

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TUTELA JURISDICCIONAL
EFECTIVA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS CASOS DE
RÉGIMEN DE VISITAS: A PROPÓSITO DE ESTAR AL DÍA EN EL PAGO DE
LAS PENSIONES ALIMENTICIAS**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTOR

ADOLFO SALOMON TUESTA MONTALVAN

ASESORA

ABG. BETTY SULMI ANAYA DE PAUTA

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

A Dios, por haberme dado el don de la vida, paciencia, inteligencia, sabiduría y fuerza necesaria para luchar por mis metas y regalarme todos los días la oportunidad de ser mejor.

A mi madre querida que me dio la vida y es fuente de inspiración para alcanzar mi metas. Gracias por tu esfuerzo e incondicionalidad, sin tu apoyo no hubiese sido posible lograr mi mayor aspiración en la vida.

A mi padre, que con su gran amor y paciencia me inculco buenos valores y me guio por el camino del bien. Tú eres mi mayor ejemplo a seguir.

A mis hermanas, por estar siempre a mi lado cuidándome y apoyándome incondicionalmente, por sus ocurrencias y por todo lo que han hecho por mí, mi vida no sería la misma sin ustedes.

Adolfo Salomón Tuesta Montalván

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por darme la vida y la oportunidad de poder seguir adelante con mis proyectos

A mis padres por su amor, paciencia y apoyo incondicional que me ha permitido poder terminar exitosamente esta etapa de mi vida.

A mi asesora, Dra. Betty Sulmi Anaya de Pauta por compartir su tiempo, dedicación y sabiduría conmigo.

A los demás docentes de la facultad de derecho 'USAT' por su colaboración y apoyo en la elaboración de este proyecto, y por todos los conocimientos otorgados a lo largo de la carrera universitaria.

Adolfo Salomón Tuesta Montalvan

RESUMEN

Del estudio de la figura se puede inferir que el principio de tutela jurisdiccional efectiva garantiza que el Estado a través de sus órganos de justicia apliquen de manera adecuada las técnicas y herramientas necesarias para asegurar que toda persona que desea entablar una demanda, se encuentre segura de que se va a realizar todo como es debido, ajustándose al debido proceso y al libre derecho de acceder a los tribunales de justicia. Pero sucede que, dicha libertad debe estar acompañada del cumplimiento obligatorio de ciertos requisitos sin los cuales las demandas están sujetas a la inadmisibilidad. Esto sucede con los casos de las demandas de régimen de visitas, en las cuales, existe una disposición legal que obliga a el demandante a cumplir con acreditar de manera fehaciente que éste se encuentra al día en el pago de sus obligaciones como padre, caso contrario, como ya se mencionó anteriormente, la inobservancia de dicha obligación terminaría con la inadmisibilidad de su demanda. Pero no solamente el principio de tutela jurisdiccional efectiva en el caso del demandante se ve afectado, sino también el de interés superior del niño en cuanto que el más interesado en poder entablar una relación de comunicación y de afectividad es el menor, al cual es obligación del Estado brindarle todas las garantías necesarias para su desarrollo óptimo.

Palabras Claves: Tutela Jurisdiccional efectiva, Principio al Interés superior del niño, derecho a la pensión de alimentos, Régimen de visitas.

ABSTRACT

From the study of the figure it can be inferred that the principle of effective jurisdictional protection guarantees that the State, through its judicial bodies, adequately apply the necessary techniques and tools to ensure that any person who wishes to file a lawsuit is safe. that everything will be done as it should be, adjusting to due process and the free right to access the courts of justice. But it happens that, this freedom must be accompanied by the obligatory fulfillment of certain requirements without which the claims are subject to inadmissibility. This happens with the cases of the visitation lawsuits, in which there is a legal provision that obliges the plaintiff to comply with credibly confirming that the latter is up to date in the payment of his obligations as a parent, otherwise , as already mentioned above, failure to comply with this obligation would end inadmissibility of your claim. But not only the principle of effective judicial protection in the case of the plaintiff is affected, but also the best interest of the child in that the most interested in establishing a relationship of communication and affectivity is the minor, which is an obligation of the State to provide all the necessary guarantees for its optimal development.

Keywords: Effective Jurisdictional Guardianship, Principle to the best interests of the child, right to alimony, Visiting regime.

