de adopción.

Un segundo caso, se encuentra la Casación N.º 2139 - 2017 La Libertad. Surgió en el año 2016 a raíz de la presentación de una demanda de adop-

ción por excepción basada en el prohijamiento.² Ello debido a que la parte demandante había criado a un niño por más de dos años. Igualmente señalaba que, al momento de empezar a convivir con el niño, ella se encontraba casada; sin embargo, a la fecha de la presentación de la demanda ya no vivía con su cónyuge, puesto que se encontraban en un proceso de divorcio.

Al respecto, en la primera instancia se declaró infundada la demanda por carecer del consentimiento del cónyuge, uno de los requisitos exigidos por el artículo 378 del Código Civil. Después se apeló la decisión; ya en segunda instancia no surgieron cambios por lo que se confirmó la sentencia apelada, debido a que no se evidenciaba el asentimiento del cónyuge y aún no existía una sentencia de divorcio.

Oportunamente, el caso llegó a la fase casatoria. Luego de un profundo análisis, la Corte sustentó que los órganos jurisdiccionales realizaron una interpretación literal de la norma, por lo que faltaba una interpretación integral. Por tanto, se declaró fundada la casación y que se debía emitir una nueva sentencia. De esta manera, el juzgado se pronunció nuevamente e indicó, a pesar de la situación, debía prevalecer el interés superior del niño y esclarecerse cuál era la situación legal del menor. Por lo cual, se declaró fundada la adopción por excepción, garantizándose los derechos del niño.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. ¿Existe alguna data cuantitativa del registro de niños, niñas, adolescentes y adoptantes?

Sí existe y ello lo maneja la Dirección General de Adopción. Si bien está disponible en cifras, no se divulga los datos personales para todo el público por ser de carácter confidencial. Así, se puede obtener las cifras en la página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables e incluso se puede solicitar por acceso a la información, pero recalcando que solo las cifras son accesibles, mas no los nombres.

² Antes de la emisión y entrada en vigor del D. Leg. N.º 1297 existían tres supuestos para la adopción por excepción. El de vínculo matrimonial, de vínculo de consanguinidad y el prohijamiento. Este último significaba que, si una persona convivió junto un niño, niña o adolescente sin ningún vínculo familiar, por el periodo no menor de dos años se podía solicitar la adopción por excepción. Ahora, como se mencionó en un inicio, a partir de la vigencia del D. Leg. N.º 1297, solo rigen los dos primeros supuestos para los casos de adopción por excepción.

4.2. ¿Cómo podría superarse la concepción errónea de que la adopción aparece como solución para las personas que no pueden procrear?

Ello se puede considerar como una idea arraigada, pero a través de conferencias y conversatorios se podría ir cambiando lo mencionado. Asimismo, la Dirección General de Adopciones brinda talleres a las familias que desean adoptar. Este marco es positivo por parte del ministerio, ya que realizan talleres desde hace muchos años. Entonces, sin duda se contribuye a la superación de dicha idea.

4.3. Durante la adopción administrativa, ¿existiría algún reto por enfrentar?

Efectivamente. El Decreto Legislativo N.º 1297 es de aplicación reciente, por lo que existen aspectos pasibles de mejorar a nivel administrativo a través de directivas. Por ejemplo, la adopción de los grupos especiales, de los grupos de hermanos y de los niños con problemas de salud.

Diligencia excepcional y virtualidad*

Tania Carolina Bocanegra Risco**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Cuestiones previas / 2. El proceso de declaración judicial de desprotección familiar / 3. Importancia de escuchar al NNA en el desarrollo en los procesos de desprotección familiar / 4. Diligencia excepcional en los procesos en los que se encuentran involucrados NNA en desprotección familiar / 5. Virtualidad en los procesos de desprotección / 6. Retos pendientes / 7. Referencias.

1. Cuestiones previas

La Convención sobre los Derechos del Niño¹ considera trascendente que el niño permanezca con su familia de origen, ciertamente un grupo fundamental de la sociedad para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, teniendo como premisa que para el pleno y armonioso desarrollo del niño niña y adolescente —en adelante NNA— y de su personalidad debe crecer en el seno de la familia², entendida como aquel espacio natural de

* El texto es una reedición del artículo antes publicado en BOCANEGRA RISCO, T. C., «Diligencia Excepcional. Procesos simplificados de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos», en *Gaceta de Familia*, tomo 5, Lima/Perú, Marzo-Abril 2022.

** Magister en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Especialista en Políticas Públicas por la Universidad del Pacífico, Especialista en Perspectiva de Género por la Universidad de Castilla-La Mancha España, Becaria en la Universidad de FLACSO-Argentina en el Programa de Políticas Públicas y Género en América Latina y el Caribe. Juez Supernumeraria de la Especialidad Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

1 La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 de fecha 03 de agosto de 1990, prohíbe que toda persona menor de edad sea sometida a torturas y a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, de acuerdo a dicho tratado. De tal manera, debemos entender por “niño” a todas aquellas personas menores de 18 años.

2 El Tribunal Constitucional Peruano en la **STC 09332-2006-AA**, señaló que la familia se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, políticos y económicos que conllevan una reinterpretación o redefinición de dicho concepto; ergo, es discriminatorio reducir el ámbito de protección a los conceptos tradicionales, entendidos como familia nuclear matrimonial. Por el contrario,

protección y cuidado. Sin embargo, a la luz de lo señalado en el Informe Anual 2020³ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH—, se determina que producto precisamente de las medidas de aislamiento social producidas por COVID-19, se ha generado un aumento exponencial de violencia contra las mujeres y las niñas dentro de sus hogares, lo que implica replantearnos al hogar como aquel espacio de cuidado y protección para el NNA y visibilizar la responsabilidad que asume el Estado ante el incumplimiento de los deberes de los padres respecto de sus hijos, con especial atención, de aquellos integrantes de la familia que tengan mayores condiciones o factores de riesgo.

Y es que en el caso Peruano, en aras de dar cumplimiento a los tratados y documentos internacionales⁴ vigentes y con el propósito de garantizar el ejercicio pleno de los NNA a nivel nacional, se han implementado políticas públicas⁵ y políticas de Estado, marcos normativos nacionales y servicios especializados favor de la infancia y la adolescencia, no obstante, un indi-

corresponde ampliar y extender dicha protección a los integrantes del grupo familiar y a las relaciones familiares.

3 Respecto a la “Declaración Covid-19 y derechos humanos” puede revisarse CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2020*, (Costa Rica: 2020), <https://corteidh.or.cr/docs/informe2020/espanol.pdf>

4 El Perú ha ratificado en ese marco internacional de protección de NNA la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados; Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convenio OIT 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo; Convenio OIT 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil; Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; Convenio sobre Adopción Internacional; y Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional.

5 En materia de instrumentos de política a favor de NNA, se aprobaron cuatro Planes Nacionales de Acción por la Infancia y Adolescencia que han orientado la gestión a favor de dicha población. El primer Plan Nacional de Acción por la Infancia, tuvo un periodo de 1992 a 1995. El segundo plan nacional, vigente entre los años 1996 y 2000, al igual que el primero, estableció tres objetivos globales: Supervivencia, Desarrollo y Protección. En mayo de 2002 se promulgó el tercer Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2002-2010, que incluyó 4 objetivos estratégicos, organizados de acuerdo al ciclo de vida de las NNA. El cuarto y último plan nacional vigente tiene un horizonte de tiempo que va desde el 2012 al 2021, siendo los principales entes rectores el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables así como el Ministerio de Justicia, entes que no lograron asegurar la eficaz implementación de los planes, lo que conlleva a que en el año 2021 se apruebe la **Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030**, como instrumento marco de políticas públicas en temas de niñez y adolescencia que orienta la acción del Estado en sus tres niveles de gobierno al desarrollo de intervenciones articuladas, a fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Perú ello en coherencia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobados por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas en 2015.

cadador de que los esfuerzos son muchos pero estos no resultan ser eficaces, es el resultado de más de 3 millones de NNA entre 9 a 17 años en situación de riesgo de desprotección familiar en el año 2019⁶ existentes en el Perú. Este proceso histórico de revertir lo impactos negativos en este grupo de especial vulnerabilidad como son NNA en desprotección, implicó el ajuste de la normativa nacional vigente⁷ y el fortalecimiento de las principales instituciones involucradas en el aseguramiento de los NNA como sujetos de derecho, garantizando su bienestar en todos los ámbitos de su desarrollo, siendo importante resaltar la reciente implementación de instituciones como las Unidades de Protección Especial⁸ —en adelante UPE—

6 Según el Tablero de Desempeño Niñez y Adolescencia “PP0117” realizado con data de ENARES, existen 3 402 374 NNA de 9 a 17 años en situación de riesgo de desprotección familiar en el año 2019. Revisar: <https://www.mimp.gob.pe/omep/estadisticas-tablero-desempeno-nna.php>

7 Dentro del marco normativo nacional a favor de NNA, tenemos la Constitución Política del Perú, Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337); Ley General de Educación (Ley N.º 28044); Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (Ley N.º 28950); Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes (Ley N.º 30403); Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (Ley N.º 30466); Ley que modifica los artículos 96, 123, 124 y 140 del Decreto Legislativo N.º 1297; Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (Ley N.º 30690); Ley que promueve la atención educativa integral de los estudiantes en condiciones de hospitalización o con tratamiento ambulatorio de la educación básica (Ley N.º 30772); Ley que establece condiciones para el ingreso de niñas, niños y adolescentes a establecimientos de hospedaje a fin de garantizar su protección e integridad (Ley N.º 30802); Ley que implementa un subregistro de condenas y establece la inhabilitación definitiva para desempeñar actividad profesión ocupación u oficio que implique el cuidado vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes (Ley N.º 30901); Ley que modifica el artículo 52 de la Ley N.º 29944; Ley de reforma magisterial, para incorporar la sanción de inhabilitación permanente por hostigamiento sexual (Ley N.º 30903); Ley que fortalece la implementación de espacios de acogida temporal para víctimas de trata de personas y explotación sexual (Ley N.º 30925); Ley que modifica el Código Penal respecto a las sanciones del delito de explotación sexual en sus diversas modalidades y delitos conexos, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres (Ley N.º 30963); Norma para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (Decreto Legislativo N.º 1297); Norma que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes (Decreto Legislativo N.º 1377); Norma que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1297, para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (Decreto Supremo N.º 001-2018-MIMP); Norma que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30466; Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP); Norma que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30403, ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes (Decreto Supremo N.º 003-2018-MIMP); Ley General de la Persona con Discapacidad, promoviendo la accesibilidad urbana para niños, niñas y adolescentes con discapacidad, así como el acceso y cobertura a las tecnologías de apoyo, dispositivos y ayudas compensatorias (Decreto Supremo N.º 006-2019-MIMP); Norma que modifica el Decreto Supremo N.º 003-2016-MIMP, que aprueba el “Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021” y constituye la Comisión Multisectorial Permanente encargada del seguimiento y la fiscalización de las acciones de implementación del Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021 (Decreto Supremo N.º 010-2019-MIMP); Norma que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30254, Ley de promoción para el uso seguro y responsable de las tecnologías de la información y comunicaciones por niños, niñas y adolescentes (Decreto Supremo N.º 093-2019-PCM). Norma que aprueba el Protocolo de Entrevista Única para Niñas Niños y Adolescentes en Cámara Gesell (Resolución Administrativa N.º 277-2019-CE-PJ) entre otras.

8 Las Unidades de Protección Especial son la instancia administrativa del Ministerio de la Mujer y

dispuestas con el Decreto Legislativo N.º 1297, “Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”. El presente artículo, por ende, señala que a nivel judicial aún existen deficiencias que intentaremos delimitar y que impiden un proceso ágil y célere.

2. El proceso de declaración judicial de desprotección familiar

El proceso de desprotección familiar se encuentra regulado sobre la base del Decreto Legislativo N.º 1297, su reglamento y sus modificatorias, el cual determina si el NNA se encontraría en una situación de desprotección familiar⁹, entendida como aquel estado de incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de protección por parte de los responsables de su cuidado, que afecta gravemente a su desarrollo integral, o solo existe un riesgo de desprotección¹⁰, entendido como aquel estado en la que se encuentra NNA donde el ejercicio de sus derechos es **amenazado** o afectado por circunstancias personales, familiares o sociales, que perjudican su desarrollo integral sin revestir gravedad y no son o no pueden ser atendidos por su familia. Así pues, busca el reconocimiento del derecho de NNA a vivir en familia¹¹, a ser criados por esta, y el deber del Estado de prestar apoyo a las familias como medida de protección a las NNA. También, reconoce que, si bien los responsables de garantizar los derechos de NNA son directamente los padres, madres y familiares de estos, existe la obligación del Estado de efectivizar el cumplimiento de la responsabilidad parental, en base a los principios diligencia excepcional, interoperabilidad, coordinación institucional, progresividad, necesidad¹² e idoneidad¹³, etc.

Poblaciones Vulnerables que participa en el procedimiento de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes. Se encarga de la etapa de evaluación socio familiar, de la implementación del Plan de Trabajo y del seguimiento de las Medidas de Protección.

9 Definición según Directiva N.º 17-2020-CE-PJ. Aprobado por Resolución Administrativa N.º 000311-2020-CE-PJ. Procesos Simplificados de Desprotección Familiar de Niñas, Niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.

10 Definición según Directiva N.º 17-2020-CE-PJ. Aprobado por Resolución Administrativa N.º 000311-2020-CE-PJ. Procesos Simplificados de Desprotección Familiar de Niñas, Niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.

11 En definitiva no es algo novedoso afirmar que la dinámica de los procesos de familia dentro del mundo contemporáneo ha develado una necesidad urgente, de implementar y desarrollar procedimientos cada vez más humanos, acordes a nuestra realidad, en la que aquel el “**grupo familiar**” que pretende proteger el estado, o que muchas veces ha intentado proteger con rigurosidad ahora ha cambiado, lo que por años viene sosteniendo el Profesor Manuel Bermudez Tapia y que hoy los marcos regulatorios de manera incipiente empiezan a abordar en el Perú.

12 El principio de necesidad, implica que la separación de la niña, niño o adolescente de su familia sea dispuesta únicamente cuando todos los medios posibles para mantenerlo en su familia no han surtido efecto o han sido descartados. Según Directiva N.º 17-2020-CE-PJ.

13 El principio de idoneidad, implica la selección de la medida de protección más adecuada y que mejor satisfaga las necesidades de cada niña, niño o adolescente. según Directiva N.º 17-2020-CE-PJ.

