

**BOLETÍN N.º 05**  
**DERECHO PRIVADO**  
**Vol. II**

**Derecho de Familia, Procesal de  
Familia, Sucesiones y Defensa Legal**

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

**Coordinadores:**  
Lucia Yolanda Salguero Julca  
Juan de Dios Atarama Macha

**AÑO N.º 02 / ABRIL 2023**

**Autores de esta edición:**

**Katherine Leyva Ulloa**

Abogada por la Universidad Norbert Wiener

**Alessandra Mendoza Del Valle**

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

**Carlos Andree Rodas Quintana**

Abogado por la Universidad Señor de Sipán

**Patricia Ivette Bucallo Rivera**

Abogada por la Universidad Nacional Federico Villareal

**Jenny Diaz Honores**

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

**Roberto Cabrera Suarez**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

**Manuel Ibarra Trujillo**

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal

**Ángel Alfonso Cerna Sifuentes**

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal

## **Directores**

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

## **Coordinadores**

Lucia Yolanda Salguero Julca  
Juan de Dios Atarama Macha

# **BOLETÍN N.º05 (Vol. II)**

## **DERECHO PRIVADO**

Derecho de Familia, Procesal de Familia,  
Sucesiones y Defensa Legal

### **Autores en esta edición:**

Patricia Bucallo Rivera	Manuel Ibarra Trujillo
Roberto Cabrera Suarez	Katherine Leyva Ulloa
Ángel Alfonso Cerna Sifuentes	Alessandra Mendoza del Valle
Jenny Diaz Honores	Carlos Andree Rodas Quintana

**Amachaq**  
*Escuela Jurídica*

2023

Lima – Perú

ISSN: 2810-8361

## **BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO**

**DERECHO DE FAMILIA, PROCESAL DE FAMILIA,  
SUCESIONES Y DEFENSA LEGAL**

**AÑO 02 – N.º 05 VOL. II – ABRIL 2023**

**EDITADO POR:**

**© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

[amachaq\\_escuela\\_juridica@gmail.com](mailto:amachaq_escuela_juridica@gmail.com)

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

### **AUTORES EN ESTA EDICIÓN:**

Bucallo Rivera, Patricia Ivette  
Cabrera Suarez, Roberto  
Cerna Sifuentes, Ángel Alfonso  
Diaz Honores, Jenny  
Ibarra Trujillo, Manuel  
Leyva Ulloa, Katherine  
Mendoza del Valle, Alessandra  
Rodas Quintana, Carlos Andree

### **DIRECTORES:**

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

### **COORDINADORES:**

Salguero Julca, Lucia Yolanda  
Atarama Macha, Juan de Dios

### **COLABORADORA PRINCIPAL:**

Vásquez Condori, Daniela Andrea

### **COLABORADORES:**

Alarcón Huaman, Katherine Miluska  
Aquino Jara, Lidia María  
Castellano Lau, Genshin Nell  
Godo Rocca, Dayana Vanessa  
Soto Sutta, Miriam Luzmila

**ISSN: 2810-8361**

**Hecho el Depósito Legal**

**Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXXX**

**DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:**

<http://www.editorialamachaq.com/b5-privado>

**BOLETÍN N.º 05 (Vol. II)**  
**“DERECHO DE LAS FAMILIA, PROCESAL 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  
Máster en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES  
Bachiller en derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**II. COORDINADOR EN ESTA EDICIÓN:**

LUCIA YOLANDA SALGUERO JULCA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

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

**III. COLABORADORA PRINCIPAL EN ESTA EDICIÓN:**

DANIELA ANDREA VÁSQUEZ CONDORI  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**IV. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:**

KATHERINE MILUSKA ALARCÓN HUAMAN  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LIDIA MARÍA AQUINO JARA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GENSHIN NELL CASTELLANO LAU  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DAYANA VANESSA GODO ROCA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MIRIAM LUZMILA SOTO SUTTA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**V. AUTORES**

KATHERINE LEYVA ULLOA  
Abogada por la Universidad Norbert Wiener

ALESSANDRA MENDOZA DEL VALLE  
Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

CARLOS ANDREE RODAS QUINTANA  
Abogado por la Universidad Señor de Sipán

PATRICIA IVETTE BUCALLO RIVERA  
Abogada por la Universidad Nacional Federico Villareal

JENNY DIAZ HONORES  
Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

ROBERTO CABRERA SUAREZ  
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

MANUEL IBARRA TRUJILLO  
Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal

ÁNGEL ALFONSO CERNA SIFUENTES  
Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal



*BOLETÍN N.º 05 (Vol. II)*  
*Amachaq-Escuela Jurídica*  
*Área de Derecho Privado*

*Disponible en:*

*<http://www.editorialamachaq.com/b5-privado>*

*Año: 2023*

*Edita:*

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.  
[amachaq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachaq.escuela.juridica@gmail.com)  
[www.editorialamachaq.com](http://www.editorialamachaq.com)

El Boletín N° 5 (Vol. II) de Derecho Privado con eje temático “Derecho de Familia, Procesal de Familia, Sucesiones y Defensa Legal” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

*<http://www.editorialamachaq.com/b5-privado>*

Algunos derechos reservados.



## ÍNDICE

PRÓLOGO .....	11
- <b>La responsabilidad parental, a favor de los niños, niñas y adolescentes</b> <i>Katherine Leyva Ulloa</i> .....	15
- <b>Requisitos mínimos para la adopción y las diferencias con la filiación, caso de Renato Tapia</b> <i>Alessandra Mendoza del Valle</i> .....	21
- <b>El derecho buen trato de los niños, niñas y adolescente en los casos de alienación parental</b> <i>Carlos Andree Rodas Quintana</i> .....	29
- <b>¿Cuáles serían las mejores medidas para un régimen de comunicación? Tomando en cuenta la tenencia compartida</b> <i>Patricia Ivette Bucallo Rivera</i> .....	39
- <b>Comentarios sobre la casación Casación N.º 1371-96-Huánuco, sobre el derecho a pedir los alimentos y la existencia de un estado de necesidad</b> <i>Jenny Diaz Honores</i> .....	47

- **Comentarios sobre el aspecto positivo y negativo de la sociedad conyugal**  
*Roberto Cabrera Suarez*..... 55
  
- **Elaboración de la demanda de divorcio en base al Código Procesal Civil peruano**  
*Manuel Ibarra Trujillo*..... 61
  
- **El fenómeno jurídico de la herencia: bienes, derechos y obligaciones**  
*Ángel Alfonso Cerna Sifuentes* ..... 69



## PRÓLOGO

El Derecho en tanto herramienta de poder y regulación del comportamiento humano se subdivide en diversas áreas de acuerdo con la naturaleza de los objetos que regula como de los sujetos cuyos marcos de acción tipifica. Dentro del Derecho Privado existen variadas orientaciones que en principio tienen como protagonista al actor privado, que en un despliegue de su autonomía y libertad realiza tanto actos como negocios jurídicos.

No obstante, no en todas las subramas del Derecho Privado la voluntad del individuo prevalece, no todas las relaciones entre privados son necesariamente horizontal o desprovista de relaciones de poder. Resulta impensable efectuar una igual tratativa de las relaciones entre dos sujetos que celebran un contrato y aquellas que surgen de un matrimonio o un proceso de filiación. El Derecho en estos casos debe ser mucho más tuitivo, es decir, debe favorecer a la parte más débil a fin de que no sean conculcados sus derechos bajo la bandera de una libertad abstracta.

Es así como nace la necesidad de instituir el Derecho a la Familia, en cuyo seno se regula el componente elemental de la sociedad y el Estado —siguiendo a nuestra Constitución Política—: la(s) familia(s). Dada la

importancia de su estudio y reflexión, AMACHAQ Escuela Jurídica, en constante labor de difusión académica, presenta a su público lector una serie de ideas e impresiones acerca de las principales instituciones del Derecho de Familia, las cuales ciertamente se encuentran nutridas de un espíritu crítico e investigativo que expande el debate académico.

El Boletín N.º 05 (Volumen II) de Derecho Privado recoge tanto en formato de artículo académico las participaciones de autorizados docentes y especialistas en la materia, vertidas en el marco del Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil y Curso Especializado en Derecho de Familia, Procesal de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, llevados a cabo del 06 al 09 de febrero del 2023, organizados por nuestra institución.

Por otro lado, la presente producción académica no hubiese sido posible sin la atento y valioso compromiso de un cuerpo docente conformado por autorizados especialistas en la materia, que dispusieron de su tiempo para compartir con el público virtual sus conocimientos sobre el Derecho de Familia. Los profesores en cuestión son Katherine Leyva Ulloa, Alessandra Mendoza del Valle, Carlos Rodas Quintana, Patricia Bucallo Rivera, Jenny Diaz Honores, Roberto Cabrera Suarez, Manuel Ibarra Trujillo y Ángel Cerna Sifuentes, a quienes desde AMACHAQ Escuela Jurídica les extendemos los más cálidos agradecimientos

La primera parte de las temáticas tratadas en el boletín versan acerca del carácter protector del ordenamiento jurídico hacia la figura del menor de edad. Para ello, la profesora Leyva Ulloa realiza un interesante análisis acerca de la responsabilidad de los padres frente a sus hijos menores de edad. En similar línea, la profesora Mendoza del Valle recapitula los requisitos exigibles para celebrarse una adopción y cuáles son sus diferencias con la figura de la filiación, centrándose en en el caso Renato Tapia.

En el marco de la separación de los padres, es menester contemplar cuáles son las problemáticas y soluciones reflejadas en la crianza del menor, por lo que el profesor Rodas Quintana hace especial énfasis en en fenómeno de la alienación parental y el derecho al buen trato de los menores. Asimismo, la profesora Bucallo Rivera explica una forma óptima de configurar el régimen de comunicación, el cual va cobrando

más relevancia para no desgastar el vínculo entre los padres y el menor, en el escenario de la tenencia compartida. Para asegurar el bienestar del infante o adolescente es imprescindible su derecho a los alimentos por parte de sus progenitores, más aún en un estado de necesidad, por ello la profesora Díaz Honores analiza la Casación N.º 1371-96-HUANUCO sobre esta materia.

El último bloque temático está referido a las instituciones conexas al matrimonio, tal como la sociedad conyugal —con sus aspectos positivos y negativos— el cual es expuesto por el profesor Cabrera Suarez; y el divorcio, la elaboración de una demanda que lo contenga en el petitorio y su regulación en el Código Procesal Civil peruano, tratado por el profesor Manuel Ibarra Trujillo. Finalmente, esta producción culmina sus páginas de la mano con el profesor Ángel Cerna Sifuentes sobre la institución de la herencia.

Finalmente, AMACHAQ Escuela Jurídica le desea a su auditorio virtual, ahora público lector, una fructífera revista de los contenidos de esta edición. Invitamos a aquel apasionado por la rama jurídica pueda superar la simple lectura pasiva; el lector amachaquino no es solo un receptor de ideas, es un agente que dialoga con el autor mediante la vista de los contenidos; promueve el espíritu crítico, tan necesario para la construcción de una doctrina nacional más fuerte. Estamos en la seguridad que el Boletín N.º 05 en sus dos volúmenes será de su total agrado.

Lucia Yolanda Salguero Julca  
Juan de Dios Atarama Macha  
Daniela Andrea Vásquez Condori

# La responsabilidad parental, a favor de los niños, niñas y adolescentes\*

Katherine Leyva Ulloa\*\*  
*Universidad Norbert Wiener*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. La responsabilidad parental / 3. Patria potestad / 3.1. Causales de suspensión o pérdida / 3.2. Causales de extinción / 4. Conclusiones.

## 1. Introducción

El tema de la responsabilidad parental es un tema muy conocido, sin embargo, no está de más que la gente quiera especializarse en esa parte del derecho, recordarlas y lograr enmarcarlas en el presente y con ello, ser también motivante para algún tipo de nuevo pensamiento que pueda concluir, no solamente en un tema doctrinario, sino también en un tema inclusive de opiniones que puedan repercutir en alguna sentencia judicial o de ser el caso en alguna reforma legislativa.

## 2. La responsabilidad parental

La responsabilidad parental se refiere a los padres y su responsabilidad hacia los niños, niñas y adolescentes. Por ello, al hablar del presente del tema, es conveniente hacer referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo preámbulo establece que el desarrollo integral y armónico de la personalidad de los menores de edad y que éstos deben estar plenamente preparados para la vida social independiente, la cual no puede separarse de la compañía y seguridad de los padres.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Abogada por la Universidad Norbert Wiener, candidata a magíster por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en derecho procesal, y con estudios de magíster en tributación y política fiscal por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Con 10 años de experiencia laborando para instituciones públicas y privadas, ejerciendo en ámbitos procesales en ramas civiles, penales y administrativas.

Es importante contextualizar el significado de familia, referido a madre, padre e hijos, sin entrar en divorcios, reconocimiento de matrimonio, etc., que es un tema un poco más profundo y ciertamente interesante.

En consecuencia, el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los padres y las madres tienen deberes y responsabilidades conjuntas e iguales en el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos, sabiendo que la preocupación fundamental, en materia de familia, de niñas, niños y adolescentes, es el interés superior del niño, ese es el principio primordial que siempre se va a desarrollar en estos temas y que cuando se llega a una etapa judicial todos los jueces tienen que prever esto en cuanto a la materia que vayan a juzgar.

Sin embargo, se debe saber que este término está directamente relacionado con la limitación y compañía de los padres que ejercen para sus hijos, con el objetivo de lograr una autonomía progresiva, si bien es cierto, los menores de edad están representados por los padres, no obstante, al hablar de una responsabilidad parental se hace referencia también a que los padres de acuerdo al tipo de educación que quieran darle y que, evidentemente, esté de acuerdo con las normas sociales, que los menores de edad adquieran cierta autonomía de forma progresiva la cual se va a adquirir innatamente al transcurrir los años hasta que cumpla la mayoría de edad, pero es necesario velar por que esta autonomía se conceda a cada menor de manera coherente, completa y adecuada.

De esta manera, se pueden identificar dos principios generales de la responsabilidad parental. En primer lugar, el interés superior del niño, que como bien se mencionó debe ser la idea central en este tipo de materia. En segundo lugar, la autonomía progresiva que los padres deben procurar en los menores de edad de forma que se entiende que a mayor autonomía se va a lograr disminuir la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

Por otro lado, los menores de edad no cuentan con las herramientas sociales adecuadas e implementadas en su día a día para poder tomar decisiones a conciencia, ya sea por temas jurídicos o por temas de decisiones sociales. Sin embargo, esta responsabilidad parental va justamente dirigido a que estos menores de edad puedan lograr progresivamente esta toma de decisiones de modo adecuado, es decir, que ya llegando a la mayoría de edad puedan tomar una decisión que de alguna u otra forma ya sea un producto bueno para la sociedad y que no sea vea tantos incidentes sociales como problemas de delincuencia y otras consecuencias que puedan surgir al respecto.

En este sentido, para que los niños, niñas y jóvenes puedan ejercer plenamente sus derechos, necesitan que sus padres cuiden, respeten, exijan y hagan cumplir tales derechos. Los padres deben asegurarse de que los menores tengan conocimiento de lo que le corresponde como derecho y como deber. Esto es parte de la autonomía progresiva y es parte, definitivamente, de lograr el objetivo principal que es, que el menor adquiera la mayoría de edad y sea un producto completo de todos los ámbitos necesarios para que se pueda desenvolver correctamente en su vida diaria en un futuro.

Dicho de otro modo, se afirma que la responsabilidad parental pone énfasis en la función del cuidado, la atención y protección de los hijos determinando que la principal función de los padres es acompañar el crecimiento de los hijos hacia su propia autonomía.

### **3. Patria potestad**

Es importante señalar que aquí está involucrada la patria potestad, porque en nuestra legislación, en nuestra realidad, siempre es necesario analizarla y también saber determinar el grado de coherencia o similitud que tiene con la responsabilidad interna.

De modo que, la patria potestad en la institución del derecho de familia, regula el deber de los padres de cuidar a sus hijos y de los bienes que estos tengan.

Es necesario recordar, que nuestra legislación es más acorde con el derecho romano. Por tanto, el *pater familias*, figura en la cual se dice que ejercieron poder disciplinario total, hay quienes inclusive afirmaban que los hijos eran propiedad del padre, un poco extremista quizá, pero a modo de resultado era el dueño del hogar, el dueño de los miembros y ejercía el poder legal sobre todos ellos.