INDICE

PORTADA.....	1
DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	11
1.1. EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	12
1.1.1. Tratamiento normativo y jurisprudencial del principio de tutela jurisdiccional efectiva en el Estado peruano.....	16
1.1.2. Alcances del derecho del principio de tutela jurisdiccional efectiva.....	20
1.2. La administración de justicia frente a la postura de la ciudadanía.....	22
1.2.1. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	22
1.2.2. El derecho de acceso a los tribunales de justicia.....	24
1.2.3. La acción y el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva.....	26
1.3. La tutela jurisdiccional efectiva como un principio y como un derecho.....	28
1.3.1. El derecho de acceso a la justicia presupone la existencia de jueces predeterminados.....	30
1.3.2. El cumplimiento de requisitos procesales para acceder a la justicia.....	32
1.3.3. Supuestos que califican como un obstáculo al acceso a la justicia.....	34
CAPITULO 2: REGIMEN DE VISITAS: PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO...38	
2.1. REGIMEN DE VISITAS.....	39
2.1.1. Cuestiones Generales.....	39
2.1.2. Finalidad del régimen de visitas.....	41
2.1.3. Sustento factico del derecho de visitas.....	44
2.1.4. Régimen de visitas y pago de pensión alimentaria.....	45
2.2. PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.....	49
2.2.1. Cuestiones generales.....	50
2.2.2. Características del principio de interés superior del niño.....	53
2.2.3. Funciones del principio de interés superior del niño.....	56
2.2.4. El principio de interés superior del niño y el régimen de visitas.....	56

CAPÍTULO 3: LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS CASOS DE RÉGIMEN DE VISITAS: Á PROPOSITO DE ESTAR AL DÍA EN EL PAGO DE LA PENSIONES ALIMENTICIAS.....	59
3.1. Relación entre el Régimen de visitas (afectación de la tutela jurisdiccional efectiva) y el requisito de estar al día en el pago de la pensión alimenticia.....	60
3.2. Principio de interés superior del niño y el requisito de admisibilidad de estar al día en el pago de la pensión alimenticia.....	66
3.3 Es necesaria una modificación del artículo 88° del código de niños y adolescentes con la finalidad de garantizar la tutela jurisdiccional del demandante y el interés superior del niño en los casos de régimen de visitas.....	76
3.4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 88° DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.....	82
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFIA.....	92

INTRODUCCIÓN

El régimen de visitas se puede entender como una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral.

En ese mismo orden de ideas, se infiere que, más que un derecho, es una obligación, es decir, un derecho fundamental de los hijos de mantener contacto directo con los miembros de su familia para que de ésta manera tenga un buen desarrollo físico y psicológico, así como también el bienestar del afecto de sus padres, razón por la cual es primordial que no se encuentren privados de la comunicación con sus progenitores sin mediar razones determinantes en función del interés superior de aquel.

Por lo mismo que es un derecho fundamental, se encuentra amparado en diversa normatividad nacional, así también como internacional. Por ejemplo, citando a la Convención sobre los Derechos del Niño que en su preámbulo reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”. En nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalando que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

De la normativa antes mencionada, se puede entender que la comunicación mutua producto de la convivencia entre padres e hijos

constituye un elemento fundamental en la vida familiar, así como también una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, ya que el Estado es el principal garante de que la sociedad y la familia, y en este caso, el menor y sus padres no vean vulnerados sus derechos.

Pero no siempre sucede así en la realidad, ya que la persona que desea demandar por establecer un régimen de visitas, en orden a que su derecho de comunicarse y gozar de la presencia de sus hijos no se encuentre vulnerada, tiene que cumplir con acreditar de manera obligatoria que viene cumpliendo con sus obligaciones como padre responsable en relación a la manutención y pensiones del menor, o en todo caso demostrar la imposibilidad de cumplimiento, caso contrario, la inobservancia del cumplimiento de dicho requisito conllevaría a que la demanda postulada devenga en inadmisibile.

Pero no termina ahí, ya que compete a los jueces de los Juzgados llevar este tipo de procesos, y el problema surge cuando al momento de la valoración de la prueba ofrecida para acreditar estar al día en el pago de las pensiones alimenticias se hace una determinación de que no sucede así, más por el contrario, se tienen pendientes pagos anteriores que hay que cubrir, y eso ha salido a relucir en audiencia, vulnerándose de ésta manera el Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva, debido a que no se ha garantizado un adecuado procedimiento conforme a las normas procesales y materiales, ocasionando pérdida de tiempo por parte del demandante, carga procesal innecesaria para el despacho judicial y, el que es primordial para nuestra investigación, el menor que sigue aún sin poder mantener relación de comunicación y de afecto con su padre.