Los procesos en los que se involucra a un NNA son prioritarios y urgentes, por lo que deben ser resueltos en plazos breves, contrarrestando así los impactos negativos en este grupo de especial vulnerabilidad que se encuentran en desprotección familiar o en riesgo de desprotección. Sin embargo, según lo indicado por la Subgerencia de Estadística del Poder Judicial para el año 2021, el tiempo en promedio en días calendarios de duración de los procesos judiciales en materia de desprotección familiar, oscila entre **365** días a **1314** días¹⁴, lo que nos lleva a visibilizar una problemática que urge abordar de manera integral.

Debe resaltarse que, aunada a la problemática vigente referido a la demora excesiva en la tramitación de los procesos judiciales de desprotección familiar, surge la dación de marcos normativos nacionales que han conllevado a problemas en su aplicación por parte de los operadores de justicia, ello al no existir una legislación especializada, integral y coherente en los procesos que involucran a los NNA. Ello se pone de manifiesto en la realización de los plenos jurisdiccionales distritales, regionales y nacionales, que, si bien no son vinculantes, son indicadores de que existen criterios no unánimes por parte de los jueces de familia de las distintas Cortes Superiores de Justicia del País, verbigracia, los casos de violencia recaída en niños y adolescentes varones, quienes a la luz del art. 7 del Texto Unico Ordenado de la Ley N.º 30364, estarían fuera del ámbito de protección¹⁵; o en casos de castigo físico, el determinar cuál sería la vía correspondiente (administrativa o judicial) partiendo de la aquella alegación de la intención de corregir bajo los alcances de la Ley N.º 30403, "Ley que prohíbe el castigo físico y trato humillante de NNA"; o el que uno de los principales condicionantes para declarar la desprotección de NNA sea la pobreza o pobreza extrema, sin tener en cuenta la realidad del país. Todo ello influye negativamente a que los operadores de justicia abordamos cada caso en particular desde un enfoque de derechos humanos, en coherencia con los marcos internacionales vigentes.

El proceso judicial para la declaración de desprotección familiar en el Perú ha sido objeto de modificaciones, siendo una de las más recientes, la Ley 31420, publicada el 15 de febrero del presente año que modifica los artículos 97, 99 y 100 del Decreto Legislativo N.º 1297, con la finalidad de acortar de manera sustancial los plazos previstos para dicho proceso, reduciendo así, el plazo de subsanación de las observaciones en el Dictamen Fiscal, de 30 a 15 días hábiles; el recojo de la opinión del NNA en la audiencia especial de carácter reservado, de 3 días hábiles al mismo día; y finalmente

14 Reporte del la Sub Gerencia de Estadística del Poder Judicial correspondiente al año 2021.

15 Tema planteado en el Pleno Regional de Violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar el 14 y 15 de octubre del año 2020.

la emisión de la resolución que declara la desprotección familiar, de 5 días hábiles al mismo día, tal como se advierte en la **Tabla 1**.

Es necesario tener en cuenta que en esa búsqueda de un proceso judicial célere de declaración de desprotección de NNA, se han reducido considerablemente los plazos, permitiéndose una mayor actuación por parte del Juez en el desarrollo del proceso judicial, al señalar el art. 98 de la Ley N.º 31420, que de manera excepcional, cuando no existan las condiciones para el traslado de la NNA, con la finalidad de que asista a la audiencia especial, es el juez quien en el día hábil siguiente debe acudir al lugar donde se encuentra al NNA para recoger su opinión, ello sin duda, en aras de eliminar toda brecha burocrática no atribuible al NNA y que perjudicaría la tramitación de dichos procesos.

En ese sentido resulta coherente que se le exija ahora al Juez de Familia que, una vez finalizada la audiencia, en la que no existiría actuación adicional pendiente, emita en el mismo día de su realización, la resolución que declara la desprotección familiar de NNA; lo que sin duda exige un mayor compromiso por parte del operador de justicia desde el estudio del caso hasta la reorganización de la dinámica de audiencias y los despachos judiciales.

Finalmente, esta reciente modificación al Decreto Legislativo 1297 señala que la audiencia será de carácter reservado y se realizará dentro de las instalaciones del juzgado, con la finalidad de garantizar que la NNA no tenga contacto con la parte contra la que se sigue el procedimiento de desprotección familiar; consideramos que, no se ha tomado en cuenta, la situación de la emergencia sanitaria producida por COVID-19 aún vigente.

Tabla 1:

	D.L. 1297 (antes de la modificación)	LEY N.º 31420 (modificatoria al D.L. 1297)
DICTAMEN FISCAL. Plazo de subsanación de las observaciones	<u>No mayor de treinta (30) días hábiles</u>	Art. 97. <u>No mayor de quince (15) días hábiles</u> , salvo que se requieran actuaciones a cargo de otras entidades, en cuyo caso <u>se podrá extender por diez (10)</u> .
AUDIENCIA ESPECIAL Plazo de recojo de opinión del NNA	Culminada la audiencia dentro de tres (3) días hábiles, se recoge la opinión del NNA en una audiencia especial de carácter reservado.	Art. 98. Culminada la audiencia, el juez, <u>en el mismo día</u> , recoge la opinión del NNA en una audiencia especial de carácter reservado, dentro de las instalaciones del juzgado, garantizando que no tenga contacto con la parte contra la que se sigue el procedimiento de desprotección familiar, bajo responsabilidad. Excepcionalmente, cuando no existan las condiciones para el traslado de la NNA, con la finalidad de que asista a la audiencia especial, <u>el juez hasta el día hábil siguiente acude al lugar donde se encuentra para recoger su opinión.</u>
RESOLUCIÓN QUE DECLARA DESPROTECCIÓN FAMILIAR	El plazo para emitir la resolución judicial es de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la realización de la audiencia especial.	Art. 100. Finalizada la audiencia especial, prevista en el artículo 99 de la presente norma, la resolución judicial que declara la <u>desprotección familiar se emite el mismo día, bajo responsabilidad</u>

En lo que respecta a la concurrencia física de los NNA a los Juzgados, con especial atención en aquellos órganos jurisdiccionales circunscritos en zonas de pobreza, los cuales no brindan las garantías necesarias para su realización, debería tenerse en cuenta la Directiva N.º 017-2020-CE-PJ denominada “Procesos simplificados de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”, en la que según el caso se prioriza la virtualidad en dichos procesos.¹⁶

3. Importancia de escuchar al NNA en el desarrollo en los procesos de desprotección familiar

Los NNA, son sujetos de derecho con reconocimiento de una autonomía progresiva y del ejercicio de sus derechos de acuerdo a su edad y el grado de madurez en cada caso, entendida aquella madurez como la capacidad del NNA para expresar sus opiniones ante situaciones de conflicto que recaen directamente en ellos y que puedan impactar en el normal desarrollo progresivo en su ciclo de vida. En este orden, deben contemplarse las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo de cada uno de ellos.

Tal como lo ha precisado la Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-21/14:

“Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos.”¹⁷

La Corte establece que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales; por tanto, merecen una protección especial, teniendo en consideración su desarrollo físico y emocional, priorizando así un trato preferente a los NNA en virtud de su especial vulnerabilidad asegurando el goce pleno de sus derechos.

¹⁶Es necesario tener en cuenta que en esa búsqueda de un proceso judicial célere de declaración de desprotección de NNA, en el que se han reducido considerablemente los plazos, y en el que, se da una mayor actuación por parte del Juez en el desarrollo del proceso judicial, al señalar en el art. 98 de la Ley N.º 31420, que de manera excepcional, cuando no existan las condiciones para el traslado de la NNA, con la finalidad de que asista a la audiencia especial, es el juez quien en el día hábil siguiente debe acudir al lugar donde se encuentra al NNA para recoger su opinión, ello sin duda, en aras de eliminar toda brecha burocrática no atribuible al NNA y que venía perjudicando la tramitación de dichos procesos.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, San José: 19 de agosto de 2014, párrafo 66.

Tal como se ha establecido, en el desarrollo del proceso judicial se debe asegurar la participación del NNA, que inicia desde el ejercicio de su derecho a ser informado de manera adecuada y oportuna, a través de una comunicación asertiva; permitiendo que el NNA emita su opinión y sea oído, considerándose y visibilizándose alguna situación adicional de vulnerabilidad por razón de origen, etnia o discapacidad, que pueda converger. También, se debe tener en cuenta si su edad o grado de madurez no le permite ejercer sus derechos de manera autónoma, debiendo el Juez en razón de los **ajustes de procedimiento**¹⁸, garantizar su participación de manera efectiva. Sin embargo, dicha actuación judicial no debe en ningún caso exponer a la NNA a la revictimización, evitando una afectación en la psiquis tras revivir hechos violentos en el relato reiterado o ante preguntas mal formuladas por parte de los operadores jurídicos.

Los conflictos familiares que son visibilizados a partir de una evaluación individual de cada NNA, nos permiten considerar su complejidad de las decisiones que puedan ser asumidas como parte de un abordaje integral en los procesos que involucran NNA, y en los que urge delimitar el contexto social y cultural del NNA¹⁹ presente su ciclo de vida. Asimismo, la importancia de escuchar al NNA contrarresta de alguna manera la deficiente defensa pública en los procesos que son tramitados en el ámbito de Desprotección Familiar, que no logran delimitar de manera correcta el conflicto, resultando otra de las causas de la problemática vigente en el desarrollo de los procesos de desprotección.

En la directiva que convoca el análisis, así como la reciente modificación de la D. Ley 1297, se resalta la importancia de establecer parámetros de la actuación de los NNA en coherencia con el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente. En tanto se señala que el juez, antes de emitir la resolución de ratificación o aprobación de la declaración administrativa de desprotección familiar provisional y de la declaración judicial de desprotección familiar, **debe escuchar en su propio lenguaje, la opinión de la niña, niño o adolescente en una diligencia especial; teniendo en consideración su madurez y desarrollo, garantizando su intimidad, seguridad, la ausencia de coacción y el uso de métodos acordes a su**

18 Los ajustes de procedimiento, surgen para garantizar un **real acceso a la justicia** de aquellas personas en condición de vulnerabilidad ya sea por su condición de tal o porque en el desarrollo del proceso o procedimiento se encuentran en dicha situación, es por ello que, la diferencia con los ajustes razonables, se centra en que el ajuste de procedimiento elimina ese parámetro que condiciona al ajuste razonable, deja de lado esa limitación respecto al criterio de la proporcionalidad, por lo que consideramos que es con el ajuste de procedimiento que se garantiza un real acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y es el ajuste de procedimiento en el quehacer judicial o administrativo que identifica aquella situación de vulnerabilidad que exige un trato diferenciado para consagrar el principio de no discriminación como principio rector.

19 Según la Observación General N.º 14.

edad, dejando constancia de ello en las resoluciones, contemplando incluso, ya con la reciente modificación del D. Ley 1297, que dicha audiencia se realizará dentro de las instalaciones del juzgado, garantizando que no tenga contacto con la parte contra la que se sigue el procedimiento de desprotección familiar, incluso bajo responsabilidad, priorizando que durante el desarrollo de las audiencias se evite la revictimización del NNA. En este orden, el Juez toma en consideración la participación judicial de la niña, niño y adolescente en la motivación de su decisión final, pues como ya se ha dejado anotado líneas arriba, debe garantizarse el pleno ejercicio de sus derechos.

4. Diligencia excepcional en los procesos en los que se encuentran involucrados NNA en desprotección familiar

La Convención sobre los Derechos del Niño relaciona el derecho a la familia con la realización del principio del interés superior del niño²⁰, que reconoce a esta institución como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, enfatizando el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por estos; así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que esta pueda cumplir con sus funciones, surgiendo una obligación estatal del aseguramiento de estas disposiciones. En esta línea, la Corte IDH en su informe anual 2020, hace un llamado a los Estados a respetar justamente ese deber estatal de debida diligencia estricta, que incluso ya en recientes decisiones²¹, ha declarado responsable al Estado peruano por su incorrecta aplicación.

Siendo ello así, el Estado Peruano a través de uno de los principales actores, esto es el Poder Judicial, debe asumir responsabilidades para asegurar el ejercicio pleno de los derechos de los NNA en la tramitación de procesos céleres y ágiles, debiendo actuar en casos en los que se advierta desprotección familiar no sólo con la debida diligencia, si no con una **diligencia**

²⁰ El interés superior del niño es un meta principio, generador de Derecho y utilizado como norma de procedimiento, en virtud del cual el Juez no puede decidir de acuerdo a criterios subjetivos o discrecionales, si no debe responder a una obligación de su aplicación como una consideración primordial, esto es los intereses del NNA tienen una máxima prioridad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló al respecto que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. *Caso Fornerón vs Argentina*.

²¹ Ver Corte IDH. *Caso Azul Rojas Vs Perú* y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, en los que se declara responsable al Estado peruano por incumplir el principio de la Debida Diligencia, así también se ha venido declarando responsabilidad a otros Estados como en el *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*.

excepcional, protegiendo así de manera eficaz y eficiente la integridad de los NNA que están involucrados en dichos procesos judiciales. Y es que su no aplicación, puede convertirse en una situación de violencia cuyo sujeto pasivo serían los NNA, víctimas de una dilación judicial excesiva, dando lugar incluso a una configuración de una violencia estatal o estructural a la luz del marco de protección del T.U.O Ley 30364.

En tal razón, un indicador de la excesiva dilación procesal, resulta ser el número de procesos de desprotección familiar al año 2021 que se encuentran en los órganos jurisdiccionales en estado pendiente de emitir sentencia, correspondientes a más del 50 por ciento; así también de ese 50 por ciento solo la mitad tiene auto de consentimiento para la adopción.²² Ello exige por parte de los operadores de justicia la aplicación efectiva del principio de diligencia excepcional para revertir dicha situación.

Así mismo, otro de los problemas que se visibilizan en el retardo en la tramitación de los procesos judiciales de desprotección, es la falta de coordinación interinstitucional a todo nivel, y justamente la Directiva N.º 017-2020-CE-PJ denominada “Procesos simplificados de desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos” tiene por finalidad el contribuir al acceso de una justicia celer y efectiva en los procesos de desprotección familiar, que inserta como principio rector la interoperabilidad y coordinación interinstitucional, en pos de proteger de manera eficiente los derechos de las NNA a través de estos canales directos y sin dilaciones entre las autoridades competentes. Siguiendo este planteamiento, uno de los actores esenciales el Poder Judicial, que al conformar el Sistema de protección de la niñez, es responsable de la implementación progresiva de dicha interoperabilidad en el marco de sus competencias. En ese camino, el Juez, a través de sus decisiones judiciales, asume esa obligación de establecer los canales de comunicación virtuales que permitan la efectiva coordinación entre las diversas instituciones públicas que participan en el proceso y así evitar dilaciones en el proceso.