Ahora bien, el poder jurídico que tenía el padre de familia en el derecho romano y que, evidentemente, fue constituyendo un mayor sentido al transcurrir los años hasta que en el siglo XVIII con todos los eventos sociales permitió que esto vaya variando un poco. De hecho, es necesario recordar que el *pater familias* etimológicamente viene de dos palabras, el del término *patria* y el tema *potestad*, alude al *pater familia* propiamente y el tema potestad que denota el dominio, el poder o la facultad que se tiene sobre un acoso. Entonces, ya para lo actual, guarda un poco de disparidad porque definitivamente la realidad está orientando de otro modo que tiene que ver con respeto a la mujer, al uso no abusivo de este poder como padre entendiéndose que se iba pues a la figura masculina siendo que en realidad lo que debería haber sido es de que se ejerza por ambos padre o madre.

Entonces, ello también es un tema que sería bueno dedicarle un análisis individual que corresponde y va a generar una especie de vacíos debido a que ya no guardan tanta relación con lo que actualmente se está desarrollando. Hay indicios de que en su momento se creía que los menores carecían de aptitudes necesarias para una decisión, y hasta el día de hoy se cree que los menores no son tenidos en cuenta a la hora de tomar sus propias decisiones, siempre deben estar representados por sus padres.

De todos modos, en el siglo XVIII comienzan a haber corrientes en la cual el menor ya comienza a adquirir cierta autenticidad, autonomía e inclusive una evolución de considerar a un menor de edad como un ser total, totalmente incapaz para poder tomar una decisión propia a lo que hoy por hoy se quiere lograr: que adquiera cierta responsabilidad propia.

Entonces, hay que entender que hoy por hoy estamos tratando de lograr que los menores de edad adquieran cierta autonomía y que el acompañamiento de los padres se limite simplemente a ello, a acompañarlos. Asimismo, se va a poder entender esta idea inclusive con términos nuevos para lo que es la educación. Por ejemplo, insertándose términos como la crianza respetuosa para los niños, las técnicas Montessori para la educación de un menor que tiene mucho que ver con el desenvolvimiento de la personalidad, de la psiquis de los menores de edad.

Por tanto, son métodos en los cuales procuran que el menor adquiera independencia. Así, la crianza respetuosa está centrado en que al menor de edad se le procure ya no castigar como antiguamente, sino que sea de una forma más paulatina y moderada en la cual se le permita a esa persona poder controlarse ante cualquier tipo de reacción, lo cual ciertamente es algo novedoso y se duda de que en la actualidad los profesionales puedan estarlo instruyendo y lograrlo en su totalidad. De hecho, ello está insertado cuando hay análisis de temas de tenencia o en temas de evaluaciones sociales, así para en procesos judiciales poder determinar con quién se va a quedar el menor, debido a que se realizan ese tipo de evaluaciones para poder tomar una decisión sobre a quién darle la tenencia.

Así, la patria potestad es la institución del derecho de familia que regula los derechos y deberes de los padres de cuidar a sus hijos y de los bienes que éstos tengan. El código civil de 1984, el Código de los Niños y Adolescentes no tiene una definición propia de lo que es patria potestad y posiblemente esto ocurre en varias instituciones resguardadas en la norma, realmente no hay una definición expresa, pero que se ha podido formular o dar entender en base a lo que ya se ha estudiado y a la puesta en práctica en un litigio y que es necesario una interpretación adecuada.

La patria potestad tiene características y son las siguientes: es irrenunciable, por ser de orden público, prescrito la ley; es imprescriptible, porque la facultad del padre no se extingue; es intransmisible, por la naturaleza de las leyes que la constituyen; su ejercicio corresponde a los padres y es temporal.

### **3.1. Causales de suspensión o pérdida**

Ahora, la patria potestad nace de la afiliación que tienen entre padres, de otro modo, no podríamos hablar de una patria potestad. Una vez que se confirma esta relación de filiación es que se adquieren derechos y obligaciones, que están recogidos en el Código de los Niños y Adolescentes, las cuales son las siguientes: como derechos y obligaciones se tiene que proveer el sostenimiento y educación de los hijos, se tiene que dirigir el proceso educativo en su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, se tiene que corregir moderadamente a sus hijos, se tiene que tener confiado a sus hijos y recogerlos de donde se encuentre sin su permiso y ejercer la representación de sus hijos, administrar y usufructuar los bienes de ellos.

Adicional a ello, es importante comprender que la patria potestad no debe ser solamente entendido como un derecho, sino también como un deber, debido a que los padres tienen tomar mayor conciencia sobre ello.

Dicho esto, la patria potestad tiene límites como cualquier derecho y ello está reconocido legislativamente. En ese sentido, la patria potestad tiene causales de suspensión o pérdida.

En el artículo 65 del Código de los Niños y Adolescentes, se menciona las causales de suspensión, las cuales son las siguientes: por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil, por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre, por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan, por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad, por maltratarlos física o mentalmente, por negarse a prestarles alimentos, por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio.

### **3.2. Causales de extinción**

Respecto de la pérdida de la patria potestad se menciona en el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, los cuales son las siguientes: por muerte de los padres o del hijo, porque el adolescente adquiere la mayoría de edad y por declaración judicial de abandono.

#### **4. Conclusiones**

Es importante mencionar, que la responsabilidad parental ha sido regulada como tal en Argentina debido a que la responsabilidad parental establece el vínculo o el grado de afectación que podrían tener las relaciones de familias disfuncionales, aquellas en las cuales se presentan madrastras, padrastros, hijastros y demás. De tal modo, que guardaban esta relación para esas personas o familiares, así como ellos lo definen. Entonces, en ese sentido, Argentina sí estableció en su norma textualmente, lo que corresponde a la responsabilidad parental para los familiares a fines.

En conclusión, la responsabilidad de la crianza del niño va más allá de ver que se cumpla, que tenga educación, vestimenta, recreación y demás, sino hay un acompañamiento con el objetivo que el menor adquiriera autonomía progresiva y creo que es a donde debe direccionarse todo el espíritu normativo en la actualidad para que pueda lograrse una adecuada protección a menores de edad.

# Requisitos mínimos para la adopción y las diferencias con la filiación, caso de Renato Tapia\*

Alessandra Mendoza del Valle\*\*

*Universidad de San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. La filiación/ 2. El principio de unidad de filiación/ 3. Clasificación de la filiación /4. Determinación de la filiación extramatrimonial/5. El reconocimiento/ 5.1. Características del reconocimiento / 6. Filiación extramatrimonial: adopción / 6.1. Procedimiento para la adopción / 6.2. Requisitos para la adopción / 7. Caso Renato Tapia /8. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. La filiación

Este tema es muy importante en el Derecho, ya que tiene un impacto absolutamente relevante en la vida de cada uno de los seres humanos. La familia y filiación están estrechamente vinculados, siendo el primero un concepto que está relacionado a aquellas personas que están emparentadas entre sí, pues viven juntas (definición tradicional); sin embargo, puede tener diversas formas, por ello, uno de los retos del derecho es adecuarse a la realidad y reconocer los distintos tipos de familia.

Asimismo, es evidente que la familia tiene un componente social, el cual está relacionado a la convivencia que implica en sí mismo. Cabe resaltar que la familia está protegida por la Constitución Política.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Abogada. Más de 15 años de experiencia en procesos civiles, constitucionales, contenciosos administrativos en los principales estudios jurídicos del país. Visión Estratégica de los negocios. Capacidad analítica para la identificación de riesgos de negocio y resolución de conflictos. Experiencia brindando a los clientes estrategias innovadoras para la solución de controversias. Socia del Estudio Mendoza Del Valle Abogados. Responsable de la estrategia legal y de la supervisión en la elaboración de demandas, contestaciones de demanda, medidas cautelares, recursos de apelación, casación, excepciones, entre otros. Responsable de la estrategia legal y del seguimiento de procesos judiciales, arbitrales y procedimientos administrativos. Ha publicado muchos artículos a lo largo de su trayectoria profesional. Actualmente está cursando un MBA en la Universidad de Palermo.

Ahora bien, el concepto de familia es un concepto cambiante por una razón muy sencilla: las familias están compuestas por seres humanos, por lo tanto, son dinámicas y tienen diferentes tipos de composición; tanto es así que hoy en día en el Perú aproximadamente el 19% de las familias están compuestas por madres solteras.

Por otro lado, la filiación son los lazos de parentesco que existen y son variados, se entienden como la conexión que existe entre dos o más personas. Estos lazos pueden producirse por (i) consanguinidad, (ii) un acto jurídico matrimonial (afinidad), (iii) por la voluntad del hombre (reconocimiento, adopción). Es importante mencionar que de todas las relaciones o lazos parentales la más relevante y de impacto es la que existe entre padre e hijo, la relación jurídica parental.

Es importante decir en ese sentido que la relevancia de la relación padre e hijos está dada por el derecho a la identidad, este es un derecho fundamental reconocido en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución, así como en el artículo 6 del Código de Niños y Adolescentes. De igual manera, la doctrina ensaya algunas definiciones, Planiol y Ripert mencionan que "*la filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de otra*"<sup>1</sup>; igualmente, Schmidt y Veloso señalan que "*la filiación constituye un vínculo jurídico, quizá una de las más importantes que el derecho contempla porque de él derivan un conjunto de derechos y deberes (...)*".<sup>2</sup>

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, entonces la condición de hijo tiene como causa la procreación, es el presupuesto biológico fundamental para la relación jurídica paterno filial. La paternidad está vinculada al padre y la filiación al hijo; es ahí donde la identidad se hace relevante, ya que toda persona debe conocer su filiación; es decir, su origen biológico, no solo para generar consecuencias legales sino para la concreción y goce de su derecho a la identidad.

Esta relación paterno-filial puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción), o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) y, si no existe una procreación como la conocemos tradicionalmente y, entonces, es una filiación por determinarse (reproducción asistida)

Todo ser humano cuenta con una filiación por el único hecho de haber sido engendrado, a esto se le conoce como filiación biológica; la misma

---

1 PLANIOL, M.; RIPERT, G. citado en Varsi Rospigliosi, E., *Divorcio, filiación y patria potestad*. (Lima: Grijley, 2004), p. 88.

2 SCHMIDT, C.; VELOSO, P. citado en Varsi Rospigliosi, E., *Divorcio, filiación y patria potestad*. (Lima: Grijley, 2004), p. 89.

que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores. Para que dicha filiación surta efectos legales se tiene que hablar de filiación legal que es aquella que determina la ley y que puede darse:

- a) Por presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial.
- b) Por la voluntad del hombre (reconocimiento, adopción) adquiriéndose así la calidad de padre o madre.

## **2. El principio de unidad de filiación**

Este principio se sustenta en el máximo respeto que debe de existir frente al ser humano desde el derecho de igualdad ante la ley, así como desde el derecho fundamental a la identidad. Entonces, lo que se busca es no hacer distinciones de ninguna clase; ya no es posible decir, por ejemplo, que la filiación matrimonial es la única: ya no existe lo que antes se conocía como hijos legítimos, legítimos, naturales o no naturales. Independientemente de cuál sea el estado civil de los progenitores, los hijos tienen los mismos derechos.

## **3. Clasificación de la Filiación**

En ese contexto, filiación matrimonial esta referida a la existencia del matrimonio entre los progenitores, pero como el solo matrimonio no genera filiación se han establecido tres teorías: a) la de concepción, b) la del nacimiento y c) la teoría mixta.

Asimismo, encontramos la filiación extramatrimonial. Con anterioridad, esta se diferenciaba entre filiación legítima e ilegítima, puesto que en el derecho romano se buscaba la protección de la familia. Los progenitores no tienen un estado legal vinculante por ello la voluntad (el reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios para establecerla.

## **4. Determinación de la fijación extramatrimonial**

El hijo extra matrimonial goza de *status filii*, mas no de status familiar, es decir, tendrá un nombre, pero no las relaciones familiares completas. La filiación extramatrimonial se determina por (i) reconocimiento o (ii) declaración judicial.

La filiación materna es indubitable, solo ver que una mujer está gestando y luego al tener al niño nacido, se entenderá que este su hijo; por tanto, es un hecho biológico que se acredita con el parto. Empero, no sucede lo mismo con la filiación paterna, razón por la que la legislación estableció presunciones. Sin embargo, es importante la verdad biológica.

## 5. El reconocimiento

Como se resaltó en líneas anteriores, la filiación puede darse por un acto voluntario basado en el reconocimiento. Este es un acto formal, expreso, inequívoco y solemne. Debe constar en un documento veraz que no genere dudas acerca de su contenido.

Puede darse por: (i) inscripción en el registro de nacimiento, (ii) por escritura pública, (iii) por testamento.

### 5.1. Características del reconocimiento

- a) Puro y simple: No admite condiciones, plazos, modos.
- b) Irrevocable: No es posible renunciar a las consecuencias jurídicas que la figura en sí implica. Esto no implica la posibilidad de ejercer la negación o la impugnación.

La filiación recoge o regula la relación más importante entre los seres humanos, la cual es la relación filial entre padres e hijos; en esta podemos encontrar a los hijos con la filiación matrimonial o extramatrimonial. Estas distinciones existen para que se apliquen a partir de la existencia de un matrimonio o en las que se produce un reconocimiento o una declaración judicial en las filiaciones extramatrimoniales; pero de ninguna manera existirá una diferencia entre un hijo matrimonial y un hijo extramatrimonial.

Entonces, lo que se protege el derecho a la identidad del niño y el derecho a la igualdad es que no exista ninguna distinción entre ellos. Por lo tanto, esto es con el fin de que ambos hijos, tanto de aquellos dentro del matrimonio como fuera de este, tengan intactos sus derechos, como, por ejemplo; el derecho a los alimentos, a la salud, a la educación, los cuales están obligados los padres de proveer a los hijos.

## 6. Filiación extramatrimonial: Adopción

Es una figura jurídica que tiene por objeto la protección de la familia con la finalidad de que una persona adquiera la condición de hijo respecto de otra, pese a la inexistencia de vínculos sanguíneos. Se crea una relación paternofilial plena respecto del adoptante (padre-madre) y el adoptado (hijo), quien deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser parte de su nueva familia, con todos los derechos que como hijo le corresponden (nombre, alimentos, herencia, etc.). Este es un supuesto de filiación legal.

## 6.1. Procedimiento para la adopción

- **Proceso judicial de adopciones:** Se da para niños, adolescentes y mayores de edad. Para los dos primeros no es necesaria la declaración de abandono, es un caso de excepción. Lo requisitos son los siguientes: *(i)* tener vínculo matrimonial con el padre o madre del menor a adoptar, *(ii)* tener vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente, *(iii)* convivir con el niño o adolescente por un periodo no menos de dos años.
- **Procedimiento administrativo de adopciones:** Es exclusivo para los niños y adolescentes declarados en estado de abandono. La declaración será dada por un juez especializado cuando *(i)* sea expósito, *(ii)* carezca de forma definitiva de personas que se hagan cargo de su crianza o si las tuviera pues incumplan sus obligaciones, *(iii)* sea objeto de maltratos por quien deben protegerlo *(iv)* sea entregado por sus padres a un establecimiento social por 6 meses, *(v)* haya sido entregado a una institución pública para que sea adoptado, *(vi)* sea explotado, *(vii)* se encuentre en desamparo.

Bajo esas circunstancias, el juez deberá declarar el estado de abandono, para permitir la adopción de esos menores de edad. También se puede hacer la adopción a través de un procedimiento notarial, pero será para personas mayores de edad.

## 6.2. Requisitos para la adopción

Los requisitos para la adopción son los mencionados a continuación:

- a) Que el adoptante goce de solvencia moral
- b) Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y a la del hijo por adoptar.
- c) Que cuando el adoptante sea casado, concorra el asentimiento de su cónyuge.
- d) Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
- e) Que asientan los padres del adoptado si es que están bajo su patria potestad.
- f) Que sea aprobado por el juez, con excepciones de las normas especiales.

g) Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, ratifique por voluntad de adoptar.

Evidentemente si es que un niño está en una situación en la que requiere ser adoptado es porque no ha encontrado en el seno de su familia la protección que requiere, pues los progenitores no poseen los valores para poder vivir en el ámbito de una familia. Es por ello que el primer requisito es la solvencia moral; en otras palabras, los adoptantes del menor de edad tienen que tener, o deben acreditar, los valores suficientes para poder hacerse cargo de un niño.

Asimismo, la adopción es irrevocable, lo que se busca es que la adopción asimile a la filiación consanguínea. El adoptante es una persona capaz y, es por esta razón que la ley no permite que de por terminada una relación paterno filial que el mismo quiso libremente crear. El vínculo jurídico familiar que se crea con la adopción es definitivo.