Por lo antes expuesto, con el presente trabajo proponemos establecer que la valoración del requisito de admisibilidad de la demanda de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias, vulnera el principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Principio del Interés Superior del Niño, en los casos sobre régimen de visitas. En tal sentido, la presente investigación

sustenta tal afirmación basándose en la protección al derecho familiar; derecho que no debe ser trasgredido por normas de carácter imperativo, ya que, el derecho a la familia y la protección de la misma, es considerada como un derecho fundamental.

Por ende, el objetivo primordial de esta investigación es: Establecer las razones por las que la valoración del requisito de admisibilidad de la demanda de estar al día en el pago de la pensión alimenticia vulnera el principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Principio del Interés Superior del Niño, en los casos de régimen de visitas.

Para ello, en el capítulo I denominado: El Principio de la Tutela Jurisdiccional Efectiva estará orientado a argumentar las cuestiones generales, elementos y funciones para comprender la importancia de esta figura; y ante su limitación la vulneración a tal principio en relación con los procesos de régimen de visitas; por otra parte el capítulo II titulado: Régimen de visitas: Interés superior del niño, estará orientado a precisar las cuestiones generales y determinados requisitos para la configuración de dicha figura; y de la misma manera analizar, sí es necesario que el juez asuma un determinado criterio para ciertos casos referidos a no estar al día en las pensiones alimenticias y declarar la admisibilidad de la demanda en dichos procesos; y por último en el capítulo III: la vulneración de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y el interés superior del niño en los casos de régimen de visitas: a propósito de estar al día en el pago de la pensiones alimenticias, en este último capítulo se analizara de qué manera se afecta el Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Principio del Interés Superior del Niño, en los casos de régimen de visitas.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

CAPITULO 1

EL PRINIPICIO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

1.1. El tratamiento del principio de tutela jurisdiccional efectiva

El principio de tutela jurisdiccional efectiva ha sido reconocido tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional, constituyéndose como uno de los más importantes y fundamentales principios guía de un debido proceso. Es en base a esta premisa que es necesaria desarrollar lo que la legislación peruana regula; y lo que la doctrina y la jurisprudencia desarrollan acerca de ese principio, específicamente en el proceso de régimen de visitas.

Se podría decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquél por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se da, le añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, llenándola de contenido¹.

Es por ello, que la tutela jurisdiccional efectiva como derecho y principio, tiene como función primordial la de tutelar todos aquellos intereses y derechos de los ciudadanos, ajustándose a una serie de formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico, para poder sujetarse a un abanico de garantías mínimas para los justiciables.

El derecho a la tutela jurisdiccional “es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas².”

Como se mencionaba, el deber de brindar garantías por parte del Estado a

¹ MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Primera edición, Palestra Editores, Lima. 2003. P. 37

² Ibidem. P. 37

los justiciables, es una muestra de la importancia que cumple este derecho-principio en la sociedad, ya que sin ella las arbitrariedades que se cometen por parte de los operadores de justicia serían un grave problema.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solamente es un derecho procesal y un derecho constitucional, sino que es esencialmente un derecho humano, un derecho fundamental. Hay quienes como Mauro Cappelletti y Bryant Garth sostienen que el acceso a la justicia es el más importante de los derechos humanos, cuando nos dice: claro está que el reconocimiento de la importancia del acceso efectivo a la justicia no tendría sentido si no se proporcionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente. De ahí que debe tenerse al acceso a la justicia como el principal –el más importante de los derechos humanos- en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar el derecho de todos. Sin embargo, el procedimiento no está suspendido en el vacío. Los juristas tienen que admitir que las normas procesales cumplen también una función social; que ellas, aunque permitan interpretación diversas, con mayor o menor amplitud, influyen en la aplicación del derecho sustantivo, beneficiando a alguien, y se proyectan, por tanto, socialmente, y eso mismo hace que los jueces no se limiten a sólo dirimir conflictos de intereses individuales³.

Claro está, la idea de que los operadores de justicia en respeto de la Tutela Jurisdiccional Efectiva se convierten en algo más que simples aplicadores de la norma para la solución de intereses, sino que se le otorga un margen de acción en el cual sus facultades y conocimientos son aplicados en razón a que se debe resolver teniendo como premisa principal lo más beneficioso para ambos intereses.