Finalmente, una de las aristas de este principio de diligencia excepcional, no se reduce a emitir la decisión judicial en el desarrollo de un proceso celer; sino también, se ve reflejado en que dichas decisiones judiciales y medidas asumidas por el Juez de Familia deben ser evaluadas de oficio y de forma periódica, en virtud del desarrollo y las circunstancias actuales en el desenvolvimiento de los NNA en los espacios de cuidado y protección. Ello en coherencia con el principio convencional de supervisión de las decisiones judiciales, que actualmente encuentra presencia en los ámbitos

²² Datos obtenidos de la Subgerencia de Estadística del Poder Judicial para el año 2021, aplicado en la CSJ Ayacucho, Cajamarca, cusco, Huánuco, Lima, Moquegua y Santa.

relacionados al derecho de familia, y que, en el ámbito de desprotección familiar en específico, ha sido abordado en la Directiva materia de análisis, en su artículo. 9, al indicar que el Juez debe realizar la revisión periódica de oficios de las medidas de protección emitidas con el fin de establecer si son necesarias e idóneas.

5. Virtualidad en los procesos de desprotección familiar

El proceso de implementación de las Tecnologías de información y comunicación, en adelante TICS, han venido presentando problemas de funcionamiento no sólo por la obsolescencia de las herramientas tecnológicas, sino también por la ausencia de decisión política de algunas Instituciones que integran el sector justicia, entre ellos, el Poder Judicial, cuya misión involucra un compromiso en el proceso de cambio con un adecuado soporte administrativo y tecnológico. Por lo que, resulta necesario evaluar previamente la pertinencia de la implementación de una política pública de TICS en el poder judicial, tomando en consideración las situaciones particulares de cada uno de los Distritos Judiciales, ello a partir de datos estadísticos ofrecidos por la organización y del levantamiento del campo a efectos de contrastar los niveles de eficiencia de los productos tecnológicos que se pretenden implementar. Por citar alguno, la notificación electrónica y la implementación del Expediente Judicial Electrónico a la fecha, pese a ser de larga data en su creación, aún no se ha logrado implementar en la totalidad de los órganos jurisdiccionales del país.

Tal es así que, la Directiva en tratativa ha priorizado la virtualidad en la tramitación de los procesos de desprotección familiar de NNA, el uso del sistema de videoconferencia y diversos aplicativos tecnológicos de comunicación en el que el Juez Especializado de Familia o Mixto, dirigirá la Audiencia Virtual y Especial Virtual, precisando que se utilizarán los canales virtuales para la remisión del expediente al Ministerio Público y a la Unidad de Protección Especial, así como el uso de la notificación electrónica. Ello en coherencia con la Directiva N.º 010-2020-CE-PJ denominada “Proceso Único Simplificado y Virtual” que estableció disposiciones que promueven la celeridad del proceso único, emplea la concentración de actos procesales, y prioriza las líneas de digitalización o la utilización de la mesa de partes electrónica, promueve la oralidad en los procesos de familia.

En ese sentido, con la dación de estas directivas, que son documentos administrativos, no se pretende modificar los plazos establecidos en las normas procesales ni se contraviene las leyes procesales vigentes; sino que las flexibiliza, lo cual encuentra asidero en el Reglamento de la Ley N.º

30466, “Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño”, así como en el Tercer Pleno Casatorio de Familia. A diferencia de lo establecido por la reciente modificación del D.L. 1297, que acorta plazos en la tramitación de los procesos de desprotección familiar.

6. Retos pendientes

El Perú, tal como hemos señalado, ha construido un marco normativo importante referente a la legislación de NNA en desprotección familiar, sin embargo revertir la dilación de la tramitación de los procesos judiciales, no se agota con la dación de normas que acortan los plazos para emitir decisiones judiciales; en tanto corresponde un abordaje integral, a partir de una legislación especializada coherente tanto en los marcos normativos nacionales como internacionales; así como la materialización de las políticas y planes nacionales vigentes a favor de la niñez, en el que los principales actores con poder decisión asuman el liderazgo para efectivizar el goce de derechos de este grupo de especial vulneración. En esa línea corresponde al Poder Judicial y en específico a los operadores de justicia, priorizar en el desarrollo de dichos procesos, la diligencia excepcional y la virtualidad como herramientas útiles para contrarrestar uno de los principales problemas como es la excesiva dilación procesal en la tramitación de los procesos de desprotección familiar de NNA.

Finalmente, resulta necesario continuar y reforzar las intervenciones públicas, la actuación del Estado para poder dar cumplimiento y eficacia a los principios que aseguren el goce efectivo de derechos de NNA, debiendo priorizarse en toda la administración enfoques diferenciados y transversales en la materia.

7. Referencias

BELTRÁN PACHECO, P., «Por una Justicia Predecible en Materia Familiar» Análisis del Tercer Pleno Casatorio», Centro de Investigaciones Judiciales, *Tercer Pleno Casatorio* (Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2011), recuperado de: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES>>

BERMÚDEZ TAPIA, M., «El desarrollo estatal, jurisdiccional y familiar de la protección del interés superior del niño», en *IUS, doctrina*, 8, Lima/Perú, agosto 2007, 163-173, recuperado de <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2007/11/08/el-desarrollo-estatal-jurisdiccional-y-familiar-de-la-proteccion-del-interes-superior-del-nino/>>

BOCANEGRA RISCO, T., «La Tutela Anticipatoria en los Procesos de Familia», en *Gaceta Civil y Procesal Civil*, tomo 93, Lima/Perú, 2021, pág. 83.

BOCANEGRA RISCO, T., «Oralidad y otros mecanismos actuales en los procesos de familia», *Gaceta Civil y Procesal Civil*, tomo 98, Lima/Perú, 2021, pág. 67.

MORELLO, A., «Mecanismos para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales en el proceso por audiencias», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 6, Lima/Perú, 2003, p. 334.

PODER JUDICIAL, *Congreso Nacional de Juezas y Jueces de Familia* (Lima: 2018).

La tenencia legal*

Javier Ignacio Arrieta García**

Universidad de Lima

SUMARIO: 1. La tenencia no es igual a la patria potestad / 2. Aplicación del Interés Superior del Niño / 3. Tenencia y síndrome de alienación parental / 4. Régimen de visitas / 5. La tenencia compartida / 6 Proceso único / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. La tenencia no es igual a la patria potestad

La tenencia se suele confundir con la patria potestad debido a que son dos conceptos que, si bien comparten similitudes, son figuras diferentes, ya que la patria potestad abarca a la tenencia.

La patria potestad está regulada por los artículos 74° a 80° del Código del Niño y del Adolescente (CNYA), la cual implica deberes y derechos de los padres, entre los cuales está velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, tenerlos en su compañía, recurrir a la autoridad si fuese necesario para recuperarlos, representarlos en la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil, administrar y usufructuar sus bienes, entre otros.

La suspensión de la patria potestad sólo se puede dar por los supuestos establecidos en el artículo 75° del CNYA, entre ellos, por maltratarlos física o mentalmente, por negarse a prestarle alimentos, entre otros. Los padres a quienes se les ha suspendido el ejercicio de la patria potestad podrán pedir su restitución cuando cese la causal que la motivó.

La patria potestad se extingue o pierde sólo por la muerte de los padres o del hijo, porque el menor adquiere la mayoría de edad y por haber sido

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 21 de abril de 2022.

** Abogado colegiado y titulado por la Universidad de Lima. Cuenta con una maestría en Derecho Procesal por la Universidad de San Martín de Porres. Es especialista en Derecho de Familia con más de 15 años de experiencia en dichas ramas del derecho. Correos de contacto: jarrieta@gbabogados.com, jarrieta@gbabogados.pe.

condenado por delito doloso en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos.

Por otro lado, la tenencia está regulada por los artículos 81° a 87° del CNYA, la cual implica el derecho de uno de los padres, cuando se encuentren viviendo por separado, de vivir y tener la custodia del menor.

Cuando los padres están separados de hecho, la tenencia legal de los menores la determinan ellos mismos de mutuo acuerdo, de lo contrario, la resolverá el Juez Especializado en Familia dictando las medidas necesarias y pudiendo disponer la tenencia compartida, la cual la explicaremos más adelante.

En cualquiera de los casos, es decir, si la tenencia legal del menor es decidida de mutuo acuerdo entre las partes ante un centro de conciliación o, mediante una sentencia judicial, ésta puede variarse de mutuo acuerdo o a través de un proceso judicial después de haber transcurrido 6 meses de la resolución judicial originaria, salvo que esté en peligro la integridad del menor y como una nueva acción judicial, siempre tomando en cuenta el Interés superior del niño, concepto que también desarrollaremos más adelante. Si se decide la variación de la tenencia mediante proceso judicial, el Juez, con la ayuda del equipo multidisciplinario del poder judicial (mediante evaluaciones psicológicas y sociales), ordenará que se efectúe ésta de forma gradual y progresiva, a no ser que se dé el caso que se encuentre en peligro la integridad física del menor, por lo que se ordenará la variación de la tenencia de forma inmediata.

El Juez Especializado en Familia resolverá la tenencia legal teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, el hijo menor de tres años permanecerá con la madre y, para que el no obtenga la tenencia legal, se deberá señalar un régimen de visitas, el cual también desarrollaremos en las siguientes líneas. En cualquiera de estos supuestos, el Juez debe priorizar el otorgamiento de la tenencia a quien mejor garantice el derecho del menor a mantener contacto con el otro progenitor.

Cuando se haya iniciado un proceso judicial de tenencia legal, se haya admitido la demanda y el demandante no tenga la custodia del menor, se podría solicitar la tenencia provisional si el menor tiene menos de 03 años y estuviese en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en 24 horas. En los demás casos, es decir, cuando el menor no tiene menos de 03 años ni se encuentra en peligro su integridad física, el Juez debe resolver teniendo en cuenta el Informe del Equipo Multidisciplinario (evaluaciones psicológicas y sociales), previo Dictamen Fiscal.

El Juez está en la obligación de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Por último, el demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de tenencia.

2. Aplicación del Interés Superior del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes, normas bajo las cuales los órganos jurisdiccionales deben regirse cuando se encuentran frente a conflictos que involucren a menores de edad, tienen en común que en ambas se precisa que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado, a través de cualquiera de sus tres Poderes o demás instituciones, se considerará prioritario el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, sin embargo, en ninguna de las normas citadas se define al Interés Superior del Niño ni tampoco se establece cómo debe aplicarse.

La Ley N.º 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, no sólo establece su triple concepto al señalar que no es sólo un Principio, sino que también es un derecho y una norma de procedimiento que le otorga al menor el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que lo afecten directa o indirectamente, garantizando sus derechos humanos; sino que también establece parámetros para su aplicación, siendo uno de ellos el reconocimiento de los niños como titular de todos los derechos consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y, además, establece las garantías procesales que se deben tomar en cuenta para su consideración primordial, entre las cuales se encuentran el derecho del niño a expresar su propia opinión, la participación de profesionales capacitados para evaluar el Interés Superior del niño, la percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños, la argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del Interés Superior del niño, los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños, entre otros.

Asimismo, en la mencionada Ley N.º 30466, se establece que los posibles conflictos entre el Interés Superior del Niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños en general, se resuelven caso por caso para encontrar una solución adecuada, argumento importante para tomar en cuenta al momento de ordenar la Tenencia Compartida del menor.

Creo importante la emisión de la Ley comentada, ya que por fin se tiene claro los parámetros y las garantías procesales que se deben tomar en cuenta para la consideración primordial del Interés Superior del Niño y para su aplicación, toda vez que antes de su emisión éste ha sido invocado para expedir Sentencias contradictorias para casos semejantes.

3. Tenencia y síndrome de alienación parental

Podría definir el Síndrome de Alienación Parental (SAP) como la influencia negativa que sufren y padecen los hijos menores de edad infundida por uno de los padres con el fin de generarles repudio y odio en contra del otro. La doctrina en su mayoría señala que es el padre que ejerce la tenencia del menor, ya sea de hecho o legal, quien efectúa dicha influencia negativa en los menores, lo cual atenta contra su Interés Superior, opinión con la cual no estoy de acuerdo, toda vez que pienso que se da de manera indistinta por cualquier padre, sea que tenga la tenencia o no.

Conforme lo he desarrollado anteriormente, el Interés Superior del Niño ya ha sido definido por la Ley N.º 30466 como un triple concepto que le otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su Interés Superior en todas las medidas que adopte el Estado, a través de cualquiera de sus tres Poderes o demás instituciones, que lo afecten directa o indirectamente.

Si bien es cierto que es un derecho importante del menor el ser escuchado y que se tome en cuenta su opinión, también lo es que por encima del mencionado derecho se encuentra su Interés Superior, el cual comprende, entre otros, dicho derecho, por lo tanto, si se acredita que el menor padece del SAP, esta situación atenta contra su Interés Superior, siendo suficiente para justificar que se varíe la Tenencia Legal a favor del progenitor afectado con esta influencia negativa ejercida por el otro. Es en este sentido que ha resuelto la Corte Suprema de Justicia, variando la tenencia legal a favor del padre afectado.

Estoy de acuerdo en que si se logra acreditar en un proceso judicial, ya sea de tenencia (como pretensión principal o accesorio) o de variación de tenencia, a través del Equipo Multidisciplinario, que el menor viene siendo influenciado negativamente por el padre que ejerce su tenencia de hecho o legal, se justifica plenamente que se le otorgue la tenencia legal del menor al padre perjudicado, ya que el padre que influye negativamente sobre el menor está atentando contra su Interés Superior vulnerando su derecho a mantener una adecuada relación con el padre que no goza de su tenencia y su derecho a no ser separado de sus padres en contra de su voluntad. Esto último también se basa en el último párrafo del Artículo 84º del Código

de los Niños y Adolescentes, el cual establece que el Juez debe priorizar el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del menor a mantener contacto con el otro progenitor.

4. Régimen de visitas

Conforme lo señalé anteriormente, el artículo 84º del CNYA establece que se le debe otorgar un régimen de visitas al padre que no obtenga la tenencia legal del menor.

De ser el caso que la tenencia es ejercida de hecho por uno de los padres, es decir, no acordada ni otorgada judicialmente, el otro progenitor podrá iniciar un proceso de régimen de visitas acreditando el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Dicho pedido de régimen de visitas podrá extenderse hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño así lo justifique, pudiéndose también solicitar un régimen provisional de visitas.

El incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y, en caso de resistencia, podrá originar la variación de la tenencia, la cual deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso.

Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar del domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar un régimen de visitas sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

5. La tenencia compartida

La tenencia compartida, también llamada co-parentalidad, implica la posibilidad que los menores de los padres que estén separados o divorciados, puedan vivir indistintamente con cada uno de ellos, siempre teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño.

En mi opinión, el objetivo de la tenencia compartida no es que ambos padres tengan las mismas posibilidades de educar, cuidar, ocuparse alimentarlos, vestirlos, velar por su salud, llevarlos al colegio, ayudarlos en las tareas escolares, llevarlos a pasear, llevarlos a visitar, compartir con sus familiares maternos y paternos y todo aquello que acarrea la atención y cuidado directo de los hijos durante los días que estén bajo su custodia, toda vez que todo lo señalado se encuentra abarcado por la patria potestad, sino que, siempre pensando en el Interés Superior del Niño, esta tenencia

compartida beneficie, de ser el caso, a los hijos porque les permitiría robustecer las relaciones personales con ambos padres y en general las relaciones familiares con el resto de sus familiares, sin embargo, éste debe ser analizado caso por caso para determinar si resulta beneficioso o perjudicial para el menor.

Este mes de abril el Pleno del Congreso aprobó el Texto Sustitutorio que propone la modificación de los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, a fin de establecer la Tenencia Compartida señalando, como primera opción, que el Juez Especializado en Familia dicte la tenencia compartida, señalando medidas necesarias para su cumplimiento, sin embargo, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, rechazó dicho Proyecto de Ley y hasta la fecha no ha sido publicado en el Diario Oficial El Peruano.

6. Proceso único

La tenencia se desarrolla mediante un proceso único que está regulado a partir del artículo 164 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes. Entre las principales etapas de este proceso, se recalca que la Demanda debe presentarse por escrito con los requisitos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, luego debe ser firmada por abogado para ser dirimida al Juez Especializado de Familia o, sino o hubiera en el distrito jurisdiccional del demandado, al Juez Mixto.

Al recibir la demanda, el Juez puede declarar la inadmisibilidad o improcedencia. En este último supuesto, el demandante cuenta con tres días para apelar dicha resolución. Al admitir la demanda, el Juez, en conocimiento de la Fiscalía, lo traslada a la otra parte, quien cuenta con cinco días para contestar la demanda.

Por otra parte, los medios probatorios extemporáneos solo pueden ser ofrecidos si consta de hechos nuevos, es decir, que sucedieron luego de interponer la demanda o aquellos relacionados a hechos alegados o sustentados en la contestación de la demanda. luego del término de cinco días, con la contestación o la ausencia de esta, el Juez debe fijar fecha y hora para la audiencia en la cual se actuarán las tachas, oposiciones y cuestiones probatorias. De declararse infundadas éstas, se declarará saneado el proceso, se fijan los puntos controvertidos y se procede a la admisión o no de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

En la mayoría de los casos, el Juez, en la audiencia o al haberse contestado la demanda, ordena que se envíen oficios al Equipo Multidisciplinario para que se evalúen psicológicamente a los padres y menores y se realice

una visita social a la casa de cada uno de los progenitores. Cuando ello se ordena, se suspende la expedición de la sentencia hasta que se emitan los Informes Psicológicos y Sociales y lleguen estos al juzgado. Una vez recibidos, se envía el expediente a la Fiscalía para que emita un dictamen fiscal, el cual no es vinculante; luego de ello, la Fiscalía devuelve el expediente al juzgado con el dictamen correspondiente, con lo que el juzgado finalmente emite sentencia. Dicha Sentencia es apelable por tres días con efecto suspensivo. De admitirse la apelación el expediente sube a la Sala de Familia, la misma que remite a la Fiscalía Superior para que también emita un dictamen y señala una fecha para la vista de la causa, en la cual los abogados de las partes exponen los alegatos correspondientes oralmente. Por último, con el dictamen fiscal, habiéndose llevado la vista de la causa correspondiente, la causa queda al voto de la sala para que emita la sentencia de segunda instancia.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Qué acciones se han realizado para prevenir la violencia y el maltrato infantil?

Se trata de un tema de violencia familiar ajeno al desarrollado con un amplio, pero se puede acotar que el maltrato infantil hay que denunciarlo y para ello existen diversos conductos. Puede llevarse a cabo ante la policía, la fiscalía o directamente al Poder Judicial, entidades que dictan medidas de protección a favor de los menores para que este maltrato infantil cese.

7.2. ¿Es posible pedir la tenencia si es que un proceso de alimentos está en marcha?

No, definitivamente el demandado por alimentos no puede solicitar la tenencia legal del menor.

7.3. Si uno de los padres está ausentes ¿cuáles podrían ser los fundamentos para que un familiar un régimen de visitas?

Como se precisó, si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar del domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar un régimen de visitas sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

7.4. ¿Cómo se puede demostrar una alienación parental para poder pedir la tenencia?

Este síndrome se presenta en varias ocasiones y se demuestra con evaluaciones psicológicas. La importancia de demostrar que un niño sufre de

este síndrome es que se logre la variación de la tenencia debido a que el progenitor que la tiene está influyendo de forma negativa o promoviendo el odio hacia el otro progenitor. Ello representa una causal para solicitar la tenencia si se demuestra judicialmente, a través del equipo multidisciplinario del Poder Judicial.

Los mitos contra la tenencia compartida*

Manuel Bermúdez-Tapia**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Las entidades del Estado ante un conflicto familiar y la potencial regulación de una tenencia compartida / 3. La tenencia compartida como elemento derivado de un proceso de constitucionalización del derecho de familia / 4. Los mitos derivados de una tenencia compartida / 5. Conclusiones / 6. Referencias.

1. Introducción

En abril del 2022, el Congreso de la República había aprobado un dictamen que regulaba la *tenencia compartida* como una opción preferente para determinar y regular la relación entre dos progenitores que están en una situación de separación, crisis o divorcio frente al hijo en un juzgado (Congreso Noticias, 2022).

El dictamen había sido remitida a Palacio de Gobierno para efectos de su promulgación. Sin embargo, en el mismo gobierno nacional, el Ministerio de la Mujer y posteriormente la Defensoría del Pueblo, entre otras entidades públicas y sociales, emitieron comunicados institucionales contrarios a toda evaluación positiva a la reforma del Código del Niño y Adolescentes (CNA), para así ampliar los márgenes de ejecución de la *tenencia compartida*.

Ante esta situación, resulta conveniente evaluar el contenido y condiciones que se desprenden de la *tenencia compartida* para así poder evaluar las posiciones críticas, porque los fundamentos permiten detallar que las “críticas” implican una nula lectura de la autografa remitida al presidente de la República.

* Edición realizada a un texto inédito del profesor Manuel Bermúdez-Tapia.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cursa la maestría en Política Criminal

** Abogado graduado con la mención de Summa Cumme Laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho. Profesor ordinario auxiliar de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Registrado en Min Ciencias en Colombia y en RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

2. Las entidades del Estado ante un conflicto familiar y la potencial regulación de una tenencia compartida

Las voces críticas a la *tenencia compartida* parten esencialmente de la ideología de género que asume que el concepto de víctima solo le corresponde a la “mujer”, como persona o como colectivo, infantilizando esta condición cuando existe una relación negativa o en crisis con un varón como *pareja* (1), *ex pareja* (2), *conviviente* (3) o un *cónyuge* (4).

Ante esta condición, la mayor parte de voces que cuestionan la *tenencia compartida* asumen una serie de condiciones, donde el común denominador es la *negación* de la condición de sujeto de derechos de los hijos.

Las críticas expuestas sobre todo por el Ministerio de la Mujer y por la Defensoría del Pueblo permiten apreciar una muy negligente evaluación del contexto judicial y procesal donde dos progenitores plantean la evaluación de sus derechos, especialmente porque:

- a. Asumen que los jueces generarán acciones favorables a una persona que ha ejecutado un acto de violencia contra la pareja (del varón hacia la mujer) o contra los hijos.

La Ministra de la Mujer detalla que no se puede “automatizar” la tenencia compartida (El Peruano, 2022) porque *implica* exponer a los niños y a sus madres de los actos de violencia que ejecuta el padre/pareja o ex pareja.

Una condición que por ejemplo estaba detallada en forma expresa en el Dictamen aprobado y que impone una condición de evaluación preliminar que en caso registre una condición de violencia, limita la ejecución de una tenencia compartida.

Lo detallado permite apreciar el nivel de ignorancia de las más altas autoridades en elementos conceptuales derivados de un proceso de constitucionalización del derecho de familia, donde los dos progenitores asumen derechos equivalentes y que inclusive permite detallar que los *progenitores no biológicos*, esto es: “las parejas” de una persona con hijos, también son sujetos de derecho cuando se trata de asuntos que se vinculan a la crianza de los hijos que viven en su ámbito familiar, conforme detalla el caso de la *familia ensamblada*, STC N.º 09332-2006-PA/TC (TC, 2006).

- b. Se asume que la medida legislativa ampliará los márgenes negativos de la mujer afectada por los actos de violencia que ejecutó su pareja

o ex pareja y probablemente ello termine por incrementar la condición de vulnerabilidad de la mujer (León, 2022).

- c. La Defensoría del Pueblo señala que no se evalúa lo que “beneficia” al menor y los “expone” a situaciones de violencia (Sociedad LR, 2022).

La Defensoría desconoce los contextos en los cuales los progenitores sin tenencia sufren en casos de *obstrucción de vínculo* o cuando se ejecuta un acto de *alienación parental* por parte de quien ejerce la tenencia, sobre todo cuando es la madre.

Este tipo de situaciones de violencia donde la “víctima” es el hijo o los hijos por parte de su propia madre no han sido evaluados y por eso se asume que existe un sesgo derivado de la aplicación de los contenidos de la ideología de género.

Argumentos que por ejemplo no se han observado cuando en el Tribunal Constitucional o en la Corte Suprema se sustentan decisiones contrarias a la equidad o justicia cuando se trata de conflictos familiares judicializados, conforme se puede detallar:

- a. Cuando se declaran *fundadas* las *impugnaciones de paternidad*, no se ha observado algún requerimiento de parte de estas entidades para que los jueces puedan determinar la *verdad biológica* del menor porque su “identidad”, no es relevante.

En este sentido, se asume automáticamente la necesidad de generar la validación de una *identidad dinámica* sin tomar en cuenta que esa “inscripción” de un dato filiatorio contradice el artículo 145° del Código Penal, sobre la cual no se ha ubicado ninguna referencia que indique que alguna procuraduría o el Ministerio Público ejecute la interposición de una acusación penal por el delito cometido.

- b. En casos de *alienación parental*, ni el Ministerio de la Mujer o la Defensoría se han pronunciado cuando la Corte Suprema de Justicia de la República *valida* la tenencia de la madre que ha sido identificada como *la agresora* al ejecutar actos de violencia en contra del desarrollo psicológico y personal de su propio hijo.
- c. En casos donde se ha registrado contextos de violencia física extrema de una “mamá” sobre su hijo, los pronunciamientos oficiales no se producen.

3. La tenencia compartida como elemento derivado de un proceso de constitucionalización del derecho de familia

Se suele asumir que en el ámbito familiar, las condiciones interpersonales son íntimas y privadas y por tanto el Estado no debería intervenir en este tipo de situaciones.

Se desconoce el contexto, alcance y contenido de los *meta principios jurídicos de la dignidad, del interés superior del niño y de la primacía de la realidad*, que permiten observar una necesidad en mantener un *status quo* normativo que no ha logrado solucionar ningún conflicto familiar judicializado.

Ni la Ministra de la Mujer ni el Defensor del Pueblo han evaluado el alcance de la sobre carga procesal en los juzgados vinculados a conflictos familiares judicializados en el país, que involucren la actividad de jueces en materia civil, comercial, penal y constitucional.

Consecuentemente, sólo se asume que en todos esos casos, la “mujer” es la única víctima anulando la capacidad de los *menores* de ser *sujetos de derechos* en clara contradicción a los alcances de la Convención de derechos del niño y adolescente de 1989 y el CNA. En este sentido, queda excluida la posibilidad de que los progenitores:

- a. Se puedan separar sin conflicto.
- b. Puedan *pactar* una solución que satisfaga sus intereses, derechos y expectativas económicas, familiares y personales a la división familiar que no siempre implica un divorcio, porque a veces se tratan de casos de *convivientes*.
- c. Las partes puedan *cambiar* sus posiciones personales, económicas, familiares e intereses durante el crecimiento y madurez de sus hijos, toda vez que las mismas condiciones de contradicción pueden disiparse por el tiempo.

Una apreciación que permite detallar que las razones que “justifican” una posición contraria a *machismo social* evidencia que esta condición la ejercen las autoridades que representan entidades del Estado porque asumen:

- Que una mujer no puede *establecer* criterios de evaluación paritarios o equivalentes con una persona con quien ha tenido un hijo.
- Que una mujer no requiere evaluar una “separación o divorcio” cuando se generan condiciones de violencia generados por su pareja o ex pareja.

- Que las partes *permentemente* estarán en condiciones de violencia.

Referencia que grafica el nivel de ignorancia del *conflicto familiar* que provoca un expediente judicial en las múltiples especialidades en donde las partes procesales pueden *atomizar* sus intereses y expectativas legales para así poder tener una mejor condición procesal y judicial contra su ex pareja o pareja.

4. Los mitos derivados de una tenencia compartida

A efectos de poder evaluar estas referencias negativas contra la tenencia compartida, se detallarán a continuación algunas condiciones que deben ser comprendidas para así cuestionar a las críticas que se han evidenciado y que han provocado que una *correcta* propuesta no sea aprobada como ley.

- a. El conflicto familiar se desarrolla en un período de tiempo que es impreciso y que por regla general contiene varias *sub etapas*:
 - i. La relación familiar sin contradicciones.
 - ii. La crisis familiar.
 - iii. El conflicto familiar.
 - iv. El conflicto familiar judicializado.
 - v. La etapa de ejecución de una decisión judicial.
 - vi. La etapa de paz familiar.
- b. El punto precedente permite apreciar que las autoridades estatales sólo han “visibilizado” a los progenitores y no han prestado atención al hecho material de que en algún momento el hijo llega a tener mayoría de edad o se acerca a esta referencia.
- c. La legislación vinculada al ámbito familiar, civil y penal no valora el contexto subjetivo en el cual las partes se relacionan, especialmente porque todo se ha vinculado al contexto de *violencia en el interior de una pareja*, por eso resulta ajeno al ámbito de evaluación los problemas que registran hermanos luego de una sucesión intestada o los casos donde los hijos manipulan o ejercen actos de violencia económica contra sus propios progenitores, a quienes inclusive los pueden desalojar de sus propias residencias.
- d. El contexto de violencia no es permanente ni inmutable, porque todo dependerá de cómo se relacionen las *personas* en el tiempo y

por eso es posible acreditar que en casos de violencia o adulterio la *pareja en crisis* no se separa.