El proceso de adopción es tedioso y de hecho no se ha podido llevar a cabo una legislación o aplicación de una legislación de manera adecuada que permita garantizar el interés superior del niño; se ha demostrado, por ejemplo, que en el Perú existen más familias adoptantes de aquellos niños que pueden ser materia de adopción; aproximadamente, la relación es de 10 a 25, en otros términos, 25 familias quieren adoptar y 10 niños están por ser adoptados; pese a que el proceso de adopción dura muchísimo tiempo, puesto que el problema radica en la declaración de abandono.

## **7. Caso Renato Tapia**

A manera de ejemplo, un caso que es relevante recientemente es el de Renato, cuya situación encaja en la relación de filiación extramatrimonial. El caso es de un niño de la edad de seis años; en estas circunstancias, la madre reconoce que el padre le ha pasado una pensión de alimentos, además de que los progenitores estaban en un proceso de negociación.

Ahora bien, si se analiza el caso de Renato Tapia, se podrá ver que hay diversas variables interesantes: el Sr. Tapia no niega que el menor es su hijo, pero no lo ha reconocido; en este se aplica la figura legal del hijo alimentista (no hay una un reconocimiento de la filiación, es decir, no se da una relación entre padre e hijo).

De lo anterior, se desprende una pregunta: ¿Cuál es el impedimento para el reconocimiento de la filiación, si es que sí se da una pensión de alimentos y además reconoce en declaraciones que tiene un hijo? Existe la posibilidad de que no se de el reconocimiento por un tema de derecho sucesorio.

Por otra parte, eventualmente existiría la posibilidad de que la madre del niño utilice las declaraciones de Renato Tapia en un proceso judicial para que se establezca la relación filial.

## **8. Respuestas a las preguntas del público**

### **8.1. ¿Qué sucedería si el seleccionado Renato Tapia no realiza la contestación de demanda de filiación en el plazo señalado**

Si es que se iniciara el proceso, pues, hasta donde hemos visto, todavía no se ha interpuesto la demanda de filiación y Renato Tapia señala que están en un proceso de conciliación, este proceso de conciliación como se sabe no es el proceso judicial, sino que se lleva a cabo en un centro de conciliación, donde las partes tratan de acercar sus diferencias para llegar a determinados acuerdos.

Solo se sabe que hay una declaración de la madre del menor, la cual menciona que se busca el reconocimiento del niño; entonces si la madre del menor iniciara un proceso de filiación para que se declare la paternidad y el Sr. Tapia no contesta, se declararían su rebeldía y el proceso continuaría. Probablemente, la madre tendría que acreditar con una prueba científica la imputación de paternidad.



# El derecho buen trato de los niños, niñas y adolescente en los casos de alienación parental\*

Carlos Andree Rodas Quintana\*\*  
*Universidad Señor de Sipán*

**SUMARIO:** 1. Marco teórico / 2. Antecedentes de estudio / 2.1. Internacional / 2.2. Nacional / 2.3. Local / 3. Referencias.

## 1. Marco teórico

Cuando la separación de los padres se convierte en una realidad, es necesario tener en cuenta el sufrimiento que puede causar a los niños, niñas y adolescentes. Los padres tienen la responsabilidad de manejar su separación de manera razonable para no dañar a sus hijos en su desarrollo integral.

La conducta de los padres separados en la búsqueda de una nueva pareja hace que muchas veces presentan a sus hijos diferentes personas que ocupan la imagen del padre o madre en forma continua y repetida ocasionando inestabilidad de identidad paterna y materna, afectando su bienestar emocional.

Los padres tienen un papel fundamental en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, ellos deben procurar que se garantice el derecho al buen trato, que abarca un cuidado integral desde el afecto hasta procurar que se desarrolle en un ambiente armonioso. Estas relaciones familiares deben tener siempre como base el respeto a los derechos e igualdad de deberes de todos los integrantes que la conforman.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Abogado por la Universidad Señor de Sipán. Con una segunda especialidad en Derecho de Familia, Maestro en Derecho Civil y Procesal Civil en la misma casa de estudios. Docente en la Universidad César Vallejo y en la Escuela de Posgrado de la Universidad Señor de Sipán.

Un caso conocido en el Perú que refleja este problema es el caso de Melissa Paredes y Rodrigo Cuba. Según la psicóloga Cueva, (2022), precisa que *“no era sano presentar a las nuevas parejas tan pronto se separaron, la niña sale un esquema de hogar e inmediatamente entra a otro esquema con otra pareja”*. El desarrollo de la personalidad de los niños es muy sensible y estas situaciones lo que provocan es inestabilidad, cuando lo que necesitan es un hogar estable o por lo menos que exista armonía entre los padres.

El tratadista Alexy, (2003), define que la filosofía como reflexión general y sistemática acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno y sobre cómo es posible el conocimiento de estas dos cosas, lo que permite analizar la necesidad de ampliar la regulación del derecho al buen trato en el marco de la teoría tridimensional del derecho desde punto de vista filosófico, es un problema que existe día a día donde se presentan casos en que los padres fomentan una inestabilidad emocional en los niños, niñas y adolescentes la toma de una decisión de elegir a un padre, realizan comentarios negativos de los padres ausentes, lo que se conoce como síndrome de alienación parental dañando la personalidad del menor.

La reflexión filosófica nos permite analizar de una dimensión crítica, analítica y sintética en procurar y conservar el derecho buen trato asumidas por los padres y lograr un argumento jurídico donde podamos regular el comportamiento de los padres separados, ellos no busquen una nueva pareja para no generar una inestabilidad de identidad paterna y materna, donde ambos padres deben salvaguardar el bienestar a través de un ambiente de respeto y solidaridad pues debe ser su prioridad garantizar sus derechos.

La teoría tridimensional de Fernández, (2001), permite analizar la investigación desde la perspectiva de tres dimensiones: desde el punto de vista fáctico procura como especial objeto de estudio al Derecho en tanto una forma especial de hecho social, en este caso la problemática de la falta de protección del derecho al buen trato por causa de la separación familiar; desde el punto de vista normativo se refleja en la realidad como el conjunto de normas que prescriben la conducta social debida que es garantizar este derecho y; desde el punto de vista axiológico el derecho como valor de justicia que surge de su sola presencia en sociedad.

Para el autor Bobbio, (1997), permite reflexionar sobre el tema investigación desde el punto de vista de tres dimensiones: La primera dimensión real o fáctica reflexiona la necesidad de ampliar la regulación del derecho al buen trato en el marco de la teoría tridimensional del derecho, para poder determinar la eficacia o ineficacia de esta norma de carácter social, que permite orientar el estudio del comportamiento de los padres en relación a

sus hijos, en tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma como de la típicamente jurídica acerca de su validez; la segunda dimensión legitimidad del derecho, que resuelve con un juicio de valor el problema de la validez de existencia o de hecho y; la tercera dimensión la norma, analizando en este caso si es o no justa, ideal en relación a esta necesidad de protección y entre lo que debe ser y lo que es.

Pérez, (2013), señala que los niños, las niñas y los adolescentes están protegidos por la norma, instituciones, la familia y la sociedad civil, quienes deben velar por ellos y garantizar el respeto a sus derechos establecidos y reconocidos por las normas peruanas e internacionales (p.1152).

El interés superior del niño es un principio vinculante que permite a todos los encargados de tomar decisiones que afecten el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, garantizar que sus acciones sean en salvaguarda de sus derechos fundamentales como: la vida, la salud, su protección teniendo en cuenta sus necesidades, procurando el bienestar y un derecho justo.

A través de este principio se evalúan los diversos derechos y obligaciones en materia de cuidado y educación para facilitar su desarrollo; siendo de suma importancia para el Estado, por lo que debe ser protegido a través de políticas públicas que promuevan el bienestar, puede decirse que abarca incluso a comprenderse como derechos humanos inalienables que permiten velar por su seguridad y protección.

El Perú, en el Código de los Niños y Adolescentes, (2000), en su artículo 3-A prescribe el derecho al buen trato y brinda su alcance; sin embargo, se presentan casos en que los padres no respetan este derecho y fomentan en sus hijos la elección de un padre, realizan comentarios negativos de los padres ausentes, lo que se conoce como síndrome de alienación parental, dañando así el desarrollo y la personalidad de ellos.

En los últimos años este código ha sufrido diversas modificaciones, a pesar de ello aún existen vacíos legales, específicamente en el tema de su protección a causa de la separación de los padres y cómo afecta esto su derecho al buen trato, pues debe ser siempre la obligación de los padres asistirlos, buscar una protección adecuada e integral y procurar en garantizar el cumplimiento de sus derechos.

La separación de los padres afecta el derecho al buen trato, pues los niños, niñas y adolescentes son considerados grupos vulnerables y requieren una atención preferente por parte de las instituciones públicas, por ello es importante contar con un sustento legal debidamente motivado teniendo en cuenta estos casos.

La necesidad de protección amerita una protección jurídica adecuadamente sustentada, que considere estos hechos reales que vulneran el derecho al buen trato, pues es indispensable una atención prioritaria.

Por lo que a través del presente trabajo de investigación se propone como Objetivo General: Proponer la modificación del artículo 3-A del Código de los Niños y Adolescentes para garantizar el respeto al derecho al buen trato por causa de separación familiar.

Como justificación jurídica, se parte de las fuentes en las que se puede apreciar la urgente necesidad de una reforma legal para salvaguardar derecho al buen trato de los niños, niñas y adolescentes ante de la separación familiar, sustentado en la Constitución Política del Perú artículo 2º, inciso 1, referido principalmente al libre desarrollo y bienestar.

Asimismo, resalto lo señalado en la DUDH en su artículo 25º en relación al derecho al bienestar, así como lo que precisa la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 23º inciso primero respecto a la responsabilidad del Estado para procurar proteger el estado mental y físico de los niños para su desarrollo e integración a la sociedad.

Lo que se pretende con este proyecto de investigación es modificar un artículo al Código de los niños y adolescentes que permita garantizar el respeto al derecho al buen trato en casos de separación familiar, asegurando el cumplimiento de los derechos constitucionales, principios y garantías que los amparan, salvaguardando su bienestar, desarrollo e integridad.

Según BECERRA (2006) estipula de que existiría un criterio más en el Síndrome de Alienación Parental que sería: “Sostén deliberado”, que quiere dar a entender de que sería el amor que tiene el menor hacia uno de los progenitores, ya que a esa edad los menores tienen la prioridad de querer agradecerle al progenitor que los va a proteger, el progenitor hace alarde de todo el cuidado y amor que le proporcionara a su menor hijo ya que estará con él sin abandonarlo. (pág.14)

Hoy en día este tipo de situaciones se viene viviendo en los procesos judiciales de tenencia y donde está de por medio la separación conyugal, y los jueces tienen como base al Síndrome de Alienación Parental que viene hacer parte del motivo de dichas resoluciones, sin embargo, solamente están empleando voluntariamente ya que aún no se encuentra precisamente en la ley como una causal.

Desde el punto de vista, en un informe psicológico se ha logrado detectar algunos comportamientos que se presentan en el menor y además

también va a conservar un cierto rencor y odio que no tiene justificación en contra del otro progenitor con el que no convive, donde se verá afectado en sus bajas notas escolares, como también reacciones que no van de acorde a la edad que tienen, la mayoría de veces no prestan atención a sus clases y se notan un poco distraídos, sin ánimos de querer aprender y de poder entretenerse con otros niños de su edad. Estas situaciones inventan una certeza en donde el progenitor que está a cargo de la tenencia del menor no está priorizando el bienestar emocional del menor si no que al contrario está evitando de que tenga una conexión con su otro progenitor, ya que es parte de su desarrollo emocional.

De esta forma, además, se han llegado a describir famosas frases habituales en los menores que sufren de este tipo de síndrome que serían: “tengo rencor a mi papá”, “tengo rencor a mi mamá”, “mi papa ya no me quiere por que debe tener otra familia”, “mi mamá anda más tiempo con su nueva pareja y le impide que esté con nosotros más tiempo”. Estas son algunas frases que han sido mundialmente expresadas por la mayoría de menores y adolescentes que han sido víctimas de esta clase de violencia psicológica. Esta es una de las razones donde es conveniente que el juez de familia intervenga oportunamente antes de que dicho proceso denigre y perjudique en su totalidad el vínculo que tiene el menor con su otro progenitor.

En el Perú, a través de la Casación N° 2067-2010, en esta casación fue de los primeros en pronunciarse sobre el tema del Síndrome de Alienación Parental, que fue optada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en donde hace mención en dicha casación de que este Síndrome de Alienación Parental tendría tres maneras de expresar este síndrome que serían:

1. La barrera que tendrá el progenitor que no vive con el menor,
2. La forma de manipular de uno de los progenitores para poner en contra al menor y así pueda rechazar al otro progenitor, y por ultimo
3. Que el menor tenga un rencor u odio hacia el otro progenitor.

También se señaló en este precedente de que la opinión del menor de edad que vive en este ambiente en donde uno de los progenitores manipula la conducta de su menor hijo para que esté en contra del otro progenitor, esto quiere decir de que el fallo que tendrá el juez no sea decisiva para una de las partes, ya que el juez tendrá que velar el bienestar del menor involucrado y a la vez debe ser prioridad de que la relación del progenitor que no vive con el menor sea la más adecuada para un mejor vinculo parental. Así no se podrá afectar la integridad y desarrollo del menor, con ayuda de los criterios que tiene el Código del Niño y Adolescente ya que tendrá un

interés y mejor beneficio para el menor de edad. Además, se considera que el Síndrome de Alienación Parental es una manera del maltrato infantil así que el menor que está a cargo del progenitor alienante no debe de vivir con él, ya que esto podrá provocar la destrucción del lazo que tendría con el otro progenitor. Por eso es necesario que la tenencia del menor la tenga el progenitor que tenga como finalidad reestablecer los lazos familiares del hijo con su progenitor, aun si existiera algún acuerdo conciliatorio en donde se le había otorgado al padre la tenencia. (Casación N°2067-2010).

Generalmente en todo problema familiar donde haya esta presencia del síndrome de alienación parental uno de los progenitores puede hacer algunas denuncias que son falsas con la única finalidad de poder reforzar su posición de que el menor tengo un rencor hacia el otro progenitor, allí es donde el juez tendrá que determinar con la ayuda de un grupo disciplinario quien será el progenitor que tenga la tenencia del menor para así poder garantizar el interés del niño o adolescente.

## **2. Antecedentes de estudio**

Como todo trabajo de investigación involucra precisamente la averiguación de precedentes del tema en mención para investigar de esa manera, la problemática que tendrá la Necesidad de Ampliar la Regulación del Derecho al Buen Trato en el marco de la teoría tridimensional del Derecho, como hace menciones muchos autores no solo nacionales si no también autores internacionales, cada autor con concepto particular de cómo han ido desarrollando de forma sobresaliente el tema que está dentro del Derecho de Familia, algunos autores mencionan que:

### **2.1. Internacional**

La autora Gonzalez (2018), en su tesis titulada *Propuesta para crear y regular la cartilla de derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Código Civil del Estado de México en la Disposición Secundaria a efecto de disminuir y prevenir las conductas violentas y/o delictivas al interior de las familias*, estipula que en la actualidad se tienen nuevos problemas sociales referentes a la familia y que uno de ellos sería el Síndrome de Alienación Parental, que es la conducta que tiene uno de los progenitores hacia su hijo para que los pueda manipular haciendo que le tenga miedo, odio o resentimiento hacia el progenitor que no tiene la custodia del menor de edad, este problema es uno de los más comunes en los casos de divorcio.

En dicha investigación se llegó a la conclusión de que la implementación de una cartilla podrá ser bien benéfica para la sociedad y las familias que presentan este tipo de casos serán los encargados de velar por el intereses

superior del niño y adolescente, ya que los padres tendrán la obligación de acudir a charlas y pláticas que se les dictaran para que así puedan desarrollar un mejor desempeño como padres respetando y entendiendo los derechos de sus hijos. (pág.35)

Para la autora Miranda (2016) en su tesis titulada *Cuidado personal del niño, niña y adolescente y principio de responsabilidad parental en el derecho de familia en Chile*, hace mención de que el síndrome de alienación parental es un proceso que va a consistir en influenciar a su hijo para que este tenga un mal comportamiento de odio o rencor sin justificación hacia el otro progenitor y así crear entre ellos una enemistad, en dicha investigación se llegó a la conclusión de que el Síndrome de Alienación Parental tiene un reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, a pesar de esos reconocimientos está lejos de que hoy en día en nuestra legislación chilena haya un mecanismo muy certero para poder evitar este tipo de casos de SAP y aún peor establecer una sanción categórica frente a estas situaciones que solo afectan al desarrollo del niño, niña y adolescente. (pág.79)

El autor Cervantes (2016), para optar por el título de abogado, en su tesis titulada *Los efectos legales y sociales que se generan entorno a la tenencia compartida, en los casos de separación o divorcio de los padres con hijos menores de edad*, se planteó como objetivo establecer los efectos legales y sociales que tendría en el padre y la madre separados con hijos menores de edad, la aplicación de la tenencia compartida, a fin de velar por el interés superior del niño y reconocimiento de los derechos constitucionales, la conclusión de dicha investigación es de que se debe permitir que se reconozca la tenencia compartida ya que es una figura jurídica que hace efectivo los derechos e intereses superiores del niño, puesto que se estaría dejando de lado los intereses de ambos progenitores para que así se prevalezcan lo intereses del niño y adolescente. (pág.20)

## **2.2. Nacional**

El Autor Palomino (2017), en su tesis que se titula: *Síndrome de Alienación Parental en la Variación de la Tenencia en los Juzgados de Familia de Lima Norte, 2017* tiene como objetivo principal explicar cómo influye el síndrome de alienación parental en la variación de tenencia en los Juzgados de Familia de Lima Norte, 2017, en nuestra legislación peruana no existe una norma que exprese o regule la aplicación del Síndrome de Alienación Parental, cosa que de ese modo se va generando un estado de desprotección legal para los niños y adolescentes quienes son los que participan en los procesos de tenencia y/o régimen de visitas, ante la falta de una norma expresa, el dictamen fiscal y resoluciones que son emitidas por el juez, son

emitidas por discrecionalidad propia, es decir se elige una decisión que va dejando de lado a los estudios psicológicos ya que estos estudios pueden determinar si hay alguna existencia de un caso de síndrome de alienación parental en un proceso por la tenencia de un menor de edad, la conclusión a dicha investigación es de que se pudo constatar que a mayor caso de SAP esta también ocasiona un incremento en la variación de tenencia en juzgados. (pág.34-55)

Para la autora Rodríguez (2017) en su tesis que tiene como título *El Síndrome de Alienación Parental como causal de la variación de la tenencia en la corte superior de Lima Sur*, hace mención que su objetivo es determinar si el síndrome de alienación parental es una causal para la variación de la tenencia en el distrito judicial de Lima Sur periodo 2015, a su vez tiene como fin justificar y explicar el síndrome de alienación parental se convierte en una causal para variar la tenencia de un menor en merito al interés superior del niño, niña o adolescente que está siendo víctima de la manipulación que realiza uno de los progenitores en contra del otro, con la única finalidad de que tengan una enemistad entre ambos, como conclusión de dicha investigación se pudo afirmar que el adoctrinamiento es otra de las técnicas utilizadas por el progenitor alienante para impedir cualquier comunicación o contacto físico con el progenitor alienado, vínculo que debe restablecer a través de la variación de la tenencia teniendo como horizonte el interés superior del niño. (pág.103).

### **2.3. Local**

La Autora Seclen (2020), en su tesis que la titula *Regulación del síndrome de alienación parental como causal de perdida de tenencia y suspensión temporal de la patria potestad*, tiene como finalidad poder determinar la regulación del Síndrome de alienación parental como una causal a la perdida de tenencia del menor y también la suspensión temporal de la patria potestad, donde llego a la conclusión de que la regulación del SAP es una enfermedad psicológica, por parte de uno de los progenitores, donde que padre/madre que este a carga de la tenencia del menor va a generar una serie de mensajes , frases o términos que sean denigratorios para el otro progenitor, donde el menor va a generar un rechazo con aquel progenitor que está alineado y esta a su vez generara un conflicto emocional entre el progenitor que no vive con el menor y el menor, por eso el juez deberá tomar la mejor decisión para el menor de edad, ya que es el que sufrirá emocionalmente las consecuencias del proceso judicial en curso, por eso debe de ser considerado y se debe de regular que el Síndrome de Alienación Parental es una causal sobre la perdida de tenencia o como una suspensión temporal de la patria potestad. (pág.72)

La autora Zevallos (2019), en su tesis que la titula *Alienación Parental como causal para solicitar la tenencia de un hijo menor; Juzgado de Familia Chiclayo 2016-2017*, menciona en su objetivo general es el de poder determinar síndrome de alienación parental resulta útil como causal para solicitar la tenencia de un hijo menor, la conclusión de dicha investigación es el derecho de los menores, en la actualidad es un derecho que debe ser protegido por la sociedad a toda costa, puesto que ellos serán en el futuro las personas que tomen las riendas de un país, es así que ante cualquier vulneración que surja dentro del hogar y que dañe al menor debe existir una actuación inmediata y eficaz por parte del consejo de familia o de los juzgados especializados en la materia; entonces, la alienación parental provoca una violación a los derechos humanos de los niños y adolescentes puesto que vulnera su interés superior. (pág.103)

### 3. Referencias

CERVANTES GUEVARA, D., *Los efectos legales y sociales que se generan entorno a la tenencia compartida, en los casos de separación o divorcio de los padres con hijos menores de edad*, tesis para obtener el grado de abogado (Quito: Universidad Central del Ecuador, 2016). Recuperado de <<http://www.ds-pace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6689/1/T-UCE-0013-Ab-269.pdf>>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N.º 27337 “Ley que aprueba el Nuevo Código de los niños y adolescentes”, Lima: 21 de julio de 2002.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Constitución Política del Perú”, Lima: 29 de diciembre de 1993.

ECLÉN GONZALES, L. A., *Regulación del síndrome de alienación parental como causal de pérdida de tenencia y suspensión temporal de la patria potestad*, tesis para obtener el grado de abogado (Lima: Universidad Cesar Vallejo, 2020).

GONZALEZ NERI, M., *Propuesta para crear y regular derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Código Civil del Estado de México y en la disposición secundaria a efecto de dismuntar y prevenir las conductas violentas y/o delictivas al interior de las familias*, tesis elaborada para el grado de licenciada en Derecho (Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, 2018)

MIRANDA FARIAS, C., *Cuidado personal del niño, niña y adolescente y principio de corresponsabilidad parental en el derecho de familia en Chile*, tesis de licenciatura (Santiago: Universidad de Chile, 2016). Recuperado de <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143110/Cuidado-personal>>

nal-del-ni%c3%b1o-ni%c3%b1a-y-adolescente-y-principio-de-corresponsabilidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención Sobre Los Derechos Del Niño”, Nueva York: 20 de noviembre de 1989. Recuperado de <<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, París: 10 de diciembre de 1948. Recuperado de <<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>.

PALOMINO GIRON, P. O., *Síndrome de Alienación Parental en la variación de la Tenencia en los Juzgados de Familia de Lima Norte, 2017*, tesis para obtener el grado de bachiller (Lima: Universidad Cesar Vallejo, 2017). Recuperado de <<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/16587>>

RODRIGUEZ CRUZ, A., *El Síndrome de Alienación Parental como causal de la variación de tenencia en la Corte Superior de Lima Sur*, tesis para obtener el grado de bachiller (Lima: Universidad Autónoma del Perú, 2017). Recuperado de <<http://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/AUTONOMA/421>>

ZEVALLOS MURO, R., *Alienación Parental como causal para solicitar la tenencia de un hijo menor, Juzgado de Familia Chiclayo 2016-2017*, tesis para obtener el grado de bachiller (Chiclayo: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2019). Recuperado de <<https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/4904/BC-TES-3726%20ZEVALLOS%20MURO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

# ¿Cuáles serían las mejores medidas para un régimen de comunicación? Tomando en cuenta la tenencia compartida\*

Patricia Ivette Bucallo Rivera\*\*  
*Universidad Nacional Federico Villareal*

**SUMARIO:** 1.Introducción / 2. Concepto/ 2.1. Tenencia compartida / 2.2. ¿Cambio el paradigma? / 2.3. Régimen de comunicación / 3. Derecho a la comunicación y visitas y derecho a la integridad de los niños, niñas y adolescentes/4. ¿Cómo se da el régimen de visitas? /5. Objetivo del régimen / 6. ¿Qué régimen de comunicación es más conveniente? / 6.1. Régimen amplio / 6.2. Régimen progresivo / 6.3. Régimen flexible / 7. ¿Qué hacer en caso de incumplimiento? / 8. Legitimación en el proceso de fijación del régimen de comunicación. / 8.1. La legitimación activa / 8.2. La legitimación pasiva / 9. Conclusión/ 10. Respuesta a las preguntas público.

## 1. Introducción

El régimen de comunicación en el Perú es un tema novedoso y se le conoce como régimen de visitas. A partir de la implementación en las legislaciones comparadas, la denominación régimen de visitas se ha modificado a régimen de comunicación.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Árbitro de Derecho en el Centro de Arbitraje NOVA IUSTITIA. Abogada titulada por la Universidad Federico Villareal, con más de 24 años de experiencia en el ejercicio de la profesión. Especialista en Estudios jurídicos, Empresas privadas y Recursos Humanos. Ponente a nivel nacional relacionados al Derecho y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos. Conciliadora extrajudicial, capacitadora en metodología y educación para adultos formada por el MINJUSDH, Árbitro en Derecho especializada en civil, comercial, inmobiliario, consumo. Incorporada a la Nómina de Árbitros del Centro del Arbitraje Popular "Arbitra Perú". Secretaria General del Centro de Conciliación Extrajudicial NOVA TEMPORE.

La importancia radica, quizás, no sólo en que se trata de un derecho de ambos progenitores, sino que, primando el interés superior del niño y del adolescente, debe ser principal su derecho a estar en contacto y no perder el vínculo con todos sus parientes y aún con terceros con interés legítimo.

Por interés superior del niño se refiere, citando la Ley N° 30466 (publicado el viernes 17 de junio de 2016) en el artículo 2:

*“El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”.*

De la misma manera el artículo, 3 referente a los parámetros de aplicación del interés superior del niño, refiere que, para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

- 1) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
- 2) El reconocimiento de los niños titulares de derechos.
- 3) La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 4) Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

## **2. Concepto**

### **2.1. Tenencia compartida**

Tal como lo define el doctor Manuel Bermúdez Tapia (2007), la tenencia compartida puede ser definida como el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos.

La tenencia compartida se puede obtener bajo dos modalidades: la vía extrajudicial y la vía judicial. Tanto en la doctrina como la legislación, a raíz de ellos hay puntos a favor y en contra, quiere decir que bajo la legislación que ha modificado el Código de los Niños y Adolescentes, recientemente publicada, ahora que la tenencia compartida es la regla y la tenencia exclusiva es la excepción

Se habla de tenencia compartida y tenencia exclusiva, ya que las cosas pueden cambiar de un momento a otro. Pueden iniciar con una tenencia compartida donde los padres se ponen de acuerdo o, de lo contrario, lo hace la vía judicial o a través de la vía extrajudicial mediante un conciliador (adscrito a un centro de conciliación y especialista en el tema).

## **2.2. ¿Cambio de paradigma?**

Los cambios en la sociedad han introducido un nuevo paradigma en el ámbito del Derecho de Familia, al contemplar al régimen de comunicación no sólo como un derecho de ambos progenitores sino también como un derecho del niño, niña y/o adolescente de ciertos parientes y aún de terceros con interés legítimo.

Es ampliamente conocido que antes se le denominaba "derecho de vistas", "régimen de visita", "adecuada comunicación con el hijo", "derecho y deber de comunicación entre niños, niñas y adolescentes y sus progenitores, parientes y terceros con interés legítimo" o simplemente régimen de comunicación.

## **2.3. Régimen de comunicación**

El régimen de comunicación constituye un derecho-deber de los progenitores, derivado de la responsabilidad parental, antes conocido como régimen de visitas.

Posteriormente a una separación o divorcio de los progenitores, es necesario que éstos acuerden un plan de parentalidad por el cual, se dejará claramente establecido el lugar y tiempo en que el hijo o hijos permanecen con cada progenitor. Asimismo, las responsabilidades que cada progenitor asume, por ejemplo, en el tiempo de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia.

Además, se debe tener en consideración que, este régimen de relación y comunicación con el hijo es de vital importancia cuando el menor reside exclusivamente con uno solo de ellos.

Por ello, entre las características del régimen de comunicación, pueden considerarse que:

- Constituyen la consecuencia o efecto de la tenencia unilateral de un menor.
- Se debe mantener la comunicación o contacto con el progenitor que no ejerza la tenencia.

- Tiene como finalidad salvaguardar el desarrollo integral del menor, afianzando el vínculo filial.

### **3. Derecho a la comunicación y visitas. Derecho a la integridad de los niños, niñas y adolescentes**

La Convención de los Derechos del Niño señala, en el artículo 9, que: “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres o mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

#### **4. ¿Cómo se da el régimen de visita?**

Se da por el lugar donde se tiene la visita, en ese sentido, se tendrá en consideración determinadas circunstancias como, por ejemplo: la edad del menor, el tipo de relación que han tenido el progenitor y su hijo, por lo cual el régimen de visitas puede llevarse de dos maneras:

- a) Con externamiento del hogar donde vive el menor (en el cual se permite sacar al menor fuera de su hogar al momento del régimen de visitas).
- b) Sin externamiento del hogar donde vive el menor (situación en la cual el régimen de visitas se dará únicamente dentro del hogar del menor).

Al establecer si el régimen de visitas se dará o no sin externamiento o con externamiento, deberá decidirse teniendo en consideración la seguridad del menor y su estado de salud, por lo cual, se podrían dar las siguientes situaciones:

- a) Visitas supervisadas del menor, acompañado del progenitor que cuenta con la tenencia, un familiar o tercero al momento de realizarse el régimen de visitas.
- b) Visitas sin supervisión, las cuales se realizarán únicamente con el progenitor que tiene a su favor el régimen de visitas.

#### **5. Objetivos del Régimen**

- a) Estrechar las relaciones familiares;
- b) Asegurar la solidaridad familiar;
- c) Proteger los legítimos afectos que derivan de este tipo de relaciones; y,

- d) No desnaturalizar la relación entre progenitores e hijos, entre otros.

## **6. ¿Qué régimen de comunicación es más conveniente?**

### **6.1. Régimen amplio**

Debe priorizarse un régimen de comunicación amplio en el cual los progenitores puedan acordar libremente los días y horarios. Este régimen permite que los hijos puedan pernoctar con el progenitor no conviviente o que pasen más de un día con él, los cuales pueden ser seguidos o alternados.

### **6.2. Régimen progresivo**

No se aplica el régimen de comunicación amplio desde el inicio, si no de forma gradual con la finalidad de que el niño se habitué a pernoctar y permanecer fuera de su centro de vida y residencia habitual (zona de confort).

Se aplica cuando el niño es demasiado pequeño o no ha tenido contacto con el progenitor no conviviente. Igualmente, cuando éste tiene algún problema de adicción.

### **6.3. Régimen flexible**

Aplica cuando el niño se encuentra próximo a la mayoría de edad, en este caso es difícil imponer un determinado régimen de comunicación, por lo que se debe tener en cuenta también la voluntad del niño o adolescente, sus horarios, actividades e intereses.

Debe aplicarse con mucha cautela para evitar que este régimen se someta únicamente a la voluntad del niño, niña o adolescente siendo recomendable que exista un régimen de comunicación manejable.

## **7. ¿Qué hacer en caso de incumplimiento?**

Se puede pensar en un Plan de parentalidad homologado, es decir, solicitarlo en vía judicial y el convenio de régimen de comunicación, en el cual los padres se ponen de acuerdo y asisten a un centro de conciliación extrajudicial para dialogar sobre el tema.

Ahora bien, puede pasar que el niño no desee hacer caso al cumplimiento, ya sea porque tiene miedo, no es de su agrado la nueva pareja de su padre o madre, entre otros motivos. Por ello, se tiene tres tipos de regímenes y podrá acogerse el que más se adecua al menor.

## **8. Legitimación en el proceso de fijación del régimen de comunicación**

### **8.1. La legitimación activa**

La legitimación activa la obtiene el padre o madre que no haya obtenido (a través del respectivo proceso de fijación de régimen de visitas) la tenencia o custodia del menor.

Debemos tener presente que el régimen de comunicación puede ser extendido a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique.

### **8.2. Legitimación pasiva**

La legitimación pasiva recae en el padre y madre que obtuvo judicialmente la tenencia o custodia del niño o adolescente.