Véase el ejemplo de Alan García Pérez en el 2006 que confesando tener un hijo extramatrimonial con una dama de *altas cualidades*, tenía a la esposa a su lado, quien asentía el adulterio de su cónyuge.

- e. Los contextos de violencia psicológica, especialmente contra los hijos son desconocidos y por eso es que no se asume el nivel de daño que puede provocar los actos de alienación parental, especialmente por parte de la madre.
- f. A la ejecución de estos actos de alienación parental, el *otro* progenitor asume una condición de *estigma social* que provoca una alteración a su dignidad y limitación de sus derechos, especialmente porque se asume que el “varón” es el único que ejecuta actos de violencia *por su propia condición*.
- g. No se ha tomado en cuenta que las acciones procesales y judiciales derivados de una negligente evaluación de un conflicto familiar pueden provocar contextos de daño por difamación, calumnia o injuria que no generan procesos penales porque se asume que estos son “verdaderos” y por tanto se genera la amplificación del *estigma social* en contra del varón.
- h. La evaluación de las *psicopatologías* no son tomadas como un elemento referencial en el contexto judicial y procesal, especialmente porque la sobre carga procesal limita la actividad de los peritos que no pueden evaluar de modo diligente cada situación en particular debido a la propia complejidad en la ejecución de las mismas.

Conjunto de referencias que permiten detallar una **involución legal** en el ámbito procesal y judicial en la especialidad civil-familia y penal que contradice los contenidos de los artículos 4º, 5º y 6º de la Constitución de 1993. Y, condición que anula la perspectiva de *Derechos Humanos* a favor de los niños y adolescentes, porque se asume que los actos de violencia contra la mujer les extiende la condición de ser *parte* de este grupo vulnerable en forma implícita.

Asimismo, es una acción que resulta discriminatoria no sólo contra la población de varones que registran hijos en un proceso judicial sino que también implica una *condición nula* de “sujeto de derecho” que tiene todo niño o adolescente, inclusive sobre los intereses y derechos de sus dos progenitores.

5. Conclusiones

Tomando en cuenta que los primeros textos y proyecto de ley sobre *tenencia compartida* fueron generados por el autor de la presente nota, consideramos que al Congreso de la República le faltó ejecutar una labor de *difusión* correcta, sobre todo con el Ministerio de la Mujer, para que así cuente con el apoyo del Gobierno Nacional y se hubiera promulgado esta reforma al Código Civil y CNA que beneficia a los niños y adolescentes que están involucrados en los conflictos judiciales de sus progenitores.

Ante ello, se sugiere evaluar la amplia bibliografía expuesta sobre los temas evaluados producidos, porque de lo contrario se seguirá asumiendo que solo la “mujer” es la única víctima en una sociedad en extremo violenta, como lo es nuestra sociedad.

6. Referencias

BERMÚDEZ-TAPIA, M., «La violencia familiar invisible provocada por la separación o divorcio», en *Campus Revista de la Escuela de Postgrado de la UPAO*, 2(3), Perú, 2007, pp. 07-33.

BERMÚDEZ-TAPIA, M., *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia* (Lima: Editorial San Marcos, 2012)

BERMÚDEZ-TAPIA, M., *La constitucionalización del derecho de familia* (Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011)

BERMÚDEZ-TAPIA, M., *Los Derechos y Obligaciones Paterno Filiales* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017a)

BERMÚDEZ-TAPIA, M., *El Derecho de Familia en la postmodernidad* (Trujillo: UPAO, 2017b)

BERMÚDEZ-TAPIA, M., *La evaluación constitucional de derechos en el Derecho de Familia* (Lima: Gaceta Jurídica, 2019a)

BERMÚDEZ-TAPIA, M., *Elementos procesales y probatorios en el Derecho de Familia* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2019b)

BERMÚDEZ-TAPIA, M., «El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes», en *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), Lmia/Perú, 2020, pp. 117-138.

BERMÚDEZ-TAPIA, M., «La incidencia de los derechos individuales en el contexto familiar como una proyección de un nuevo modelo de evaluación de derechos sociales», en Aguilar Cavallo, Gonzalo y Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinadores), *La evolución de los derechos sociales en un mundo global* (Santiago de Chile: Tirant lo Blanch, 2021), pp. 487-504

CONGRESO NOTICIAS, *Pleno del Congreso aprueba proyecto que establece tenencia compartida entre padres separados*, Congreso Noticias, Lima: 7 de abril de 2022, recuperado de: <<https://comunicaciones.congreso.gob.pe/damos-cuenta/pleno-del-congreso-aprueba-proyecto-que-establece-tenencia-compartida-entre-padres-separados/>>

EL PERUANO, *Ministra de la Mujer cuestiona tenencia compartida por no considerar riesgos de violencia*, El Peruano, Lima: 11 de abril del 2022, recuperado de: <<https://elperuano.pe/noticia/143184-ministra-de-la-mujer-cuestiona-tenencia-compartida-por-no-considerar-riesgos-de-violencia>>

LEÓN, N., *MIMP observará ley de tenencia compartida que perjudica a niños y mujeres*, Wayka, 8 de abril del 2022, recuperado de: <<https://wayka.pe/mimp-observara-ley-de-tenencia-compartida-que-perjudica-a-ninos-y-mujeres/>>

SOCIEDAD LR, *Defensoría rechaza proyecto de ley sobre tenencia compartida*, La República, 8 de abril del 2022, recuperado de: <<https://larepublica.pe/sociedad/2022/04/07/tenencia-compartida-defensoria-rechaza-proyecto-de-ley-debatido-en-el-congreso/>>

El régimen de visitas analizado desde la realidad peruana: tratamiento en tiempos de pandemia*

Manuel Ibarra Trujillo**

Universidad Nacional Federico Villarreal

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Problemática frente a la crisis familiar / 3. Derechos del menor de edad frente a la crisis familiar / 4. Rol del abogado como litigante / 5. Dilación de los procesos judiciales / 6. Documentos relevantes / 7. Régimen de visitas / 8. Cumplimiento de actas y sentencias / 9. Respuestas a las preguntas del público / 10. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

A propósito del régimen de visitas, analizado desde la realidad peruana, no es extraño advertir que el funcionamiento de la administración de justicia no es óptimo; para nadie es un problema oculto o ajeno, es más, se sabe cuánto demoran los procesos judiciales. Lo que se pretende en este trabajo es tratar de manera progresiva el tema de régimen de visitas. En primer lugar, se debe contextualizar la problemática, para luego desarrollar el proceso propiamente dicho.

2. Problemática frente a la crisis familiar

Alrededor del padre y madre se presentan varias situaciones; es conocido que, en las relaciones matrimoniales, convivenciales y de pareja —en especial las dos primeras— irrumpan constantes crisis por diversos factores que no se pueden soslayar.

Las estadísticas relacionadas con los divorcios y separaciones muestran que nos son fenómenos menores. Hace poco algunas instituciones munici-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 21 de abril del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con estudios concluidos de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Alas Peruanas. Cuenta con estudios de arbitraje, comercial nacional e internacional. Es socio fundador de Ibarra y Escobar abogados. Es expositor nacional e internacional.

pales dieron a conocer el récord de divorcios; cifra que referían familias en las cuales menores de edad se hallaban involucrados. Cuando un hijo, hija o hijos se encuentran envueltos en estas crisis, los abogados no deben tratar el derecho sin conocer el origen de la problemática. Este panorama no se puede obviar en el análisis, es la crisis familiar la que genera la ruptura de las relaciones, es decir un enfrentamiento.

3. Derechos del menor de edad frente a la crisis familiar

Si bien es cierto que dentro de la formación en la abogacía se instituye una idea preconcebida del Derecho como proceso judicial, es necesario que el operador jurídico tenga conciencia, en los casos de familia, de los conflictos relativos al cuidado del menor, de los hijos y la problemática que le subyace, tales como la patria potestad, alimentos, tenencia y régimen de visitas. Todas esas situaciones se presentan alrededor del menor, del hijo, del niño, niña y adolescente —como lo llama la normativa haciendo referencia al Código de los Niños y Adolescentes—. Es labor del abogado enfocar correctamente el problema, ya que un mal proceder puede exacerbar la crisis.

Estas situaciones suelen extenderse a terceros, por ejemplo, cuando los problemas son contados sea por el padre, madre o hermano a todos los integrantes del entorno familiar. No es menos cierto que existe un nivel de influencia también por parte de los familiares, que aconsejan lo que se debería o no debería de hacerse; cada miembro pone una cuota de información, distorsionando las posiciones y relaciones parentales y familiares (como aquellas entre abuelos y nietos). Esta obstrucción de la relación parental puede llegar a generar demandas y denuncias que alcanzan al ámbito penal. Es lógico señalar que cada versión de la crisis cuenta con sus justificaciones, sustentadas o no. En este escenario, el abogado debe de actuar de manera diligente.

4. Rol del abogado como litigante

El rol del abogado es generar un equilibrio, es decir, justicia en el caso en particular. Entonces cuando el abogado asesora a uno de los litigantes, se encuentra obligado a conocer el contexto bajo el cual se desarrolla la problemática, ya que existe un nivel de responsabilidad que consiste en no exacerbar la situación —es decir no acrecentar la distancia entre las partes—. Es de suma importancia recordar que quien es el centro, o la razón de ser de los procesos, es el hijo o los hijos. Se suele pensar que una de las partes debe de ganar —el padre o la madre— a costa de prácticas no necesariamente éticas, e incluso con malicia y temeridad. Bajo una perspectiva realista, el centro de los procesos de tenencia es el desarrollo y la integridad del menor, por lo que los abogados, al atender a sus clientes,

escucharán varios argumentos —cada uno señalando su verdad—, pero cuando se entregan los medios probatorios y se conocen los hechos, los abogados no pueden alimentar la ruptura familiar con objeciones de corte procesal, entre otros.

El excesivo *reglamentarismo* se ha convertido en un problema que obstruye la administración de justicia familiar. El legalismo propio del positivismo jurídico —que influye al ordenamiento peruano— no contempla cuál es el objeto y razón de ser del proceso: proteger la integridad y el desarrollo del menor. Ello sin perjuicio que son los padres quienes representan a los hijos —bajo la patria potestad que corresponde al padre y a la madre— según la normativa existente, y, aunque no exista norma que lo contemple, la realidad afirma esta responsabilidad paternofamiliar. En este sentido, no debe soslayarse la crítica al legalismo en los casos de familia como los procesos de alimentos o régimen de visitas. El positivismo jurídico adoptado por el Perú se encuentra en crisis: la norma es insuficiente, ya que no solo no puede dar cobertura a todos los casos, sino que los operadores jurídicos que la aplican —abogados, fiscales y jueces— solo se rigen por la literalidad de la norma sin tomar en cuenta otros factores importantes en las controversias de familia.

Para poder graficar lo anteriormente sostenido, se propone el siguiente caso. Una madre solicita por escrito el abono de la deuda de dos meses de cuota de la pensión alimenticia. El juez responde solicitando la oportunidad conforme a ley —la cual se presenta cuando la deuda es de tres meses para que la parte pueda exigirla—. En el supuesto que se le solicita a los tres meses, el juez ordena la liquidación a los peritos, ocurriendo todos estos eslabones procesales mientras que el tiempo transcurre. Ergo, el abogado debe de analizar cuál es la mejor manera de proteger la integridad y el desarrollo del niño, sin tratar de alimentar el conflicto o la pelea que existe entre el padre y madre. El derecho no puede ser ajeno al interés real de estas figuras jurídicas, el cual es diametralmente opuesto a un campo de batalla entre el papá y la mamá en donde se discute quién tiene la razón. No todos los casos son así, pero es necesario señalar que en algunos de ellos se suele actuar con temeridad y malicia procesal.

Considerando las posibilidades en la toma de decisiones por parte de los letrados, se consideran dos: *i*) en medio de una crisis familiar se debe preferir la opción más saludable y protectora para al menor, su integridad y desarrollo. Ante ello, se suele proponer que el menor no puede rendir declaración dentro del proceso por su escasa edad (3 años a menos); *ii*) sin embargo, cuando estos tienen cuatro, cinco o seis años, naturalmente pueden comunicarse. Dentro del Derecho, la Convención sobre los Derechos

del Niño, el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente del 2016 y las observaciones generales 12 y 14 de la Convención —a la cual está adscrito el Perú—, se debe oír al menor en el proceso.

Cuando los procesos se convierten en ritualistas, se olvida la razón de ser del Derecho, cegado por el positivismo jurídico. Dentro de la toma de decisiones, los abogados deben de ser claros en la enunciación de estrategias procesales a sus clientes más allá del proceso judicial como la conciliación.¹ Es este el gran problema que atraviesa a las instituciones y a la propia norma, cayendo en la ineficacia por un actuar poco deseable de los letrados.

5. Dilación de los procesos judiciales

Un proceso judicial de régimen de visitas no menos de dos años (incluso más en la práctica), mientras la conciliación dura menos —máximo treinta días, según la norma, que abarcan el desarrollo de todas las audiencias—; se asumirá que esto último ocurrirá siempre y cuando las partes quieran negociar, situación ciertamente diferente a la realidad, en la cual impera una cultura que ha anulado cualquier valor de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

El mecanismo de conciliación establece que el abogado litigante proponga alternativas y estrategias, más no que se avoquen desde el principio a un proceso que durará no menos de dos años en los cuales el menor ve vulnerada su integridad. Las medidas cautelares tampoco aseguran que se cumpla lo dispuesto en las sentencias. Este problema no solo atraviesa a los procesos de familia, sino a la administración de justicia en general. Los abogados no deben contemplar como única opción al proceso judicial, sino que deben preferir mecanismos alternativos en los cuales se elaboren estrategias en las cuales las partes en conflicto lleguen a un acuerdo acerca sobre tenencia o patria potestad.

Al observar el avance jurídico en la región, Chile está fortaleciendo sus mecanismos alternativos, Argentina y Colombia también, situación que ciertamente edifica una visión positiva de sus ordenamientos; por otro lado, en el Perú, el proceso judicial y la administración de justicia no está funcionando adecuadamente, por lo que se espera su nivelación, corrección y resolución correcta de los problemas que causan esta patología. En materia civil los casos referentes a contratos pueden demorar varios años, mientras que en los de familia deben contar con un tratamiento y enfoque distinto, que valore el contexto, los intereses y derechos en juego.