## **9. Conclusión**

El régimen de comunicación tiene como objetivo velar por el interés del menor, siendo un derecho que tiene el progenitor de gozar del contacto con sus hijos, pero se debe tener siempre en cuenta que esta visita, contacto o comunicación, tiene una finalidad, la cual radica en atender una necesidad del menor: “la de estar con el padre o madre para obtener una formación integral, es decir, tanto física como afectiva”. Además, deberá tenerse presente:

- a) El principio rector que es el interés superior del niño.
- b) Las relaciones con los progenitores, defensa del interés personal del niño, niña o adolescente.
- c) El bienestar psicofísico, emocional, el entorno cultural y económico.
- d) El desarrollo psicoafectivo y todas las circunstancias que puedan afectar la situación del menor.
- e) La estrategia, es decir, mantener la comunicación y el contacto según las circunstancias de cada familia.

## **10. Respuestas a las preguntas público**

### **10.1. ¿Es posible establecer un régimen de visita sana con una tercera persona ajena a la familia o pariente lejano al que el niño desarrolló un apego seguro?**

Si es posible, por eso señalamos la ampliación de este régimen, pero siempre que se pueda demostrar cuál es ese apego que tiene, si es que es para su bienestar y tomando siempre en consideración el interés del menor.

### **10.2. Si los padres no desean tener la tenencia compartida debido a que la otra parte se encuentra indispuesta como es el caso de adicción a un narcótico ¿ésta puede ser fundada?**

Si la otra parte no la desea, como se dijo, sí, pues se va a explicar por qué motivo es; lo que si no se puede es romper el vínculo; podría hacerlo, por ejemplo, a través de cualquier herramienta tecnológica o aplicativo como el WhatsApp, por ejemplo, o Videoconferencias, puesto que en caso la persona está enferma, tenga una enfermedad contagiosa o sea una persona adicta, se utilizan medios de comunicación alternos.



# Comentarios sobre la casación Casación N.º 1371-96-Huánuco, sobre el derecho a pedir los alimentos y la existencia de un estado de necesidad\*

Jenny Diaz Honores\*\*  
*Universidad de San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Aspectos generales/2.1. Concepto de alimentos/2.2. Derecho alimentario/2.3 Condiciones del Derecho alimentario/2.3.1. Estado de necesidad/2.3.2. Posibilidades económicas del obligado/2.3.3. Norma legal que establezca la obligación/2.3.3.1. Vía extrajudicial /2.3.3.2. Vía judicial /3. Materia del recurso / 4. Fundamento del recurso: Interpretación errónea/ 5. Principio universal del Derecho alimentario/ 6. Conclusiones / 7. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

El tema del presente artículo es “Comentarios sobre la Casación N.º 1371-96-Huánuco, sobre el derecho a pedir los alimentos y la existencia de un estado de necesidad”. Al respecto, es interesante cuando se trata de una casación, pues se da en el marco de un pedido de nulidad de cosa juzgada fraudulenta que está relacionado, evidentemente, al pedido judicial de la fijación de una pensión de alimentos. Como se sabe, el derecho alimentario

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Abogada por la USMP y magíster en Derecho Civil por la UAP. Cuenta con estudios de maestría en derecho civil y comercial en UNFV, egresada del Programa de postgrado de Arbitraje de la American University Washington College of Law, egresada del curso superior de arbitraje internacional de la universidad San Pablo de España; estudios de formación de árbitro, arbitraje en derecho administrativo en el CARC-PUCP, estudios y pasantías de Mediación en Argentina; estudios de arbitraje en contrataciones OSCE y CARC - PUCP, árbitro en ARBITRA PERÚ, SUSALUD y MTPE, capacitadora en Conciliación registrada en el MINJUSDH, presidenta de ASIMARC, directora ejecutiva de ASPE-COAR, autora de los Libros Manual de Conciliación Extrajudicial, Guía Práctica para Resolver Conflictos Sociales, Libro Conciliación Familiar, Un Enfoque Multidisciplinario y libro Arbitraje Nacional, conferencista, escritora consultora en MARCS, Cultura de Paz, Negociación, Conciliación y Arbitraje, con más de 23 años dedicados al estudio, enseñanza y ejercicio de los MARCS.

tiene una serie de aspectos generales a tener en cuenta que permite el análisis de esta casación.

## **2. Aspectos generales**

### **2.1. Concepto de alimentos**

Según el artículo 472 del Código Civil, se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia.

Este concepto se amplía con el Código de los Niños y Adolescentes al señalar que también se entiende por alimentos la recreación de los menores, la capacitación para el trabajo y la educación. Entonces, todo ello entra a tallar para fijar la pensión alimentaria.

### **2.2. Derecho alimentario**

Ahora bien, se debe señalar quienes son los acreedores, estos son quienes tienen derecho a alimentos. Según la legislación peruana, hay diferentes sujetos que tienen derecho a una pensión alimentaria; el Código Civil establece desde los cónyuges, los hijos, los parientes ascendientes y descendientes y hermanos.

Es preciso recalcar que el derecho alimentario es bidireccional, es decir, que no solamente quien tiene derecho a alimentos va a actuar siempre como un acreedor, sino que además eventualmente tendrá la obligación de pasar alimentos a la otra parte.

En el caso de los cónyuges se deben recíprocamente alimentos, lo mismo ocurre con los ascendientes o descendientes, los padres dan alimentos a sus hijos, y cuando estos hijos tengan la mayoría de edad y la capacidad económica deberán pasar alimentos a sus progenitores si así lo requieran.

### **2.3 Condiciones del Derecho alimentario**

El derecho alimentario busca la protección de los miembros de la familia, pero la legislación civil establece algunas condiciones para poder ejercer el derecho alimentario:

#### **2.3.1. Estado de necesidad**

Se atiende lo necesario para la subsistencia del sujeto. En el caso de adultos implica que la persona tenga una salud deteriorada, no tenga trabajo o se muestre en una situación que le imposibilite poder cubrir lo necesario para

subsistir. Se requiere que se acredite el estado de necesidad y una probanza suficiente para solicitar la pensión de alimentos. Mientras que, en el caso de menores de edad, se presume el estado de necesidad.

### **2.3.2. Posibilidades económicas del obligado**

La persona obligada a prestar alimentos debe tener las posibilidades económicas – tener trabajo o tener la capacidad de laborar–. Por ello, el juez presume que la persona tiene las posibilidades económicas dependiendo de los diversos ingresos que pueda tener, por lo que estas posibilidades económicas del obligado pueden ser diversas.

Según la ley, no existe la obligación de acreditar las posibilidades económicas, pero en la medida que uno pueda demostrarlo tendrá un mejor éxito al requerir el monto de la pensión alimentaria.

### **2.3.3. Norma legal que establezca la obligación**

Con la existencia de la norma legal se dan las tres condiciones para poder solicitar la pensión de alimentos.

#### **2.3.3.1. Vía extrajudicial**

Puede ser la vía de la conciliación extrajudicial un medio para obtener una pensión de alimentos, para ello se recurre a un centro de conciliación autorizado por el MINJUSDH para que a través del él se convoque a una audiencia a efectos de buscar un acuerdo entre las partes con la ayuda de un conciliador. De arribar a un acuerdo sobre la pensión de alimentos, el acta tendrá un valor de título ejecutivo y será de obligatorio cumplimiento.

#### **2.3.3.2. Vía judicial**

Se solicita mediante una demanda ante un juez de paz letrado. En la actualidad no se requiere de un abogado, puesto que hay formularios pre-establecidos y no es necesario la firma de un experto en leyes para pedir alimentos.

Recientemente, la legislación, en el tema de derecho alimentario, permite al juez indagar sobre los ingresos económicos del obligado a fin de facilitar la posibilidad de que se fije una pensión más justa, pues, al no tener la asistencia legal, en caso de que así haya decidido el demandante, el juez va a cubrir ese vacío.

### 3. Materia del recurso

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Eleazar Erazo Quiñones contra la sentencia de fojas ciento veinticinco, con fecha 4 de julio de 1926. Esta casación revoca la parte que declara fundada la demanda interpuesta por don Eleazar Erazo Quiñones contra Nivarda Valdiana Malpartida Ponce sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. En otras palabras, en primera instancia se declara fundada la demanda de don Eleazar Erazo Quiñones por nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pero en segunda instancia se revoca la sentencia.

### 4. Fundamento del recurso: Interpretación errónea

La defensa legal de don Eleazar Erazo Quiñones menciona que hubo una interpretación errónea de los artículos 345 y 487 del Código Civil, considerándose que procede la acción de alimentos contra uno de los cónyuges a pesar que en proceso anterior sobre separación convencional se aprobó un convenio con autoridad de cosa juzgada; esto quiere decir que el señor Eleazar se divorció y, en el proceso de divorcio, se adjunta un convenio de separación convencional en el cual se le exonera el pago de una pensión de alimentos a favor de sus hijos y, además, sin perjuicio de ello, eventualmente podría fijarse una pensión a favor de sus hijos. Ahora bien, muchas veces cuando las personas desean divorciarse mediante la figura de separación convencional, lo común a realizar es llegar a acuerdos para lograr el objetivo que es el divorcio. Entonces, por acuerdo, establecen el monto de la pensión alimentaria y se celebra un convenio de separación convencional. Aquel convenio, al ser aprobado por el juez y al ser recogido por una sentencia, se homologa y adquiere, según la defensa de don Eleazar, la calidad de cosa juzgada y como tal no podría modificarse.

Por lo tanto, la señora Nivarda no podría pedir alimentos para sus menores hijos. En primera instancia se le da la razón a don Eleazar, pero en segunda instancia se revoca la sentencia porque según la sala que conoce de la apelación, no hay nulidad de cosa juzgada fraudulenta, es así como el caso llega a la Corte Suprema a través del recurso de casación. El abogado de don Eleazar menciona que hubo una errónea interpretación de la sala que revoca la sentencia en primera instancia respecto a diferentes artículos del Código Civil:

*“Artículo 345 - Patria Potestad y alimentos en separación convencional*

*En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea con-*

*veniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden”.*

La defensa legal menciona que la sala no se tomó en cuenta que existe un acuerdo de alimentos entre ambos cónyuges que consta el convenio de separación convencional. El acuerdo de los cónyuges fue que el señor Eleazar no iba a pasar alimentos a sus hijos, ya que lo asumiría la señora Nirvanda.

El siguiente artículo que se cuestiona y se considera que hubo una errónea interpretación es el siguiente:

*“Artículo 487 CC.- Características del derecho alimentario*

*El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e indispensable.*

*Entonces, don Eleazar quiere que se respete el acuerdo de separación convencional en donde se establece que la excónyuge asume los alimentos de los hijos. Como ya existe una sentencia firme del divorcio que ampara este acuerdo; entonces el pedido de alimentos por la excónyuge para sus hijos sería una cosa juzgada fraudulenta, puesto que se está incumpliendo lo que se acordó anteriormente”.*

Sin embargo, a nivel de la Corte Suprema al analizar el caso señala:

*“Quinto. - Que atendiendo al carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho alimentario si el juez constata la existencia de las tres condiciones antes mencionadas debe establecer la obligación alimentaria a cargo del emplazado con prescindencia de la existencia de cualquier convenio preexistente, en especial tratándose de menores en atención a lo dispuesto en los Artículos cuatrocientos setentaicuatro incisos dos, cuatrocientos setentaicinco incisos tres, cuatrocientos setentaiesete, cuatrocientos ochenta y dos y cuatrocientos ochenta y dos, inciso b, ciento dos y ciento cuatro del Código Civil (1) y a los Artículos ochenta y dos, inciso b, ciento dos y ciento cuatro del Código de los Niños y del Adolescenté”:*

Respecto a ello, la Corte Suprema menciona que al existir las tres condiciones —estado de necesidad, posibilidades económicas del obligado y norma legal que establezca la obligación—, se puede dejar de lado cualquier acuerdo preexistente, como el acuerdo de separación convencional.

En este acuerdo, sobre una pensión de alimentos, no se puede impedir que eventualmente la persona —madre— que no solicita alimentos a favor de sus hijos, porque está en las posibilidades de asumirlos directamente, pue-

da en un futuro solicitar al padre una pensión de alimentos para sus hijos, pues al tratarse de menores de edad están presentes las tres condiciones para solicitar una pensión de alimentos. En este sentido, la sentencia es clara al señalar la prescindencia del acuerdo, es decir, se deja de lado cualquier acuerdo si se dan las tres condiciones del derecho alimentario.

Ello tiene más relevancia cuando se trata de menores; en atención a lo dispuesto en los artículos mencionados con anterioridad, lo que hace el magistrado es un recuento de los artículos que tratan sobre sujetos alimentarios, derecho alimentario y, en el caso del Código Civil y del Código de los Niños y Adolescentes, hace mención del derecho que tienen ellos sobre la pensión de alimentos y la obligación que tienen los padres de prestar la pensión de alimentos.

Además, los alimentos se prorratan, es decir, si hay dos cónyuges la obligación se parte entre ambos, pues una de las características de la pensión alimentaria es la divisibilidad, por lo que se divide entre todos los obligados en este caso los padres.

## **5. Principio universal del Derecho alimentario**

El Derecho alimentario es revisable: no existe cosa juzgada en materia de la fijación de pensiones alimentarias. Entonces, la persona puede pedir una pensión de alimentos al juez, quien lo fija y puede ejecutar si se incumple; pero eso no quiere decir que esa pretensión en particular tenga valor de cosa juzgada. Ello se aplica también en materias de tenencia y régimen de visita. La tenencia es revisable, en el caso de que se observa que la madre está perjudicando el desarrollo del menor, entonces se puede pedir la variación de la tenencia a favor del padre. No existe cosa juzgada en esos casos, ya que hay un interés mayor que es el desarrollo favorable de los niños y adolescentes.

Asimismo, cuando se incumple el régimen de visitas entonces la otra parte puede pedir la variación para una tenencia y régimen de visitas para quien tiene la tenencia, ello debido a que se trata de relaciones humanas y pueden variar en el tiempo a raíz que crecen los menores o cambian las condiciones económicas o físicas; por lo tanto, pueden recurrir a nuevos pronunciamientos o acuerdos. En este contexto el derecho alimentario es revisable y se recoge del artículo 482 del Código Civil:

*“Artículo 482 - Incremento o disminución de alimentos*

*La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posi-*

*bilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones".*

En consecuencia, la pensión de alimentos no tiene calidad de cosa juzgada porque puede ser variable. Entonces, cuando se refiere a alimentos se debe tener en cuenta que existe pensión de alimentos, aumento o reducción de pensión de alimentos, prorrateo de los alimentos, exoneración de los alimentos porque ya no hay estado de necesidad o el cese del pago de los alimentos, entre otras pretensiones que puedan darse.

## **6. Conclusiones**

Este comentario de la casación pasa por el pedido de que se declare la nulidad de cosa juzgada fraudulenta de la fijación de una pensión de alimentos dado que existe ya un acuerdo de la forma de pasar los alimentos en un proceso de divorcio. Igualmente, lo que fija la Corte Suprema en esta casación es que los jueces deben atender el pedido de una pensión de alimentos sin importar que exista un acuerdo preexistente, siempre y cuando verifique que se dan las tres condiciones del derecho alimentario: estado de necesidad, posibilidades económicas del obligado y marco legal que permita prestar alimentos a nivel judicial.

## **7. Respuestas a las preguntas del público**

### **7.1. ¿Cuál es la razón por la que se revoca la sentencia en primera instancia que declaró fundada la demanda?**

La razón es porque en el derecho alimentario no existe cosa juzgada porque es revisable, entonces si no existe cosa juzgada no podría existir la figura de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

### **7.2. En caso de omisión por inasistencia alimentaria, ¿quién es el titular para ejercer la denuncia?**

Si es un adulto quien tiene el derecho alimentario puede ejercerlo directamente o a través de su representante o apoderado que lo nombre legalmente. En el caso de menores de edad, quien ejerce el derecho alimentario en su representación que lo puede hacer por vía judicial o acuerdo conciliatorio en un centro de conciliación o ante una fiscalía que pueda realizar conciliaciones de alimentos, tendrá que ser los padres de los menores o lo tutores. En el caso de adultos incapaces declarados judicialmente en imposibilidad de ejercer sus derechos civiles tendrá que hacerlo el curador o la persona

que esté nombrada para ejercer ese derecho que no puede ejercer directamente la persona que es mayor de edad, pero que no está en capacidad de ejercer ese derecho.

### **7.3. ¿Es posible pedir la exoneración de alimentos cuando hay una sentencia firme, pero está dirigida a una menor de edad?**

Si es un menor de edad no se puede pedir la exoneración de los alimentos, entonces ¿Cuál sería el argumento para pedir la exoneración de los alimentos de un menor de edad? Se debe suponer que el obligado sea el padre, se le ha fijado una pensión de alimentos y es menor de edad, entonces para pedir la exoneración de alimentos del padre se podría acreditar que el padre haya sido declarado incapaz y que no está en las posibilidades de asumir la subsistencia del menor, salvo tenga recursos y que el curador por lo tanto debería abonar el pago de la pensión porque legalmente le corresponde.