¹ La cual suele verse como un requisito que establece la ley antes bien que una solución; dando a conocer a los clientes que si se decantan por la conciliación no se deben perseguir objetivos mediante acuerdo, sino solo la superación de ciertos requisitos para luego acudir al juez.

Incluso en el ámbito penal se contempla la negociación —de acuerdo con el principio de oportunidad de la colaboración eficaz—; de igual forma en el ámbito civil debe evitarse la generación de un proceso largo y tedioso. Contraria al prejuicio que recae sobre las conciliaciones (“en estos métodos se suele ganar menos”), la *praxis* ha demostrado que se satisfacen los cuatro intereses del cliente: la solución del problema, la posibilidad de ganar el conflicto, el tiempo que demora y el costo del proceso. Al cliente le interesa cuál es la solución, tiempo y costo de la problemática, por lo que, al momento de tomar decisiones, no se debe descartar ninguna posibilidad de conciliación —la cual puede ser incluso virtual—. Siguiendo esta línea, se debe analizar el costo-beneficio de la solución planteada, más aún si involucra a menores de edad. Por ello, el niño es la prioridad en los procesos de alimentos, de tenencia, patria potestad y régimen de visitas. Lastimosamente el menor se suele convertir en un objeto de lucha y enfrentamiento —casi personal—e entre los pares.

Se puede objetar que el nivel de cumplimiento de las conciliaciones es bajo en comparación con las sentencias; sin embargo, la práctica ha demostrado que estas últimas no se cumplen: ni se pagan las deudas de alimentos ni se cumple el régimen de visitas todo debido a varias cuestiones. Ante ello, la forma de pensar de los abogados y estudiantes debe enfocarse en las técnicas de negociación y medios alternativos, pues la justicia mejora en cuanto existan más métodos de resolución de controversias más allá del proceso judicial.

6. Documentos relevantes

La Convención sobre los Derechos del Niño —ratificado por el Estado peruano— establece reglas a favor del menor: toda decisión administrativa, judicial, legislativo, etc. debe considerar siempre la protección del menor como lo más importante. De igual forma, las observaciones generales de los tratados internacionales relativos al cuidado del menor establecen una adecuación de estos últimos a la realidad social cambiante. Esta Convención ha desarrollado cerca de 14 observaciones generales, en las cuales Naciones Unidas ha considerado una serie de casos, cuyo desarrollo jurisprudencial debe ser adoptado por los Estados parte y sus respectivos ministerios de justicia.

Una observación general ciertamente importante es la Observación General N.º12 del 2009 en la cual se desarrolla el derecho del niño a ser escuchado por la autoridad, en razón que el menor quiere, desea, piensa y siente dentro de un proceso judicial. En este tenor, se deben adoptar las condiciones que permitan su participación, como la psicológica en relación

con sus padres. Asimismo, en el proceso de tenencia y régimen de visitas se debe considerar la idoneidad de la custodia, sea de los padres o de los abuelos —en caso los primeros no cumplan con ciertos requisitos—, prefiriendo el entorno en el cual el niño siente mayor comodidad y apego y proscribiendo escenarios de abuso y alienación parental.²

No solamente debemos tomar en cuenta las observaciones generales sino también la Resolución Administrativa N.º 228 del 2016 donde la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial expide el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente en el cual se resalta la protección al menor dentro del proceso judicial.

7. Régimen de visitas

Existen dos formas de obtener el régimen de visitas. En primer lugar, a través de la conciliación, acuerdo y conversación a la cual se arriba saludablemente con la otra parte. Por otro lado, cuando la conciliación es imposible, se presenta el proceso judicial; este último se suele preferir ya que se considera que, si no se cumple la obligación alimenticia, la otra parte no puede exigir un régimen de visitas, sin embargo, dos casaciones emblemáticas desmienten esta postura: la Casación N.º 2154 de Arequipa del año 2018 y la Casación N.º 4253 del año 2016 de La Libertad. En similar sentido, debe proscribirse aquella idea preconcebida que solo es el padre quien incumple con sus obligaciones hacia el menor, ya que, según estadísticas, también hay madres que ponen en riesgo al niño. Si existe una situación que pueda dañar el derecho del menor, es el hecho de alimentar los sesgos en materia familiar.

En un proceso judicial de régimen de visitas es planteado ante el juez especializado de familia, el cual evalúa una serie de criterios como la edad del menor, la permanencia necesaria con la madre o el padre, con quién convive más tiempo y la necesidad de mantener la relación de parentalidad, la cual no se puede extinguir salvo que existan elementos excepcionales que lo justifiquen (como la puesta en riesgo del menor). De igual forma, en el proceso del régimen de visitas, es relevante analizar las entrevistas e informes. Estos últimos incluyen documentos psicológicos y sociales, cuya realización abarca una cantidad considerable de tiempo en el PJ; los informes estudian el entorno material y psicológico en el cual vive el menor. Por otro lado, las entrevistas consisten en una consulta al menor sobre el régimen de visitas.

² La alienación parental se configura cuando uno de los padres se expresa mal de la otra parte con mala intención frente al niño. La consideración de este supuesto por parte de la autoridad puede influenciar en la decisión final.

Cuando no se cumple con el régimen de visitas se realiza la constatación policial y, en casos extremos, se acude a la fiscalía de turno con menor de edad en pos que el fiscal establezca que se está negando las visitas. Si bien esta medida no es la más práctica, ya que requiere la movilización del menor, el abogado debe hacer lo posible para que funcione el apercibimiento.

8. Cumplimiento de actas y sentencias

La conciliación puede finalizar con la expedición de un acta, la cual tiene el mismo valor legal que una sentencia —producto de un proceso judicial, que debe ser consentida y ejecutoriada. En el caso del incumplimiento del acta de conciliación se presenta la demanda de ejecución de acta de conciliación extrajudicial, ventilada a través de un proceso de carácter ejecutivo, en el cual no se discute se tiene o no el derecho al régimen de visita —pues ya hay un acuerdo que lo especificó—. En caso de que el incumplimiento se mantenga, el acta de conciliación extrajudicial se convertirá en un auto final que ordenará que las partes se sometan al cumplimiento que establece la ley. En el supuesto de incumplimiento de sentencias judiciales es necesario el apercibimiento por desobediencia a la autoridad. Una diferencia entre las actas y sentencias es que, para realizar el requerimiento en un proceso judicial se invierten de dos a tres años en el proceso, mientras que en la conciliación solo 30 a 40 días. Por un lado, el proceso de ejecución es de medio año a siete meses, los cuales solo abarcan la notificación de la contraparte ya que el tópico de fondo está fuera de discusión.

9. Respuestas a las preguntas del público

9.1. ¿Qué procedería en el caso que el padre cortase los lazos de comunicación con un hijo mayor de edad y estudiante universitario, sujeto a régimen de visita?

Si fuera menor de edad sería posible requerir la presencia del padre, pero dado que el hijo es mayor de edad ya no se puede obligar al padre a un régimen de visitas; ello sin perjuicio del pago de la pensión de alimentos, pues el hijo se encuentra estudiando en la universidad satisfactoriamente.

9.2. ¿Solamente las personas o familiares que tengan vínculo de consanguinidad pueden ser capaces de solicitar un régimen de visitas? o es posible que una persona externa también pueda solicitar el régimen de visitas.

Las personas independientemente del vínculo de consanguinidad pueden también pedir el régimen de visitas y también se les puede aceptar la solicitud.

9.3. ¿El tiempo de demora el proceso de pedida de régimen de visitas es la misma si la solicita el padre o madre en comparación a aquella peticionada por otro familiar o un ajeno?

El proceso independientemente del solicitante demora lo mismo; los plazos no pueden extenderse a la condición de que uno sea ajeno o un familiar porque al final los requisitos, las condiciones y las evaluaciones son las mismas. Entonces, realizar una diferenciación de plazos no tiene cabida; la verdadera disimilitud reside en las evaluaciones sociológicas y entrevistas psicológicas.

10. Referencias

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, *Casación N.º 2154-2018 Arequipa*, Lima: 13 de junio del 2019, recuperado de <<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Casacion-2154-2018-Arequipa-LP.pdf>>

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, *Casación N.º 4253-2016 La Libertad*, Lima: 10 de mayo del 2018, recuperado de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Casacion-4253-2016-La-Libertad-Legis.pe_.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N.º 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*, Ginebra: 25 de mayo al 12 de junio del 2009, recuperado de <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N.º 14 (2009) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Ginebra: 25 de mayo al 12 de junio del 2009, recuperado de <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>

Situaciones controversiales en torno al régimen patrimonial de bienes de la Sociedad de Gananciales : una revisión desde el campo práctico*

Olga María Castro Pérez Treviño**
Universidad Femenina del Sagrado Corazón-UNIFE

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Régimen de bienes en la sociedad de gananciales / 3. Relaciones patrimoniales que se generan con los hijos dentro de la sociedad de gananciales / 4. Edificaciones o construcciones en terrenos que es propiedad de uno de los cónyuges / 5. Disposición de un bien social sin la intervención de uno de los cónyuges / 6. Actos de disposición sobre bienes donados o legados a un solo cónyuge / 7. Régimen de separación de bienes / 8. Respuestas a las preguntas del público / 9. Referencias.

1. Introducción

Cuando una pareja vive en una unión de hecho por dos años continuos y sin impedimentos matrimoniales, rige entre ellos el régimen de la sociedad de gananciales, el régimen de separación de bienes no está contemplado como una opción para las parejas que viven en este tipo de unión. Por otro lado, si la pareja está casada y pese a tener la posibilidad de elegir la separación de bienes, no lo hacen, rige la sociedad de gananciales.

2. Régimen de bienes de la sociedad de gananciales

La sociedad de gananciales es un régimen patrimonial que tiene por finalidad regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre éstos y terceros. Entre los cónyuges se regula la pertenencia o no de los bienes,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 21 de abril del 2022.

** Es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Asimismo, ha sido catedrática en la Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Martín de Porres, es docente en la Academia de Magistratura y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Además, es conciliadora extrajudicial, presidenta del Instituto de la Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, así como también es Editora general de la revista Persona y familia de la misma casa de estudios. Finalmente, cuenta con diversas publicaciones sobre Derecho Civil.

además de las deudas adquiridas antes y después del matrimonio por uno de ellos. Mientras que la regulación entre los cónyuges y los terceros refiere a la adquisición por un tercero de un bien que tiene la calidad de bien social, así como, a la afectación de los mismos para el cumplimiento de obligaciones de carácter económico con un tercero.

3. Relaciones patrimoniales que se generan con los hijos dentro de la sociedad de gananciales

El régimen patrimonial regula las relaciones entre los cónyuges, mas no entre estos y sus hijos. No obstante, de acuerdo con el artículo 316 del Código Civil¹ son de cargo de la sociedad los alimentos que los cónyuges deban a sus parientes, en virtud de ello, en el caso de un hijo extramatrimonial, sus alimentos serán de cargo de la sociedad y serán pagados con bienes sociales, y a falta de estos a prorrata con los bienes propios de cada cónyuge (artículo 317 del Código Civil²).

De otro lado, cuando uno de los cónyuges debe el pago de alimentos a sus hijos o parientes, y es demandado, es posible que la demanda de alimentos sea declarada procedente y que se solicite un embargo preventivo como medida cautelar sobre un bien determinado para asegurar la efectividad del pago de la deuda alimentaria.

Deberá tenerse presente que los bienes sociales no pertenecen en copropiedad a los cónyuges, sino que estos bienes forman parte de un patrimonio autónomo establecido para poder solventar las cargas y obligaciones sociales, lo cual genera una expectativa de derechos cuya efectividad de vendrá en la liquidación de la sociedad de gananciales, momento en el que se dividirán los gananciales en cincuenta por ciento para cada uno. En

1 Artículo 316 del Código Civil peruano

Son de cargo de la sociedad:

- 1.- El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos sociales.*
- 2.- Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas.*
- 3.- El importe de lo donado o prometido a los hijos sociales por ambos cónyuges.*
- 4.- Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten.*
- 5.- Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste.*
- 6.- Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten.*
- 7.- Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan.*
- 8.- Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.*
- 9.- Los gastos que cause la administración de la sociedad.*

2 Artículo 317 del Código Civil peruano

Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

tanto ello, expedida la sentencia favorable el cobro de la deuda alimentaria, será efectiva una vez realizada la liquidación del régimen de bienes.

4. Edificaciones o construcciones en terreno que es propiedad de uno de los cónyuges

El artículo pertinente es el 310 del Código Civil³, el cual indica que también tienen calidad de bien social los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, debiéndose abonar a este el valor del suelo al momento de reembolso. Entonces, si una persona se casa y es propietaria de un terreno adquirido con anterioridad al casamiento o durante el mismo mediante donación, y además se construye un inmueble sobre el terreno, este último se convierte en bien social. Es incorrecto sostener que por un lado el terreno sea propiedad del cónyuge propietario, mientras que la edificación constituya un bien social; y más aún plantear una copropiedad del bien.

Por tanto, toda la unidad mobiliaria se convierte en un bien común, estableciéndose que al momento de liquidar la sociedad de gananciales se debe reembolsar al dueño el valor del terreno al momento del reembolso. Mientras no se realice la liquidación de la sociedad de gananciales, el bien tiene la calidad de social, y por lo tanto contará con todas las cualidades y consecuencias que origina el ser un bien social. Esta consideración es contraria a lo señalado en el libro de Derechos Reales en el que la edificación corre la misma suerte del terreno.

5. Disposición de un bien social sin la intervención de uno de los cónyuges

Un eje de discusión a considerar es aquel al cual se avocó el VIII Pleno Casatorio⁴, referente a la disposición arbitraria de un bien social. Cuando una casa es comprada durante el matrimonio, pero es vendida solo por uno de los cónyuges sin la intervención del otro, ¿esta venta es considerada válida o ineficaz?

Hasta antes del mencionado pleno casatorio, se consideraba un supuesto de ineficacia, y para poder remediar la patología de la venta solo bastaba

3 Artículo 310 del Código Civil peruano

Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.

4 Corte Suprema de Justicia de la República, VIII Pleno Casatorio Civil, Lima: 12 de marzo del 2019 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b6ddba004fe28f0a9c65bd6976768c74/VIII%2BPleno%2BCasatorio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b6ddba004fe28f0a9c65bd6976768c74>

la ratificación del otro cónyuge que no había intervenido en la venta del inmueble.