De lo contrario, si es un menor de edad la pensión de alimentos es hasta los 18 años, pasados los 18 años va a continuar con la pensión de alimentos en la medida de que este cursando estudios exitosos hasta la edad máxima de los 28 años. En la exoneración de alimentos se debe tener en cuenta primero, que cesa el estado de necesidad, pero, en el caso de menores de edad, no cesa puesto que la ley establece que se presume el estado de necesidad; segundo, que no se cuenta con posibilidades y si en el caso disminuye las posibilidades se debe pedir la reducción de la pensión de alimentos.

# Comentarios sobre el aspecto positivo y negativo de la sociedad conyugal\*

Roberto Cabrera Suarez\*\*

*Universidad de San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Generalidades: sociedad de gananciales / 3. Régimen económico patrimonial / 4. Reflexiones sobre la comunidad o sociedad conyugal / 5. Ventajas / 6. Desventajas / 7. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

En el presente artículo, se desarrollan comentarios respecto a los elementos positivos y negativos de la sociedad conyugal. Con esto, no se pretende desanimar la posibilidad o no de contraer nupcias, sino solo describir algunos detalles que serán importantes para, en su momento, tomar decisiones u ofrecer una asesoría legal.

## 2. Generalidades: sociedad de gananciales

En el Perú, el régimen patrimonial en el matrimonio es el estatuto que regirá las relaciones económicas entre los cónyuges y entre estos con la sociedad; es decir, se busca atender las necesidades materiales de la familia y velar por ella.

Entonces, al hablar de la sociedad de gananciales, se hace referencia a un régimen intermedio entre la comunidad universal de bienes y la separación de matrimonios. En palabras sencillas, la sociedad de gananciales es una

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Abogado, Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla – La Mancha, Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Cultura Jurídica por la Universidad de Girona, Maestro en Gestión Pública y Doctor en Derecho. Es profesor de Teoría del Derecho en la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Visitante de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, Universidad de Ciencias de la Seguridad, México y Universidad Privada del Valle, Bolivia.

comunidad de bienes parcial con respecto a los que se van adquiriendo a título oneroso. Es en tal situación, que se forma el patrimonio social.

Por consiguiente, al encontrarse la sociedad conyugal sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, los cónyuges sólo tienen derechos expectatícios, los cuales podrán ser individualizados para uno de los cónyuges en la medida en que no fenezca la sociedad de gananciales o que sea sustituido por otro régimen. Con ello, mencionar además que no es posible la inscripción de la transferencia de derechos expectatícios, porque los bienes que forman parte de la sociedad son un patrimonio autónomo.

Ahora bien, con respecto al Código Civil, en el libro de familia, se señala que la regulación de la misma tiene la finalidad de protegerla y consolidarla. Además, con respecto al régimen patrimonial, se señala que se encuentra también la función de administrar los bienes; esto es, pues, uno de los efectos del matrimonio, ya que existe la necesidad de cautelar las necesidades de la familia.

### **3. Régimen económico patrimonial**

La sociedad de gananciales es una comunidad limitada a las ulteriores adquisiciones a título oneroso que podrían adquirir los cónyuges. En base a este concepto, se pueden distinguir los bienes sociales y propios de cada cónyuge; para tal distinción, se deben tener en cuenta principios rectores tales como la época de la adquisición, ya que alguien poseerá bienes propios en la medida en que hayan sido adquiridos antes del matrimonio o después, pero debido a un título anterior al matrimonio. De igual manera, serán sociales cuando son adquiridos a título oneroso durante el matrimonio o después de su disolución, pero debido a una causa anterior al divorcio.

Otro principio rector es el carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones. Así pues, serán propias las adquisiciones a título gratuito. Finalmente, otro factor sería el origen de los fondos empleados en las adquisiciones.

Entonces, la titularidad de los bienes sociales en la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo y el dominio pertenece a ambos. Por ello, la sociedad conyugal se diferencia de la copropiedad, ya que uno solo de los cónyuges no puede disponer de acciones ni derechos sobre un bien que pertenece a la sociedad.

### **4. Reflexiones sobre la comunidad o sociedad conyugal**

La necesidad que puede existir para gravar los bienes comunes, a su vez, dificulta la circulación de estos; siendo ello una desventaja, ya que la socie-

dad no permite una correcta asignación de bienes. A su vez, es necesario mencionar también la representación legal de la sociedad de gananciales, la cuál es ejercida de manera conjunta; en otras palabras, cualquiera de los cónyuges podría otorgar el poder al otro para ejercer un tipo de representación; sin embargo, puede bastar con que no exista una correcta descripción de los poderes otorgados para derribar cualquier manifestación de voluntad expresa ya que se requiere de una literalidad. Igualmente, debe existir entonces un mayor conocimiento del que celebra el acto jurídico con una persona casada a fin de evitar inconvenientes como que un bien de la sociedad de gananciales no tenga la aceptación de ambos cónyuges.

Con todo lo expresado, se evidencia que podría presentarse situaciones que generen inseguridad jurídica y desacelere las actividades económicas, puesto que la legislación es muy poco conocida por la población peruana. Se necesita una mayor flexibilidad en estos aspectos sin desmedro de la seguridad y legítimo derecho de ambos cónyuges. Entonces, la sociedad conyugal debería ser menos costosa en el sentido de cuán ventajoso puede ser llegar a contraer nupcias.

El poner fin a una sociedad de gananciales tiene un doble propósito: acabar con la sociedad y repartir sus ganancias si las hubiese. Es necesario recordar antes, que una sociedad de gananciales surge por el matrimonio a no ser que en él se haya optado por la separación de patrimonios previos. Entonces, tal régimen estará vigente en lo que dure el matrimonio salvo que por mutuo acuerdo se cambie de régimen o por una separación legal.

## **5. Ventajas**

En el matrimonio, son dos los regímenes patrimoniales que existen: la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios. Entre las ventajas de la sociedad de gananciales se puede encontrar el derecho de los cónyuges a usar y disfrutar los bienes adquiridos. Además, existe también una responsabilidad compartida, ya que ambos serán responsables de las deudas que se adquieran durante el matrimonio, lo cual es ventajoso en términos de seguridad financiera.

Otra ventaja es la flexibilidad para acordar reglas sobre la administración y utilización de los bienes sociales. Esto es bastante adaptable a las características y necesidades de cada familia. Como siguiente ventaja, se puede mencionar la simplicidad o facilidad para resolver cuestiones financieras durante o incluso después del matrimonio. En ese sentido, coadyuvará también a la distribución de los bienes en caso fenezca el matrimonio.

## **6. Desventajas**

No todos son aspectos positivos, también existen algunos negativos ya mencionados anteriormente, tales como la limitación a la propiedad individual o la responsabilidad compartida de las deudas – esto último como contrapartida a una de las ventajas ya mencionadas–. En tal sentido, que ambos sean responsables por las deudas adquiridas puede ser tanto una ventaja como una desventaja en cuanto uno de los cónyuges administre o use de mala manera los bienes sociales.

Una desventaja que también es necesario precisar es la dificultad para resolver disputas. En tal sentido, podría ser difícil resolver disputas respecto a la administración o uso de los bienes gananciales si los cónyuges no están de acuerdo. También se puede mencionar la incertidumbre en caso de divorcio. En esta situación, si bien existe más libertad, esta no debe ir en desmedro de los hijos. Otra de las desventajas está sentada en las consideraciones fiscales o tributarias, en dónde debe ahondarse en el tema de la socialización de la legislación, la cuál es muy pobre en nuestro país.

## **7. Respuestas a las preguntas del público**

### **7.1. Al casarse, ¿Necesariamente se comparte todo con el cónyuge?**

Desde el punto de vista jurídico, si no hay separación de patrimonios, es decir, acercarse a un notario con la finalidad de elevar a escritura pública una minuta que señale que expresamente no se está dispuesto a una sociedad de gananciales y se opta más bien por el régimen de separación patrimonial, entonces sí. En tal situación, todos los bienes que se adquieran a título oneroso formarán parte del patrimonio indiviso conocido como sociedad de gananciales.

Después de la explicación, decir que “todo se comparta” aplicará en el ámbito patrimonial, más no en el afectivo, expectatio o social. Ello, corresponde a un ámbito que no es el jurídico.

### **7.2. ¿Cuál es el procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales?**

Siempre es importante señalar que uno de los factores más útiles para liquidar una sociedad de gananciales es el diálogo, por más extraño que parezca. La sociedad de gananciales puede perfectamente ser liquidada en la medida en que ambas partes estén de acuerdo. Incluso, puede mantenerse el matrimonio con todos sus efectos jurídicos y sus obligaciones sin que

necesariamente persista la sociedad de gananciales. Todo ello, dependerá de las características particulares de la convivencia matrimonial y de cómo se esté llevando a cabo las relaciones interpersonales dentro de la misma.

### **7.3. Si los cónyuges poseen una cuenta de banco y fallece uno de ellos, ¿entraría también a la masa hereditaria el monto de la cuenta?**

Sí, este es un tema económico que sucede durante el matrimonio. Como bien se precisó, uno de los factores era el tiempo y el momento en que se adquiere. Entonces, al haber sido durante el matrimonio, pues forma parte del mismo.

### **7.4. Si se compra un predio cuando se es soltero, pero el último pago se realiza cuando ya se contrajo matrimonio, ¿el predio sería un bien social?**

Lo importante aquí es determinar el momento en que se realizó el acto jurídico. Si este se celebra antes del matrimonio es un bien propio, si se celebra después, será un bien social. Ahora bien, será necesario determinar también en qué momento el acto jurídico surtió efectos o se tiene por materializado. Si se materializó la compra venta (para ello será necesario analizar el contrato) durante el matrimonio, evidentemente, será una situación distinta.

### **7.5. Si se compra un bien inmueble siendo soltero y solo se posee la escritura pública, al casarse, ¿se inscribirá como bien social o bien propio?**

Lo importante en tal supuesto será que ya se ha celebrado el acto jurídico de compraventa. Cabe recordar, además, que la inscripción en registros públicos es solo para publicidad y para hacerlo oponible ante terceros, pero aquí el acto jurídico ya se efectuó. Por ello, se estaría frente a un bien propio.

### **7.6. Si una pareja opta por el régimen de separación de patrimonios y compran un predio entre los dos, ¿sería una copropiedad?**

Sí, será una copropiedad y regirán las normas de la copropiedad. Por lo tanto, uno de ellos podrá vender el 50% de sus acciones y derechos y dejar de ser copropietarios. O, si lo desea, vender el 50% al esposo o esposa, quien será 100 % propietario y titular.



# Elaboración de la demanda de divorcio en base al Código Procesal Civil peruano\*

Manuel Ibarra Trujillo\*\*

*Universidad Nacional Federico Villareal*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. El matrimonio / 3. Tipos de divorcio / 4. Causales de divorcio / 5. Proceso ordinario / 6. Medidas cautelares / 7. Estructura de la demanda / 8. Impulso de parte.

## 1. Introducción

El Código Procesal Civil en sus artículos 130, 131, 132, 424 y 425 se encuentra cual es la estructura que debe contener una demanda, contestación o reconvencción, un medio impugnatorio, una defensa previa o una excepción. Para conocer sobre el divorcio y por qué se presentan ciertos personajes dentro de este proceso, se debe empezar por comprender esta figura jurídica.

En primer lugar, se debe entender por qué interviene cada sujeto procesal; la propia Constitución Política del Perú, en su artículo 4, menciona un dato importante para efectos del proceso al señalar la protección a la familia, haciendo que se marque la línea del proceso de divorcio en el Perú con el siguiente párrafo: *“protege a la familia y promueve el matrimonio”*.

En segundo lugar, el Código Civil –desde ahora CC–, en el artículo 233, indica la finalidad de la regulación de la familia, mientras que el artículo 234 aborda la noción del matrimonio.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal (UNFV). Maestría en Gestión Pública. Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Estudios de Doctorado en Derecho. Estudios de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Arbitraje en Contrataciones. Conciliador Extrajudicial Especializado.

## 2. El matrimonio

El matrimonio, según el Código Civil, se sustenta en tres pilares: (1) la fidelidad, (2) la asistencia mutua y (3) la cohabitación. Ahora bien, el matrimonio es tomado como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del CC a fin de hacer vida común.

El incumplimiento de cualquiera de estos tres pilares dará origen a una causal de divorcio, es decir, se encajará en lo dispuesto por los artículos 332 y 348 del CC.

Sin embargo, *¿qué es la separación de cuerpos y el divorcio?* La norma explica que, en el artículo del 332, la separación de cuerpos suspende —no termina— los deberes relativos al lecho y cohabitación, empero, el vínculo matrimonial sigue vigente, por tanto, el juez permite que se separen —esto no encaja en un abandono de hogar—. Por otro lado, en el artículo 348 explica el divorcio: este ya no solo es una separación, sino que se quiere totalmente disolver el vínculo matrimonial.

## 3. Tipos de divorcio

Dentro de la separación de cuerpos y el divorcio vincular, existen 3 formas en las cuales se pueden divorciar: (1) por la vía del proceso judicial, (2) vía notarial y (3) municipal —o también llamado “divorcio rápido”—. En estas dos últimas vías debe existir un acuerdo previo entre las partes, ya que estos medios no resuelven controversias, es decir, el régimen de visita, pensiones, etc. Caso contrario si existe un conflicto entre cónyuges, es necesario que se recurra al Poder Judicial, pues se está ante un enfrentamiento.

En el proceso judicial existen dos tipos de divorcios: (1) de sanción y (2) de remedio. En el primer tipo existe una sanción a uno de los cónyuges porque ha afectado al otro como, por ejemplo, con infidelidad, esta sanción está en función a una indemnización o si hay bienes la posibilidad que se le adjudique la titularidad de los bienes.

En el segundo tipo se ve relacionado con la forma amigable, es decir, los conyuges de manera mutua que ya no se llevan bien buscaren saludablemente la manera de ponerle solución a la situación.

El abogado de ahora debe procurar solucionar de manera saludable, es decir a través de conciliación y acuerdos dentro o fuera del proceso, puestos que estos involucran temas familiares que siempre son muy delicados y pueden afectar a las partes más vulnerables.

#### 4. Causales de divorcio

Las causales que señala el Código Civil para que se realice el divorcio son, en primer lugar, el adulterio, el cual afecta el deber de la fidelidad, la violencia física, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, la conducta deshonrosa, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, la imposibilidad de hacer vida común y el uso habitual e injustificado de drogas afectan al deber de la asistencia mutua; y en último lugar, se encuentra el abandono injustificado de la casa conyugal, la condena por delito doloso, la separación de hecho de los cónyuges y la enfermedad grave de transmisión sexual que afectan la cohabitación y la asistencia mutua.

Existe una trilogía que es importante para sustentar un caso: hechos y pruebas que tengan un sustento en el ordenamiento jurídico, en el caso de no tenerlas no se podría hablar de un caso que pueda ser objeto de un procedimiento judicial.

Al momento de entrevistar al cliente se debe tener una escucha activa, donde se cuentan cosas ciertas y otras que no, esto último por la carga emocional que lleva consigo las partes, además se le pregunta cosas necesarias al cliente para certificar ello y consultar si puede acreditar —medios probatorios— lo que dice.

Después de ello, la ley indicará si se presentó una situación que amerita la intervención de la autoridad jurisdiccional, es en ese momento que se podrá establecer las acciones a tomar, dentro de ello se tendrá tres caminos.

El primer camino será recurrir a medios alternativos de resolución de conflictos o MARCs —conciliación—; el segundo camino, es el proceso ordinario —más extenso— y el tercero, el proceso constitucional. Este último se da cuando se afectan derechos constitucionales dentro del proceso judicial —acción de amparo vs. Resolución judicial—; además, se deben agotar todos los medios procesales.

#### 5. Proceso ordinario

El proceso de divorcio o lo puede interponer los cónyuges legitimados activos para presentar la demanda de divorcio, en el proceso de divorcio se hace presente el Ministerio Público mediante el fiscal de familia a quien también se le emplaza.

La función del fiscal de familia será verificar que el proceso cumpla con todas las reglas; asimismo, en este proceso el fiscal no emite dictamen; es decir, solo esta como un observador.

El juez encargado será aquel que se encuentre competente al domicilio conyugal, que se encuentra en el artículo 36 del Código Civil (CC), donde los cónyuges viven consuno o el último que compartieron; sin embargo, *¿qué pasa si el domicilio conyugal es en el extranjero?* Se aplica el libro decimo de Derecho Internacional Privado.

Cuando se realiza la demanda *¿Qué se debe tomar en cuenta?* En primer lugar, el juez competente, emplazar al cónyuge y al Ministerio Público, detectar la causal de divorcio —explicado anteriormente—; añadiendo que, en un proceso puede haber más de una pretensión —alimentos, tenencia, régimen de visitas, liquidación de gananciales e indemnización, este último si se trata de un divorcio de sanción—. Por otro lado, se tiene la acumulación objetiva, en la cual se puede poner la pretensión de costos y costas, esto último se debe acreditar con recibos por honorarios u otros, siendo estos precios muchas veces inflados por algunos abogados.

Ahora bien, cuando se redacta fundamentos de hecho siempre se debe ser ordenado, pero, a veces, existe la idea de que mientras la demanda tenga más hojas mejor; la norma dice que la descripción de los hechos debe ser breve y ordenada, dado que si se revisa el artículo 130 numeral 8 en el CC dice lo ya mencionado anteriormente.

## **6. Medidas cautelares**

El artículo 485 del Código Procesal Civil señala que se pueden presentar medidas cautelares en el proceso del divorcio, las cuales son dos tipos: (1) fuera del proceso y (2) dentro del proceso. La primera se da sin haberse presentado la demanda donde la ley dice que se tiene 10 días para presentarla y la segunda se da una vez iniciado el proceso.

Algunos ejemplos de medidas cautelares son los siguientes: la separación provisional del cónyuge, la asignación de alimentos, régimen de visitas, administrar o conservar los bienes comunes para que no se diluya el patrimonio, esto dentro del proceso.

## **7. Estructura de la demanda**

La estructura de los escritos está dentro de los códigos en el artículo 130, 424, 425 y 442 del Código procesal Civil (CPC). Para redactar una demanda y para una medida cautelar se debe tener en cuenta a los artículos 130, 608, 610, 611, 636 y 637 del CPC, no se debe guiar mucho en lo visto por redes. Por ejemplo, el artículo 130 refiere a la forma del escrito, los detalles, sumilla del pedido, idioma, etc.

Cuando se habla del proceso de divorcio se debe tener en cuenta la causal a usar, si es el adulterio, no solo basta con lo que diga el demandante, ya que debe haber acceso carnal y algo que lo compruebe como el haber encontrado la partida de nacimiento en donde la otra parte este registrado como padre; esto demostraría que, si recae en adulterio, dado que el niño es producto de la relación extramatrimonial.

*¿Es posible la reconvencción en un proceso de divorcio?* Sí es posible y se da en el divorcio sanción, donde puede aplicar una indemnización o la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, entonces si se pierde se tiene que asumir ello, pero si la otra parte tiene un argumento para divorciarse también existe la figura de la reconvencción, donde el demandado también tiene la condición de demandante que se presenta ante el juez.

Siguiendo la misma regla del escrito, hechos, pruebas y lo que dice la ley, de tal manera, que el juez resuelva en función a estos medios probatorios.

## **8. Impulso de parte**

El proceso del divorcio solo avanza por impulso de parte, es decir, no hay impulso de oficio a petición del cónyuge demandante y demandado, todo esto en base al artículo 4 de la Constitución Política del Perú donde se promueve el matrimonio, pues no se debe contradecir este principio. En este proceso no se espera, sino se solicita si se quiere el saneamiento procesal, etc.

La reconvencción, también llamado por unos como contrademanda, donde los hechos deben estar correlacionados, por ejemplo, uno de los cónyuges demanda al otro por divorcio, basándose en la causal de adulterio; sin embargo, el otro, al responder la demanda, lo demanda por violencia física; a este ataque se le conoce como reconvencción en el Código Procesal Civil. Cabe resaltar que todo esto debe ir acompañado por medios probatorios y acumular pretensiones.

## **9. Respuestas a las preguntas del público**

### **9.1. ¿Emplazar al Ministerio Público es obligatorio, en caso de que la otra parte no lo haga, ello puede ser usado en su contra?**

Sí, es obligatorio, es un requisito procesal, se tiene que emplazar sí o sí al Ministerio Público, pues es el juez quien va a revisar la demanda. Si el Ministerio Público no ha sido emplazado puede declararlo inadmisibles, es decir, debe ser corregido.

## **9.2. ¿Por qué y cómo interviene el Ministerio Público en el proceso de divorcio? ¿Puede presentar pruebas?**

No, en el caso del Ministerio Público, este es un sujeto procesal algo especial en el proceso, dado que el proceso de divorcio ha tenido mucha intervención estatal, poniendo a este ministerio para tratar de proteger este artículo cuatro de la Constitución Política del Perú.

No se presentan medios probatorios, ya que esta como observador de que se cumpla con la protección de todos los involucrados y el cumplimiento de las reglas procesales y no emite dictamen, solo verifica si es que hay alguna situación de desprotección para hacerlo de conocimiento al juez.

## **9.3. ¿Qué escenario se configura si el cónyuge se separa de la familia y tiene una nueva desde hace 15 años, con conocimiento de su esposa? ¿Se disuelve el vínculo matrimonial?**

Es una situación más común de lo que parece, es decir, se casan, pero luego se separan solo de hecho, en otras palabras, ambos rompieron como pareja; pero siguen casados; así pasen una considerable cantidad de años: seguirán casados.

Por otro lado, cuando uno de los conyugues separados está con otra persona y tiene hijos con esa nueva pareja, se suponía, en el caso de la mujer, que los hijos son del esposo, no de la actual pareja. Lo bueno es que se corrigió ello, ya se cambió con la opción de negar la paternidad y que se firme el acta de nacimiento por el verdadero padre.

En estos casos la disolución del vínculo matrimonial no es que sea como una prescripción, es decir, que en el transcurso del tiempo se desaparece, se tendrá que iniciar el proceso con pruebas, la causal a invocar y en este caso sea separación convencional por mutuo acuerdo o separación de hecho.

## **9.4. ¿Cómo es en el divorcio notarial?**

En el caso de divorcio notarial es distinto porque ya se debe tener un acuerdo previo en caso de tener hijos o propiedades, caso contrario de no haber tenido ni hijos ni propiedades a pesar de haber estado casado entonces es más fácil ir al notario a hacer una solicitud elevada en escritura por el este funcionario y, luego de cumplidos los plazos determinados, el juez pueda inscribir ese divorcio en los registros: registro personal, público y también en Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), es decir, es prácticamente un procedimiento de carácter administrativo.

Cabe mencionar, que tanto el notarial como el municipal no tienen de por medio enfrentamientos, esto solo pasa, cuando los dos cónyuges están de acuerdo y en el caso de no tener hijos, ni propiedad es un caso perfecto, por otro lado, si tienen hijos, propiedades o ambos, el notario va a pedir el acuerdo de alimentos, el acuerdo de tenencia, el acuerdo de régimen de visitas y/o el acuerdo Sociedad de liquidación de sociedades gananciales.

Es entonces en el último caso que se tendrá que llevar el acuerdo conciliatorio extrajudicial, que podría máximo 3 meses estar divorciado y hasta menos de manera notarial y municipal.



# El fenómeno jurídico de la herencia: bienes, derechos y obligaciones\*

Ángel Alfonso Cerna Sifuentes\*\*  
*Universidad Nacional Federico Villarreal*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Herencia / 3. Porción disponible / 4. Implicancias sobre otras ramas del Derecho / 5. La sucesión en la empresa familiar / 5. 1. Que sucede cuando el fundador fallece / 5. 2. El protocolo familiar y los bienes de la empresa / 6. Conclusión / 7. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

El presente artículo trata un tópico bastante interesante que abarca desde la herencia hasta un tema más específico que es la sucesión en la empresa familiar. Desde el punto de vista jurídico no solamente está relacionado con el tema de derecho de sucesiones, sino que también involucra a otras ramas del Derecho civil.

## 2. Herencia

La herencia es algo que se recibe desde el pasado y no solamente tiene implicancias jurídicas, también tiene biológicas, pues las personas son parte de los progenitores, se tiene una parte de sus cromosomas; lo cual significa en la simbiosis de una dialéctica saber exactamente qué es lo que se es y a donde se dirige. Esas cosas que se reciben del pasado y que se tienen hoy son lo que es la herencia.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Derecho Privado y Derecho De Familia y Curso Especializado en Derecho de Familia, Sucesiones y Defensa Legal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de febrero del 2023.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Director del centro de conciliación extrajudicial Nova Tempore. Ex docente de la Universidad Científica del Sur. Jefe de asesoría jurídica del Colegio Odontológico del Perú Ángel Alfonso Cerna Sifuentes. Especialista en derecho civil y familiar con 21 años de colegiado.

El Art. 660 del Código Civil señala que los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a su sucesor o sucesores, es decir la sucesión implica fundamentalmente la transmisión de estos bienes, derechos y obligaciones a personas naturales. Cuando se habla de bienes, pueden ser bienes muebles, inmuebles, etc. Justamente, aquí se encuentra una parte interesante que es la simbiosis entre el derecho de sucesiones, el derecho de familia y el derecho de propiedad, incluyendo también el derecho de obligaciones, básicamente en lo que es las obligaciones propiamente dichas y no solamente para las fuentes de las obligaciones.

Aunque existen también contratos que tienen que respetarse una vez que el causante ha fallecido, así es como nace la herencia, la cual es una de las cinco instituciones que vienen del derecho romano y esta institución justamente permite la perpetuación de lo que se conocía como la cosa y se conoce hoy como bien (sea material o inmaterial) asimismo se puede heredar acciones de una empresa que es algo inmaterial, puesto que no se pueden "tocar" las acciones

### **3. Porción disponible**

La porción disponible es en términos generales es aquello que se puede disponer con libertad y sin ninguna restricción, el Código Civil en su Art. 725 menciona que el que tiene hijos u otros descendientes o cónyuges puede disponer libremente hacia el tercio de sus bienes es decir hasta el 33.30% del total de los bienes. Aquí se está ante situaciones que se dan en la vida real y que se ven bastante en lo que se refiere al derecho sucesorio. Un ejemplo de ello es el siguiente: los hijos que adquieren una casa que es el único bien que el padre les ha dejado, el padre dispuso un tercio a uno de sus hijos y las otras dos terceras partes se tienen que dividir entre sus herederos forzosos en partes iguales.

Aquí se genera un tema sobre la disposición de los tercios, lo cual es a título gratuito u oneroso equipara a lo que sería una donación, el progenitor del tercio, tiene disponibilidad en el caso de las personas que tienen hijos u otros descendientes o el cónyuge También incluye a los descendientes puede disponer hasta el tercio de sus bienes eso lo establece claramente el Art. 725 del código civil. ¿Y por qué un tercio? Justamente esto está en la tradición: una persona puede disponer en libertad de un tercio de sus bienes cuando se dan estas circunstancias, el que solo tiene padres u otros ascendientes decir abuelos por ejemplo o bisabuelos puede disponer libremente hasta la mitad de sus bienes.

Esto se debe a que el Art. 726 del Código civil preceptúa que se puede disponer de bienes hasta la mitad cuando hay ascendientes u otros herederos,

pero en el caso de los padres con sus hijos solo se limita a un tercio, ¿Por qué a los hijos un tercio solamente un tercio y en el caso de que tenga padres a la mitad? ¿Por qué justamente por leyes biológicas o la ley de la vida? Los que deben quedar deben ser los hijos.

Un principio básico en tiempos de paz, los hijos entierran a los padres en tiempos de guerra son los padres los que entierran a los hijos. Cuando uno pierde a la pareja, al esposo/la esposa se convierte en viudo. Cuando pierde al padre a la madre se convierte en huérfano, pero en el caso que uno pierda al hijo, es tan doloroso la pérdida de un hijo que no existe una definición exacta, algunos usan el neologismo huérfilo.

Por otro lado, el tercio puede ser otorgado por legado, anticipo de legítima o puede ser por donación. Cualquiera de las figuras jurídicas que sean no onerosas, pueden otorgarse a la persona a fin que pueda disponer en vida, o mejor dicho puede enajenar los bienes en vida y poder transferirlos de forma onerosa en su totalidad; un ejemplo de esto es el testamento de Riva Agüero puesto que gran parte de su fortuna fue cedida a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Entonces aquí vemos una nueva situación ¿Por qué en el caso de las empresas los herederos tienen que distribuirse el patrimonio de la Empresa? ; ello va a generar algunos problemas y es por ello que se propone una Innovación en esa normatividad –algo que hoy está prohibido–, pero en otras legislaciones si se admite, lo que se llama pacto sucesorio.

#### **4. Implicancias sobre otras ramas del Derecho**

Es cierto que el tema sucesorio tiene amplia implicancia por otras ramas del Derecho civil, como en los Derechos Reales y también el Derecho de Familia, específicamente en la filiación, en el derecho de las obligaciones y también en el derecho comercial societario. Para poder ser heredero de una persona se tiene que tener una filiación y esta es de dos formas: puede ser la filiación biológica o la filiación legal. La primera es aquella que vincula a los padres, los hijos y los hermanos por la sangre, mientras que la filiación legal viene a ser las personas adoptadas.

Entonces, cabe hacernos una pregunta, ¿los esposos son familiares?.. No tienen ninguna relación ni una filiación legal, la filiación legal se da en la adopción que una persona, puede adoptar a un niño o a un adulto este cumple los requisitos que establece el código civil, puede ser de dos formas vía notarial o vía judicial. En el momento en que una persona cambia su filiación deja de pertenecer a la familia original biológica y se convierte en un miembro más de la familia.

## 5. La sucesión en la empresa familiar

Entonces la herencia tiene implicancias sobre el Derecho Civil específicamente en el Derecho de Familia en el área de la filiación, y eso es no necesariamente entre vivos, porque puede ser también que un hijo no haya sido reconocido en su momento. Entonces, ahí se está ante la siguiente situación: puede ser biológicamente su hijo, pero se está ante un tema híbrido, es decir. Si bien es cierto, es un hijo biológico, no reconocido, pero que es reconocido por la ley.

En los casos de un proceso de filiación extramatrimonial el hijo biológico es reconocido por la ley al no haber sido reconocido por el progenitor en su oportunidad, siendo que este es un reconocimiento legal. Y eso va a generar la posibilidad de los cambios de situaciones entre los herederos del causante.

En segundo caso por la filiación extramatrimonial tendría derechos sucesores otra de las ramas en las cuales está el Derecho de Familia que son los derechos reales. ¿Y dónde se encuentra esta situación? En la de la división y partición de bienes, que es un gran problema que se plantean los hijos cuando no hay testamento, ¿cómo se divide correctamente los bienes dejados por el causante?

Lo que se hace es elaborar un cuadro y con ello obtener las proporciones (porcentaje) de lo que a cada heredero le va a corresponder, el derecho sobre las acciones y derechos, en donde en la mayoría de casos los padres se disponen a repartir en partes iguales a sus herederos, lo complicado es saber que parte le toca a cada quien.

En el Derecho Societario tiene que ver con la transferencia de acciones o participaciones de una sociedad, sea la transferencia de acciones de una empresa una S.A. en cualquiera de sus modalidades, ya sea abierta, cerrada o la sociedad anónima tradicional. En el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada se da una figura particular y que más adelante se detalla

Si una persona tiene una acción en una empresa y tiene cuatro hijos más la esposa ¿Cómo se divide esa acción? No hay forma porque las acciones son parte alícuotas del capital social o de las participaciones del capitán social o en el caso de participaciones de una S.R.L.

En ese sentido es que, cuando se analiza este tema se está ante las circunstancias de que en una junta de socios participan muchas personas que tienen solo un voto, una acción o participación (dependiendo del tipo so-

cietario) que permite entender la implicancia de la herencia de derecho societario. Pero ¿se puede heredar las deudas? Sí, pues los deudos tienen que pagar las deudas del causante, con el patrimonio que esta ha dejado.

En este caso se procede al remate o a la venta de los bienes que haya dejado el causante y luego de ello se produce la entrega el dinero o la entrega de lo que correspondiera hasta el monto que permite la sucesión o mejor dicho lo que permita el saldo de la venta de ese bien o de esos bienes. y pasa muchos temas también estoy en estos casos los herederos no tenían conocimiento que un inmueble tenía deuda, no solamente con terceros, sino también con las entidades del estado.