El VIII Pleno Casatorio cambió este criterio en cuanto consideró que la transferencia de un bien social —sin la intervención de ambos cónyuges— es nula en mérito del inciso octavo del artículo 219 del Código Civil⁵ concordante con el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil; ya que uno de los cónyuges no expresó su voluntad y, por lo tanto, infringía una norma de orden público, declarando la nulidad de este acto de disposición. En este sentido, se establecen las consecuencias de la adquisición de un bien social por un tercero, sin la intervención de ambos cónyuges, creyendo que era un bien propio solo del cónyuge que lo vendía; si bien se plantea la nulidad del acto jurídico, ello no exime de posibles acciones indemnizatorias —las cuales no serán tratadas en este trabajo—.

No obstante, si se configura el supuesto en el cual el adquirente decide inscribir el bien inmueble en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y posteriormente venderlo a un segundo adquirente, esta última compraventa es considerada válida, amparándose en la fe registral, siempre y cuando el comprador haya actuado con buena fe y el bien se encuentre inscrito por el primer adquirente. Ello sin perjuicio de la nulidad del primer contrato.

6. Actos de disposición sobre bienes donados o legados a un solo cónyuge

Se configura el siguiente supuesto: El padre de uno de los cónyuges cuenta con un terreno sobre el cual se construyen varios departamentos para sus hijos; en este sentido, el padre dona a cada uno de sus descendientes un departamento. Por tanto, al ser donado este inmueble se convierte en bien propio de aquellos hijos a los que se les donó, es decir, esta propiedad no es considerada como bien social ya que las donaciones y legados tienen la calidad de bien propio. Acto seguido, el propietario de uno de los departamentos decide vender su propiedad sin consultar con su cónyuge, a lo cual esta última alega la nulidad del contrato en cuanto la casa servía de morada para el hogar conyugal. A pesar de lo argumentado por la cónyuge, acorde con nuestra normatividad su posición no cuenta con ningún asidero legal.

⁵ Artículo 219 del Código Civil peruano

El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4.- Cuando su fin sea ilícito. 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta. 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7.- Cuando la ley lo declara nulo. 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

7. Régimen de separación de bienes

En el régimen de separación de bienes no existen bienes ni deudas sociales, cada cónyuge maneja su patrimonio propio y cumple sus obligaciones con sus respectivos bienes; sin perjuicio de ello, aquellas obligaciones que tienen con sus hijos son asumidos por ambos en proporción a sus patrimonios, incluyendo los alimentos.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Qué procede si uno de los cónyuges adquiere un inmueble mediante terceros —utilizando incluso a sus progenitores—, los cuales compran el bien y lo transfieren al cónyuge en calidad de donación?

Ya que la compra a nombre de terceros fue realizada con dinero de la sociedad conyugal, es un acto nulo por falta de intervención de los dos cónyuges. Aunque no es fácil plantear la acción, una de las formas o medios probatorios que se puede utilizar es la investigación del origen de los fondos usados en la compra del inmueble, en pos que el juez solicite el levantamiento del secreto bancario para constatarlo.

8.2. ¿Si una persona recibe un terreno por herencia y, está casado por el régimen de sociedad de gananciales decide construir una vivienda sobre el terreno; cómo se configura la repartición del bien en el proceso de divorcio?

Si una vivienda es construida en un terreno de propiedad de uno de los cónyuges, se convierte en una sola unidad inmobiliaria teniendo la calidad de un bien social y al momento de la liquidación de sociedad de gananciales por efecto del divorcio, se le devuelve al cónyuge que era propietario del terreno el valor al momento del reembolso.

8.3. ¿Con respecto a la herencia, los padres pueden decidir el porcentaje del total de la masa hereditaria que recibirán sus hijos?

Los hijos reciben la herencia en iguales partes, lo que se puede hacer es acrecentar la herencia de un hijo con el tercio de libre disposición.

8.4. Una pareja de esposos tiene cuatro hijos, uno de ellos —a pedido de los padres— ha construido en el terreno de sus progenitores; sin embargo, años más tarde los padres fallecen ¿el bien en cuestión le corresponde al hijo que lo construyó o se repartiría entre los hermanos?

El bien en cuestión pertenecería a los progenitores pues la construcción tiene la misma calidad que el terreno; y tras la muerte de ambos padres, este se divide entre todos los hijos por iguales partes.

9. Referencias

Corte Suprema de Justicia de la República, *VIII Pleno Casatorio Civil*, Lima: 12 de marzo del 2019 <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b6ddb004fe28f0a9c65bd6976768c74/VIII%2BPleno%2BCasatorio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b6ddb004fe28f0a9c65bd6976768c74>>

Análisis sobre la responsabilidad civil en el matrimonio y las relaciones sponsalicias*

Roberto Cabrera Suárez**

Universidad Carlos III de Madrid (España)

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Responsabilidad civil en las relaciones familiares / 3. Promesa de matrimonio / 3.1. Naturaleza y requisitos / 3.2. Promesa de matrimonio y responsabilidad / 3.3. Reparación civil por los daños derivados de la ruptura de sponsales / 4. Reparación civil por daños derivados de la infidelidad en el matrimonio / 5. El principio de intervención mínima del Estado en el Derecho de Familia / 6. Conclusión / 7. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Un tema que se debate intensamente en el contexto de las interacciones entre el Derecho de Familia y la Responsabilidad Civil se refiere a la responsabilidad en los casos en que haya existido una promesa de matrimonio y este – por conducta atribuible a alguno de los novios – no se llega a concretar. Asimismo, no es ajeno a nuestro conocimiento que cada vez se presenten más casos en los que por motivos de infidelidad durante el matrimonio se interponen sendas demandas judiciales ante los órganos jurisdiccionales.

El tema a discutir encaja perfectamente en el contexto social en el que vivimos, y que las promesas del matrimonio son un lugar común, y muchas veces no se consuman por diversos motivos, que en ocasiones pueden generar el deber de indemnizar por parte de quienes lo han hecho, dependiendo de los motivos de la interrupción. Misma situación ocurre en muchas de las relaciones matrimoniales.

* Edición realizada a un texto inédito del profesor Roberto Cabrera Suárez

** Abogado, Maestro en Gestión Pública y Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de San Martín. Presidente de la Comisión Regional de INDECOPI – San Martín. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0122-2161>

Preliminarmente, es preciso señalar que este trabajo no pretende tratar discusiones doctrinales sobre los aspectos generales de la responsabilidad civil, cuestión que ya está contemplada exhaustivamente en varias obras de los autores más estimados. El núcleo de este trabajo es analizar la responsabilidad civil con un enfoque en las relaciones familiares, más específicamente con respecto al tema de la ruptura del compromiso esponsalicio y la infidelidad conyugal.

La relevancia del tema radica en que se sabe que la familia es el núcleo fundamental de la organización social en la que estamos insertos. Es especialmente en el entorno familiar donde se desarrollan costumbres, sentimientos e inclinaciones que influirán en los componentes de la entidad familiar y, en consecuencia, de la sociedad en su conjunto. Ha habido una evolución en el concepto de familia, prevaleciendo actualmente la espontaneidad del afecto sobre las estructuras formales, consagrándose en palabras de Fachín (1998), una familia eudemonista, es decir, familias basadas en la felicidad de quienes la integran. Pasemos al análisis del instituto de responsabilidad civil en este modelo familiar contemporáneo.

2. Responsabilidad civil en las relaciones familiares

Conforme lo afirma Jalil (2016), en el contexto del derecho, la responsabilidad civil es un deber legal que se genera tras incumplir otro deber legal preexistente.

Así como ha evolucionado el concepto de familia, también ha cambiado la visión sobre la incidencia de la responsabilidad civil en las relaciones familiares. En otra época, sólo se admitía la aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia cuando un tercero, ajeno a la relación familiar, causaba algún daño a una persona y en consecuencia a su familia en general.

Hoy, podemos ver la posibilidad de su incidencia en las propias relaciones familiares, es decir, cuando tanto la víctima como la persona infractora forman parte de la misma familia. Así, la responsabilidad civil entre miembros de una familia implica el reconocimiento de daños y perjuicios a reembolsar, por ejemplo, entre cónyuges, por padres a hijos, e incluso por abuelos a nietos.

Cabe destacar dos corrientes doctrinales sobre la responsabilidad civil en el derecho de familia. La primera apoya la tesis de la posibilidad de generarse responsabilidad civil en los casos de infracción civil absoluta, según esta corriente, la calificación del agente como novio, conviviente o cónyuge no cambia ni por más ni menos su obligación de indemnizar.

El segundo aspecto doctrinal admite la reparación civil tanto en los supuestos previstos en la norma sustantiva civil, como cuando se presente un daño moral derivado de la violación de deberes específicos, como, por ejemplo, la responsabilidad civil por la violación de los deberes matrimoniales: fidelidad recíproca, vida en común en el hogar conyugal, asistencia mutua, sustento, custodia y educación de los hijos, respeto y consideración mutuos.

Por ejemplo, considere que, según los defensores de la primera posición, si el marido golpea a su mujer, evidentemente hay un daño moral que reparar; sin embargo, si la mujer traiciona al marido, no habrá, por el puro hecho de la traición, daño moral que indemnizar, en la medida en que haya habido una violación del deber de fidelidad. Para quienes abrazan el segundo aspecto doctrinal, habrá indemnización por daño moral en ambos casos: tanto por el ilícito absoluto como por la violación del deber conyugal.

Nos sumamos al segundo entendimiento, abogando por la tesis de la posibilidad de la responsabilidad civil y en los supuestos de incumplimiento de una obligación legislativa específica, siempre que estén presentes todos los elementos esenciales relativos a la caracterización del instituto de responsabilidad civil: daño, ilegalidad de la conducta y relación de causalidad.

3. Promesa de matrimonio

En el Derecho Romano, existía el término *sponsais*, *sponsalia*, del verbo *spondeo* (promesa), derivado de la promesa que el padrino (promitente, cónyuge) hacía a la *sponsa* (prometida, esposa). Este acto era solemne y generaba efectos jurídicos, cuando el arrepentido era multado por romper el compromiso.

Según Lisboa (2009), *esponsais* "es el negocio legal a través del cual dos personas de diferentes sexos prometen contraer matrimonio recíprocamente (*sponsalia dicta sunt a spondendo*)". El autor entiende que la promesa de matrimonio constituye una relación de obligación que genera efectos jurídicos para los interesados incluso antes de la celebración del matrimonio.

Con este planteamiento, sin duda alguna se acredita que la posición de reparar las afectaciones que pudiesen generar la ruptura de una promesa de matrimonio tiene matices en el Derecho Romano, donde incluso existía la regla de las llamadas "arras conyugales", es decir, en caso de incumplimiento del compromiso, el novio responsable podría perder el valor de las arras o incluso verse obligado a pagar el triple o el cuádruple.

El compromiso configura una realidad social diferente a una simple cita, pero más rudimentaria en comparación con un matrimonio o incluso una unión de hecho estable. No puede tener fama de instituto de Derecho de Familia, porque el compromiso se encuentra todavía en la etapa embrionaria de la formación de una familia, pero existe la posibilidad de ser incluido en estudios sobre el Derecho de Obligaciones y Responsabilidad Civil.

También se observan otras relaciones afectivas, algunas fugaces, otras más duraderas, sin embargo, sin fuerza jurídica suficiente para su encuadre en el ámbito del vínculo con efectos en el entorno familiar, salvo en situaciones específicas derivadas de estas relaciones.

3.1 Naturaleza y requisitos

El compromiso esponsalicio o promesa de matrimonio, se caracteriza por ser la unión, tradicionalmente, de un hombre y una mujer, a través del intercambio de promesas y obligaciones mutuas con el fin de celebrar a futuro el acto de matrimonio. Las promesas de matrimonio siguen existiendo en la sociedad contemporánea a pesar de las innovaciones que ha experimentado. La institución jurídica de los esponsales tiene un futuro completamente incierto porque la sociedad ha ido abandonando los formalismos que alguna vez tuvo. Cabe observar que, aunque los esponsales no se celebran por acto solemne y formal, comúnmente ocurren por manifestación verbal, sin embargo, es necesario que sea expresa y pública, por lo tanto, la pretensión de que ambos se casen debe ser notoria.

Diniz (2012) menciona algunas formas en que se evidencia la notoriedad del compromiso, como la distribución de invitaciones, el intercambio de correspondencia, los testigos y la confesión. La autora antes mencionada sigue afirmando que se trata de la existencia indispensable de una promesa de matrimonio hecha por los novios. Además, los novios deben ser capaces y necesitan expresar su libre albedrío.

3.2 Promesa de matrimonio y responsabilidad

Los enamorados que desean mantener su relación afectiva y pasar a la condición de novios asumen una nueva relación de continuidad, en el camino hacia un futuro, buscan la celebración del matrimonio, ya sea solo en el Registro Civil o también en el ámbito religioso.

Mencionaba en su momento Cornejo (1949) que, en el marco de la manifestación del propósito de una relación duradera de vida en común, los novios comienzan a comportarse y posicionarse de acuerdo con el compromiso asumido, sin necesidad de un contrato expreso de esta promesa.

En ese orden de ideas, el efecto de la ruptura del compromiso implica solo una responsabilidad extracontractual, dando lugar a una acción de indemnización, porque no crea ningún vínculo de parentesco o familia entre la novia y su familia. Debemos tener en cuenta que en determinados supuestos la promesa frustrada de contratar, y el incumplimiento de la promesa es un hecho que sin duda genera el deber de indemnizar, y también puede causar trastornos psicológicos que desembocan en daño moral.

3.3 Reparación civil por los daños derivados de la ruptura de esponsales

Se entiende como esponsales, el pacto entre dos personas con la intención de casarse en el futuro. Respecto a esta figura, durante los últimos años se ha desarrollado una corriente que busca su desregulación a nivel normativo, debiéndose entender que la libertad de casarse o no casarse le da a cualquiera de los promitentes el derecho de renunciar al compromiso sin el consentimiento previo del otro. Frente a esta libertad, ¿Puede el novio o la novia que renuncia a casarse ser obligado a reparar el daño resultante del incumplimiento unilateral de la promesa de matrimonio? La ruptura del compromiso, por regla general, antes de la consagración de la manifestación libre de la voluntad, no resulta en la reparación de ningún daño, incluido el daño moral, es decir, el desistimiento por parte de uno de los novios, si bien puede causar en el otro un cierto sufrimiento, no justifica por sí mismo compensación alguna, dada la imposibilidad de obligar a alguien a amar a los demás.

A nuestro criterio, innumerables hechos de la vida son susceptibles al dolor o a imponer sufrimiento. No se puede evitar que cualquier sentimiento no correspondido pueda producir tristezas y decepciones. Nada impide que las personas alteren libremente sus rutas de vida, ya sea antes o incluso después de casarse. Indemnizar el daño moral resultante de la ruptura, cuando el hecho no esté marcado por un episodio de violencia física o moral y tampoco se haya ofendido el honor o la dignidad de la persona no resulta sostenible bajo los actuales modelos de familia. Además, exigir que el noviazgo se prolongue no solo afectaría gravemente a quienes mantienen una relación afectiva, sino que además provocaría un shock emocional con otros integrantes del grupo familiar.

A nuestro juicio, independientemente del establecimiento previo de ciertos requisitos para la caracterización de la responsabilidad civil por la ruptura del compromiso, partiendo de la premisa de que todas las relaciones particulares deben estar impregnadas por el principio de buena fe objetiva, y por lo tanto, respaldadas por la lealtad y honestidad, la ruptura injustifica-

da del compromiso asumido dañaría la expectativa alimentada por el otro en el sentido de la realización del acto matrimonial, generando así el deber de indemnizar, en los casos en que la ruptura de la promesa de matrimonio se produzca de forma agresiva o atente contra la dignidad del otro. Así, nos encontraríamos ante un deber de indemnizar por daño moral cuando hay arrepentimiento injustificado y la ruptura dañina del compromiso en casos, por ejemplo, de la desaparición de uno de los novios en la víspera del matrimonio o el abandono del otro en el altar de la iglesia.

Si el arrepentimiento está desmotivado, además de manifestarse en circunstancias embarazosas y ofensivas para la dignidad y el respeto (abandono en el altar o consentimiento negativo en el momento de la celebración), el derecho a la reparación del daño moral nos parece irrefutable. Si nos planteamos un caso ilustrativo, de un joven que, al ser cuestionado si es de su propia voluntad recibir a la novia como esposa legítima, y este diga: "Bueno, para ser franco, no". (...) Esta chica, no hay duda, sufriría lo que quizás ninguna otra novia habrá sufrido: además de la pérdida del novio, la lesión suprema de una humillación pública. El novio no sería castigado civilmente por el incumplimiento de la promesa, sino por la humillación, el escándalo infligido y el daño moral. Es su derecho reconsiderar la elección de la esposa, pero es su obligación hacerlo discretamente, sin ofensa, ni lesión.

El novio (a) no podrá, además, permitir que el otro lleve a cabo la boda (impresión de invitaciones, contratación de buffet, compra de ajuar, mobiliario para la futura residencia, etc.) para luego renunciar a su celebración; debe actuar con el mínimo de eticidad ante esta situación, pues como reflexiona Muñoz (2011), no solo se debe analizar el problema desde un punto de vista jurídico o económico, por lo que debería de comunicar de antemano al otro su intención de renunciar al matrimonio, ya que, si no procede, puede incurrir en un enriquecimiento injusto, y debe, en este caso, pagar una indemnización por daños materiales. Así, se concluye que si bien es un derecho del novio (a) la facultad de casarse o no, cada vez que la ruptura del compromiso sea abrupta y desmotivada, causando al otro un daño material o moral, habrá el deber de indemnizar, ya que la ley pretende evitar el ejercicio abusivo de esta aptitud.

Nadie está obligado a casarse con alguien para quien ya no nace el sentimiento afectivo. El desistimiento del matrimonio debe realizarse siempre de acuerdo con el principio de eticidad, buscando así evitar o al menos mitigar los efectos derivados de la ruptura, de lo contrario se producirá un abuso en el ejercicio de la ley, siendo, en esta situación, pasible de la sanción civil correspondiente: el pago de la indemnización.

4. Reparación civil por daños debidos a la infidelidad en el matrimonio

Aunque no es el fin principal del Estado, es cierto que incluso en el ejercicio de su actividad legislativa, a través de la ley civil, se estipula los deberes a los que ambos cónyuges están igualmente sujetos al contratar nupcias. Entre las obligaciones determinadas, tal y como desarrolla De Verda (2008), destacamos el deber de fidelidad recíproca. La fidelidad es una especie de la cual la lealtad es género.

Estrictamente hablando, consideramos que la fidelidad se traduce en el despliegue de la mayor noción de lealtad, aunque no se confunde con ella. La lealtad, cualidad del carácter, implica un compromiso más profundo, no sólo físico, sino también moral y espiritual entre los socios, en la búsqueda de la preservación de la verdad intersubjetiva; mientras que la fidelidad, a su vez, tiene una dimensión restringida a la exclusividad de la relación afectiva y sexual.

De lo anterior, se deduce que la fidelidad se entiende tanto como una obligación moral, dado que se trata de una especie de lealtad del género, como una obligación legal, pues está expresamente prevista en la lista de deberes conyugales plasmados en el Código Civil, y su ruptura suele producirse cuando existe adulterio, conducta entendida como la relación sexual que se produce fuera de la relación conyugal.

En lo que respecta a la falta de respeto al deber de fidelidad, haciendo una ponderación entre la autonomía individual y la sociedad conyugal, debe prevalecer, en la mayoría de las situaciones, los derechos del individuo y sus elecciones de vida, mismas que se superponen a la solidaridad familiar. Por lo tanto, el incumplimiento de este deber motivaría solo la disolución del matrimonio, sin dar oportunidad, por lo tanto, a una indemnización pecuniaria. La separación sería, por lo tanto, un remedio razonable para apaciguar el conflicto entre la pareja.

Sin embargo, conforme expresa Burgueño (2020), en caso de violación del deber de fidelidad entre los cónyuges, surge la obligación del infiel de indemnizar al otro por daños morales. No toda infidelidad generará un deber de indemnización por daños morales o materiales, sino sólo cuando uno de los cónyuges, al violar lo dispuesto en la normatividad, afecte la dignidad, honor o pudor del otro, imponiendo al otro un cambio en su normalidad psíquica, o le cause un daño material.

A nuestro criterio no procede indemnización en el supuesto de que una relación matrimonial ya se encontraba deteriorada en los meses en que

el cónyuge infiel venía manteniendo una relación extramatrimonial. Hay casos en los que incluso ambos cónyuges acuerdan incumplir el deber de fidelidad y continúan viviendo en el mismo domicilio. Para poder conceder daño moral, se necesita algo más que una mera ruptura de la relación matrimonial, se requiere que uno de los cónyuges haya sometido efectivamente al otro a condiciones humillantes, vejatorias y que afecten su dignidad y su honor. En el presente caso la ruptura es una consecuencia natural.

Esta posición está en línea con el principio de mínima intervención estatal que desarrolla ampliamente Lepín (2014), en las relaciones familiares, ya que no aboga por la indemnización en cualquier separación motivada por el incumplimiento del deber de fidelidad. No actuar en base a este principio produciría un aumento de las demandas judiciales y, en consecuencia, de la acción estatal. Admitir que cualquier separación por infidelidad conlleva el deber de indemnizar al cónyuge fiel significaría una contradicción con el principio antes enunciado.

Además, el pago de una indemnización en estos casos intensificaría aún más la situación de conflicto grave que acompaña a los procedimientos de divorcio. Por consiguiente, como se ha explicado anteriormente, la indemnización en los casos de incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad sólo debe prosperar cuando se ha sufrido un perjuicio moral o material efectivo.

Finalmente, entendemos que el cómplice de la infidelidad no puede ser considerado responsable. Cabe señalar que el cómplice de la traición no forma parte del vínculo matrimonial y no está obligado a cumplir con los deberes conyugales y, por lo tanto, no comete ningún acto ilícito.

La responsabilidad civil, como se ha indicado anteriormente, es un deber legal sucesivo derivado del incumplimiento de una obligación previamente establecida, un deber legal original estipulado por un contrato u orden normativa. Cabe aclarar, finalmente, que no existe solidaridad entre el coautor de la infidelidad y el cónyuge infiel, porque la conducta de la infidelidad no es ilícita, siguiendo las conclusiones argumentativas de Marcellino (2015).

5. El principio de mínima intervención del estado en el Derecho de Familia

Hay grandes cambios para quienes se han ido enfrentando a la sociedad, sobre todo en lo que se refiere al concepto de familia. Actualmente, el afecto es el pilar principal de esta relación, responsable de las diferentes formas de familia que existen.

Ante los cambios observados, corresponde a la Ley, como regulador de las relaciones sociales, estandarizar estos comportamientos.

Sin embargo, la doctrina reciente ha entendido que toda regulación estatal debe limitarse a proporcionar los medios adecuados para que la familia se desenvuelva por sí misma, en base a sus propias creencias e ideologías, a costa de invadir el ámbito de la autonomía privada.

Este entendimiento se debe principalmente a la peculiaridad de la institución familiar, y hay que decidir que la familia no es una creación del Estado, es una invención del derecho como lo es el derecho tributario, el derecho societario, el libre mercado o el previo aviso en la legislación laboral. Estos institutos se crean para servir a la sociedad en su conjunto. La familia es antecesora del Estado y concomitante a la ley, para lo cual la ley sólo tiene el deber de reconocerla, no de establecerla.

El Estado, tiene una responsabilidad eminente e ineludible de reconocer a la familia. Sin embargo, reconciliar a la familia positivizando disposiciones y reglas en las constituciones y códigos, para hacer respetar reglas de organización y funcionamiento verticales no asegurará su capacidad de autonomía y, por tanto, de autogobierno. Es preciso entender que las relaciones familiares son espacio exclusivo de los hijos, la libertad y el amor siempre que sean construidos por los propios partícipes de la relación afectiva. El amor es un derecho de la familia como el pacto voluntario es la ley de los contratos, conforme reflexiona Villela (1999).

Este principio sostiene que, si el Estado debe intervenir en el contexto de las relaciones familiares para asegurar la protección de las personas, especialmente los niños, niñas y adolescentes, esta intervención debe realizarse de manera moderada, solo para garantizar la voluntad de los miembros de la familia sin intervenir en el ámbito de su autonomía privada, y si así lo decide, el Estado debe actuar como garante de la realización personal de sus miembros.

Se trata, por tanto, de un mecanismo que tiene como objetivo garantizar el derecho a la autodeterminación y autoorganización de la célula familiar, partiendo del concepto de que el ser humano, dotado de razón y moral, tiene el suficiente discernimiento para establecer lo mejor para sí mismo, siempre que tales decisiones no vulneren sus propios derechos.

En este sentido, algunos académicos actuales como De Ruggiero (1972), han defendido incluso la idea de un "estado mínimo" o "ultima ratio", concepto tomado del Derecho Penal, que aplicado al Derecho de Familia significaría que el poder del Estado debe ser limitado, utilizándolo sólo como

último recurso, cuando todas las demás posibilidades de resolver el conflicto se hayan agotado de otra manera.

En muchas ocasiones, no se ha logrado el resultado deseado por el Estado con la imposición de leyes represivas o sentencias judiciales. Siendo así, es importante que, a través de políticas públicas socioeducativas, campañas de sensibilización y mayor información en el ámbito social se contribuya al fortalecimiento de las familias para evitar una posterior intervención estatal excesiva.

6. Conclusión

Teniendo en cuenta todas las consideraciones realizadas durante la elaboración de este trabajo, se concluye que para la configuración de la responsabilidad civil en caso de infidelidad en el matrimonio es indispensable cumplir con los supuestos de dicho instituto, esto es, la comisión de un acto ilícito (violación del deber conyugal de fidelidad) y daño, moral o material, vinculado por el nexo causal.

Asimismo, parece posible caracterizar la responsabilidad en casos de ruptura de esponsales, a pesar de la ausencia de un deber de adherirse a la promesa de matrimonio previamente suscrita. La falta de amor por sí sola no genera el derecho a la indemnización, porque el amor no es un deber legal.

Sin embargo, cuando se llega a un final repentino, escandaloso, que causa daño, material o moral, al otro, en estas situaciones, se ejerce abusivamente un derecho (casarse o no), y también una violación del principio de buena fe objetiva, debiéndose someter al responsable a la sanción correspondiente: el pago de una indemnización.

Se infiere, por lo tanto, que en las relaciones preconyugales y conyugales siempre debe prevalecer el principio de libertad: libertad de amor, libertad para casarse. Sin embargo, si existe un abuso en el ejercicio de esta libertad que genera daño a la esfera íntima del otro sujeto de la relación, o un ultraje material, habrá una hipótesis de responsabilidad civil.

7. Referencias bibliográficas

BURGUENO, M. G., «Daño moral causado por el adulterio del cónyuge», en Dirección de Bibliotecas – Superior Tribunal de Justicia del Chubut (Editor), *Dossier doctrinario. Autores de Chubut: Dr. Manuel G. Burgueño Ibarguren* (Chubut: Biblioteca de Tribunales Comodoro Rivadavia, 2020), pp. 164-182.

CORNEJO, H., «Los esponsales», en Derecho PUCP: *Revista de la Facultad de Derecho*, (9), Lima/Perú, 1949, pp. 11-25.

DE RUGGIERO, R., Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, Derechos Reales y posesión, vol. II, 3ra edición traducida (1972), Dos Santos, A. (São Paulo: Saraiva, 1972).

DE VERDA, J. R., «Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, en particular, de la obligación de fidelidad», en *Revista Boliviana de Derecho*, 5, Bolivia, 2008, pp. 85-119.

DINIZ, M. H., *Curso de direito civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2012).

FACHÍN, L. E., «De la función pública al espacio privado: aspectos de la privatización de la familia en el proyecto del Estado mínimo», en Universidad Nacional de Cuyo, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, vol. I (Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, 1998), pp. 348-362.

JALIL, J. E., «El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial», en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 18(3), Argentina, 2016, pp. 15-25.

LEPÍN, C., «Los nuevos principios del Derecho de Familia», en *Revista chilena de derecho privado*, (23), Santiago de Chile, 2014, pp. 9-55.

LISBOA, R. S., *Manual de Direito Civil*, vol. V (São Paulo: Saraiva, 2009).

MARCELLINO, L., «¿Son resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad de uno de los cónyuges en el CCCN?», en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, 7(11), Argentina, 2015, pp. 70-71.

MUÑOZ, E., «Crisis en las promesas de matrimonio: del vínculo jurídico de los esponsales romanos a la carta de arras desde la España altomedieval» en *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, (17), España, 2011, pp. 351-366.

VILLELA, JB (1999). «Abertura: Repensando o Direito de Família», en Da Cunha Pereira, Rodrigo (Coord.), *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família* (Belo Horizonte: IBDFAM, 1999), pp. 15-32.