### **5.1. ¿Qué sucede cuando el fundador fallece?**

Para nuestro caso consignamos como ejemplo la bodeguita del barrio, donde todos hacemos nuestras compras de alguna otra forma donde hay un señor o una señora que es el cabeza de familia, que con ese ingreso cubre los gastos y las necesidades de sus hijos incluso a veces de sus nietos. ¿Y ese señor o señora que se dedica o ambos también que se dedican dieciséis horas al día o más tal vez a atender su negocio familiar? A vender cosas, a fiar a los vecinos viveres, pero cuando ya no está el fundador ¿qué sucede? Al respecto es importante indica que se existen bodegas que empezaron como pequeños negocios y luego por el tiempo, el trabajo y por la dedicación que se le dio por parte de sus propietarios, lo convirtieron en polos de desarrollo y crecimiento, empresas que les dan trabajo muchas personas como las pequeñas empresas de Gamarra, por ejemplo:

Las empresas textiles creadas por una persona, un señor que ocurre que es un buen confeccionista e inició su proceso de fabricación y producción, tenía primero un empleado, luego dos, luego diez y así va creciendo, eso se ve eso mucho el emporio comercial de Gamarra.

Y eso sucede también en las pequeñas bodegas, porque también se les da trabajo a terceras personas, ajenas o no a la relación familiar.

Ahora, ¿qué pasa con el sucesor de una empresa cuando fallece, cuando es empresa unipersonal, es decir, una empresa de persona natural? Si tiene varios hijos, y se presenta el primer gran problema, ¿Qué hacemos si uno de los hijos se ha dedicado a la empresa con el padre? Y los bienes están a nombre del padre como fundador. Los demás hermanos dicen: "*A mí no me interesa, no me interesa ese negocio, yo ya tengo otros proyectos de vida y necesito el dinero de la venta de los activos para poder llevar adelante mis propios proyectos personales*".

Entonces, el hermano o el familiar que se ha quedado a cargo de la empresa, y que también es sucesor quiere que el negocio perdure, no porque sus hermanos no les interese el negocio y tengan sus vidas hechas, no por ello tiene que sacrificarse y empezar de cero, ya que si se trasfiere todo y se divide entre todos no quedaría nada de la propia empresa y la empresa podría desaparecer.

No todas las empresas son iguales, como ejemplo se tiene una pollería, siendo que al comienzo de año el fundador contrataba una empresa que vende pollos a un precio estándar para surtir su negocio durante todo el año, así suba o baje el precio del pollo en el mercado, él tiene ya un precio previamente establecido, porque para eso existen los acuerdos comerciales. Entonces los hijos que no conocen el negocio, dado a que los sucesores no se involucraron en el tema, por otro lado, otro gran problema sería que el fundador prepare a uno de sus hijos para que se haga cargo de la empresa cuando ya no esté, y los hermanos quieren su parte de la herencia, en ese caso se volvería al tema del tercio de libre disponibilidad de la empresa, el fundador puede disponer de un tercio, pero los dos tercios que quedan, se tendrían que repartir entre todos los sucesores. En estos casos ¿La empresa podría continuar o el negocio podría continuar? Si no existe la voluntad de alguno de los sucesores se tendrían problemas para continuar.

En el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada la famosa EIRL, ya que el patrimonio de la EIRL es diferente del patrimonio de propietario por lo tanto las personas en el caso de la empresa unipersonal es el propio titular con su ruc personal en el caso de la EIRL, es una empresa. La figura del EIRL es una persona jurídica diferente al propietario el cual ha entregado bienes en un inicio para poder formar a la empresa individual. Es también claro que, esta empresa individual es diferente tanto en su personería como en su patrimonio a su titular. Entonces ahí también sucede, pero para el momento de la sucesión sucede lo mismo que en la empresa unipersonal.

¿Cómo se dividen los bienes y los activos de la empresa? Entre todos los herederos este fenómeno jurídico de la EIRL, la norma que le otorga personería jurídica a este tipo empresarial que tiene 46 años de existencia, es una norma dada en la época del gobierno militar. Pero encontramos otro gran problema: ¿Qué pasa cuando el fundador de una sociedad comercial, esto es la SRL ya no está en el caso de las sociedades? ¿Como se dividen las participaciones o las acciones de una empresa? Y en caso sea un número que no se pueda dividir, por ejemplo, mil participaciones entre tres personas (sucesores) serían trescientas acciones para cada uno y la acción sobrante ¿A quién se le entrega? Y es claro que, tendrían que hacer una

división y partición para establecer cuál o de qué número a qué número de acciones o participaciones corresponde cada uno.

Porque las acciones, no todas son iguales en una empresa, hay acciones nominativas, hay acciones con derecho a voto y acciones simplemente de capital, es decir, las acciones que no permiten tener una disposición de las decisiones sobre la empresa, pero que te paga más dividendos, ¿por qué? Porque solamente son acciones de inversión. Yo coloco dinero en la empresa, yo soy propietario de una cantidad de acciones que me da un crédito mayor que al resto de los socios, sin embargo, el resto de los socios también deciden, entonces esto es todas estas figuras se pueden dar en la sociedad comercial. ¿Qué pasa si una persona fallece y deja v.g. cuatro herederos y tiene solo una acción en una empresa una acción que vale miles nominativamente? ¿Quiénes tendrían que ir a las sesiones de junta de Socios? ¿Los 4 sucesores? ¿uno que los represente? Todo esto genera también la posibilidad de desarrollo en una sesión de junta de socios. Ahora si uno de los herederos dice "*yo no quiero ser parte de esa empresa y quiero vender mi parte de la acción*" ¿Cómo se fracciona la acción? Es complicadísimo vender esa acción, se tiene que hacer muchas negociaciones y en caso extremo de una acción si fueran diez o veinte acciones sería mucho más complicado establecer cuál es el valor de cada acción porque una cosa es el valor nominal y otra cosa es el valor comercial de la misma

Ustedes han podido y pueden ver las constituciones de empresas con 1000, 2000, 5000, soles, etc de capital social y que se constituyen con bienes sean estos muebles o inmuebles de propiedad de la sociedad conyugal, como una computadora, un televisor, equipos otorgados por los esposos y ya son parte del capital social. ¿Cómo se trasfiere eso? hay que venderlo y el dinero transferirlo a cada uno.

## **5.2. El protocolo familiar y los bienes de la empresa**

¿Qué pasa cuando la persona fallece? Para poder solucionar ese gran problema es que se crea el Protocolo Familiar.

El protocolo familiar es un documento que regula los pactos de la familia propietaria de una empresa en la gestión, el gobierno, la forma de relación de la familia con la empresa, la organización del patrimonio y lo más importante, el cómo se va a garantizar la continuidad de la empresa o realizarse la sucesión una vez que la persona que la dirige ya no está.

En el Perú está prohibido el pacto sucesorio, significa que está prohibido aceptar o rechazar una herencia futura ya que nadie tiene certeza del futuro, por lo tanto el protocolo familiar lo que busca es garantizar la conti-

nidad de la empresa, en un pacto parasocietario, es un documento como dicen los autores "un traje hecho a la medida", debido a que está, valga la redundancia, a la medida de cada empresa, porque cada empresa tiene su forma de trabajo no es lo mismo una empresa pesquera que una empresa que se dedica a la confección de ropa o una empresa que se dedica a brindar servicios profesionales, cada una tiene sus propias características y dentro de cada rubro cada empresa tiene su propias diferencias.

Se está ante una figura muy interesante, que pasa cuando la persona fundó una empresa o cuando ya vienen los cambios, y justamente también el problema de los celos y los rencores, por ejemplo, en la primera generación la del fundador y la segunda generación la de los hijos. Normalmente en las culturas como la peruana siempre existe el "respeto" al hijo mayor, es decir el primogénito, pero el problema viene generalmente con la tercera generación, que es la de los primos o sobrinos.

Muchas empresas familiares terminan justamente con el fundador, debido a que no se planeó la sucesión, la estadística a nivel mundial es que un 90% de empresas constituidas con capital familiar termina con el fundador, el 10% que continúa con los hijos y solamente el 10% de ese 10% restante continúa en la tercera generación. Hay empresas que han continuado, que no despilfarraron o destruyeron el patrimonio familiar, sino van dispuestos de los bienes de la empresa de la herencia que les correspondía y hay muchas empresas que tienen justamente ese protocolo familiar que les permite de alguna u otra forma poder mantenerse en el tiempo.

Pero pasa en el Perú que, si alguno de los herederos no quiere continuar con la empresa, tiene dos opciones, o divide en todos por igual los bienes dejados o vende su parte a sus co herederos, una situación bastante complicada.

¿Por qué uno busca una empresa determinada en determinado rubro? Por la confianza, respeto y sobre todo tienen algo, que es muy importante la fidelización, es decir la afinidad, continuidad y el sentimiento de alguien hacia algo, el reconocimiento, por eso es que justamente cuando se habla de las empresas familiares.

El problema muchas veces no va por la gestión, sino ¿Qué va a pasar después de que él fundador no esté? ¿Quién va a dirigir la empresa?, entre otras preguntas. Aquí se está en una situación en la generación del padre (o madre) a hijos se da muchas veces, circunstancias como la que se está planteando de respeto, tal vez al hijo mayor o al hijo mayor que estuvo más dedicado a la empresa y que los hermanos lo reconocen, entonces el hermano que estuvo mantiene la empresa y no se reparte.

Pero cuando llegan los sobrinos o los primos y se complica bastante la situación, ya que se suscita el problema de quien toma las riendas, el nieto mayor o el sobrino mayor, que puede no interesarse en la empresa, ya que se siente ajeno a la empresa. O quizás el ultimo nieto que estudia administración de empresas a lo mejor tiene un posgrado pero que en la práctica nunca dirigió ninguna empresa puede tener todos los conocimientos pero nunca dirigió una empresa real, sin embargo al ser el más preparado del grupo, tal vez aquel que terminó sufriendo de educación secundaria, con las justas terminó la universidad o está estudiando en la universidad, pero que está ahí desde la hora de la apertura del negocio hasta la hora que se cierra, conoce los proveedores y conoce a los clientes, que conoce el personal que trabaja quién de ellos podría mantener esta empresa.

Es importante porque cuando se menciona de la herencia justamente esto también es herencia. Ese conocimiento del negocio permite que la herencia se mantenga en el tiempo. La empresa más antigua del mundo familiar Kongo Gumi (creada en el año 574 d.c.) ha desaparecido hace apenas unos años, esa es una empresa fabricante o que fabricaba o que arreglaba templos budistas en Japón y que se ha convertido en parte de una corporación en la actualidad, tenía prácticamente mil quinientos años hasta que en enero del 2006 entro en liquidación .

En el Perú se tiene ejemplos de empresas como los Grupos Romero, Grupo Brescia o también Ferreyros, ellos tienen un protocolo familiar para continuar la empresa, no tocar el capital de la empresa, no tocar los bienes de la empresa para que así pueda continuar. Entonces se vuelve al inicio: ¿Qué sucede cuando el fundador de una empresa fallece? ¿Qué se puede hacer? Y se vuelve al pacto sucesorio, es decir, establecer que esta empresa no se transfiera los bienes en vida, en donde los efectos jurídicos recién se van a poder materializar cuando la persona fallece, en España en Cataluña sí está permitido ello, en Perú no, ya que todo pacto sucesorio no está permitido.

Haciendo una recopilación de todo lo que se ha visto, se podría decir que, las empresas familiares son el sustento, no solamente de la propia familia, sino también de los trabajadores que vienen, como ejemplo de eso hay personas que trabajaron durante muchos años en una empresa familiar son parte de la familia, conocen el negocio pero que lamentablemente cuando el fundador ya no está, los hijos deciden que la empresa no continúe y empiezan a repartirse los bienes.

Ello, en lo personal, consideramos que debe haber un cambio legislativo, ya que, justamente en la permanencia está el desarrollo, las grandes empresas del mundo y las grandes empresas peruanas tienen una permanencia,

y para eso justamente existen las propuestas legislativas, para establecer de que si una persona tiene una empresa esos bienes que pertenecen a la empresa no puedan ser tocados como parte de la herencia, para mantener la continuidad otros bienes adquiridos y podrían ser divididos.

Sin embargo, la legislación no permite estos pactos sucesorios, no permite que se pueda renunciar o se puede aceptar una herencia futura, porque en realidad uno no sabe qué pasa si mañana el fundador decide venderlo todo, como ha pasado en uno de los análisis que una de las entrevistas que tuve para el para la tesis que estoy elaborando acerca de empresas familiares, le preguntaba a uno de los dueños de una bodega que había crecido con los años, empezaron estas personas, los esposos, vendiendo productos con una carretilla, vendiendo artículos ambulatoriamente y después tuvieron la posibilidad de poner en su casa ya teniendo más cosas, creciendo y se convirtió en un negocio familiar, lamentablemente la señora falleció y el esposo vendió todo a un tercero y cuando se le pregunto la razón ya que su negocio era prospero respondió: *“Ya no tengo fuerzas de mi compañera aquí con el que trabajaba juntos, y mis hijos no quieren entonces lo mejor es disponer de los bienes y que sea otra persona la que continúe con lo que empecé”*. Luego de eso el mini-market empezó a perderse por más que los nuevos dueños intentaban y hacían muchas cosas para mantener esa empresa pues ese negocio no lo pudieron sostener.

## 6. Conclusión

Lo que se ha visto es necesario para las empresas familiares, donde se hace necesario que estén reconocidas de alguna forma en la legislación lo cual no lo están haciendo, si no que se han dado esas tres figuras que se ven: la EIRL, la empresa unipersonal y la sociedad comercial, no existe otra forma en la cual existan las empresas familiares. Se trató de darle una forma creando la sociedad anónima cerrada, pero eso venía del modelo español, el tema tiene más de setenta años, esto fue creado en los años cincuenta del siglo pasado, puesto que lo que se intentaba era dar el cariz de la empresa familiar.

¿Por qué? Porque solamente va a tener veinte socios y si ustedes ven esos veinte dentro de esos veinte socios al igual que la SRL, por lo general está el papá o mamá, y un hijo o los hijos o los cónyuges de estos, en el mejor los casos un primo, pero siempre dentro en un entorno familiar no se sale ese entorno familiar. ¿Cuándo termina esa empresa? ¿cuándo termina la persona qué hacer? No, porque la herencia se malgasta puesto que la herencia que no se ha trabajado se malgasta. Pero si uno ha trabajado también como dice a “lomo partido” con su padre, con su madre y con sus hermanos. ¿Le

encuentra otro sentido a la empresa? En las obligaciones no se debe olvidar que las obligaciones nacidas justamente de este negocio se pagan con los bienes del causante no se pagan los profesores no pagan con su propio peculio deudas que han dejado sus padres.

## **7. Respuestas a las preguntas del público**

### **7.1. ¿El Código Civil debería modificarse para aplicar el protocolo familiar o alguna otra norma?**

Lo que yo considero que se debería de modificar y permitir el pacto sucesorio pero de esta manera, en un principio, es el tema derecho de sucesión tiene que modificar para poder establecer en el caso específico de empresas familiares el pacto sucesorio, también el libro de registros públicos toda vez de que los registros públicos no existe un área que corresponde justamente a empresas familiares. Existe las empresas o las del área de personas jurídica donde están las personas y las sociedades, pero en ningún lugar está lo que se podría denominar empresa familiar.

### **7.2. ¿Qué clase de acción podrían tomar los herederos forzosos contra los terceros beneficiados por la donación del único bien constituyente de una herencia?**

Esta pregunta tiene 2 aristas, primero estos herederos tendrían que hacer una acción pauliana, es decir, una acción revocatoria, ya que solo se habla de este es un acto jurídico, la donación y tal como el Art. 2001 del C.C. establece que para la nulidad del acto jurídico no puede ser mayor a diez años, caso contrario prescribe, en cuanto al tema si tienen que esperar que la persona fallezca, no es necesario ya que desde el momento que se realiza el acto jurídico empieza a correr el plazo para su revisión de 10 años desde el momento de su inscripción.

### **7.3. ¿Es posible que de 6 hermanos herederos, dos cuenten con una mayor herencia debido al cuidado brindado a sus progenitores?**

En este tema no tiene mucho que ver el cuidado de los padres, que los cuide más o menos, aquí no tiene que ver este tema personal, lo que si tiene que ver es si los padres les dieron a estos hermanos dentro del tercio de libre disposición, les dieron más. Serian ellos mayoritarios en un sentido por ejemplo si a ellos se les otorgo el 33% de ese tercio de libre disposición, les dio 16.6% a cada uno, eso ya está dentro del tercio, las otras 2/3 partes se dividen igual entre los 6.

Los otros hermanos lo único que podrían reclamar es pedir la nulidad de esa transferencia a título gratuito, pero no le veo que pueda prosperar esa demanda porque tendrían que demostrar otros hechos, cuál sería de que hubo un abuso por parte de los herederos que adquirieron ese tercio contra los padres.

Quiero agradecer a Amachaq la oportunidad que se me brinda para exponer un tema que me apasiona y que es parte del desarrollo de nuestra sociedad.