Jesús Gonzáles Pérez define el derecho a la tutela jurisdiccional como el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a

³ TICONA POSTIGO, Victor. *El debido proceso y la demanda civil*. 2da edición, tomo I, editorial RODHAS, Lima. 1999. P. 28.

través de un proceso con unas garantías mínimas⁴.

De Bernardis, define la tutela jurisdiccional efectiva como “la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre lo que se cimienta en el orden jurídico en su integridad”.

A lo antes mencionado, se tendría que hacer una breve aclaración, ya que para la protección de aquellos derechos de las personas no es siempre necesario que se encuentre taxativamente plasmada en los textos constitucionales, debido a que la verdadera protección de aquellos derechos viene a relucir recién cuando los actos y garantías procesales de dichos derechos son eficaces y hacen posible la realización de los ideales de justicia en salvaguarda de estos.

Nuestro Código Procesal Civil de 1993, con una depurada técnica legislativa, establece en el artículo I del Título Preliminar el derecho a la “tutela jurisdiccional efectiva”, al señalar:

“Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

⁴ Ibidem. P. 36

En cuanto a su naturaleza, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es de carácter público y subjetivo, por cuanto toda persona (sea natural o jurídica, nacional o extranjera, capaz o incapaz, de derecho público o privado; aún el concebido tiene capacidad de goce”, por el solo hecho de serlo, tiene la facultad de dirigirse al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales competente, y exigirle la tutela jurídica plena de sus intereses. Este derecho se manifiesta procesalmente de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción⁵.

El ciudadano, por el simple hecho de ser ciudadano de la República del Perú o encontrarse dentro de su territorio, tiene derecho a exigirle al Estado la protección y garantía de sus derechos, sin importar su calidad o estatus.

Actualmente se sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende:

- Acceso a la justicia: La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, ya sea como demandante o demandado, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo.
- El derecho a un proceso con todas las garantías mínimas: que sería, precisamente, el derecho al debido proceso.
- Sentencia de fondo: Los jueces deben dictar, por regla general, una sentencia sobre el fondo del asunto materia del petitorio para solucionar el conflicto intersubjetivo de intereses o eliminar la incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; empero, en el caso de no poder entrar al fondo, porque no concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, dictarán una resolución fundada en derecho.
- Doble instancia: Es la posibilidad que tienen las partes de impugnar la sentencia que consideren contraria a derecho, con el propósito de que sea exhaustivamente revisada por el superior jerárquico y, de ser el

⁵ MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Primera edición, Palestra Editores, Lima. 2003. P. 40

caso, se expida una nueva sentencia adecuada.

- Ejecución: Es el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento material efectivo de la sentencia definitiva, pues resulta insuficiente la declaración de que la pretensión es fundada o infundada (aun cuando se sustente en sólidos fundamentos doctrinarios). La efectividad de las sentencias exige, también, que éstas se cumplan (pese a la negativa del obligado) y que quien recurre sea repuesto en su derecho violado y compensado, si hubiera lugar a ello, por los daños y perjuicios irrogados; de lo contrario, las sentencias, y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, se convertirían en meras declaraciones de intenciones.

En resumen, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se puede describir de manera muy concisa en simplemente tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia, segundo, que una vez en ella, sea posible la defensa y un debido proceso, y tercero, cuando una vez dictada la sentencia, la efectividad de esos pronunciamientos sea eficaz y se pueda darle cumplimiento.

1.1.1. Tratamiento normativo y jurisprudencial del principio de tutela jurisdiccional efectiva en el Estado peruano.

Existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico una inmensurable cantidad de jurisprudencia y de sentencias que desarrollan cual es la función y la importancia de la Tutela Jurisdiccional Efectiva como garantía de los derechos de las personas.

El proceso es un instrumento de tutela del Derecho, de modo que si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables; existe entonces la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso.⁶

⁶ OBANDO BLANCO, Victor. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia*. 2da Edición, Palestra Editores, Lima. 2002. P. 61.

El normal desarrollo del proceso y por lo tanto la observación y cumplimiento de las formas en el derecho son vitales, ya que se podría sucumbir ante las arbitrariedades y el abuso por parte de intereses que lo única que persiguen es sacar provecho de la informalidad en la que se cae.

Explica el profesor Anibal Quiroga León, al abordar el concepto de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que, “la tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales para evitar que el legislador ordinario instituya leyes procesales de modo tan irrazonable que, debido a bruscos cambios de la coyuntura política, virtualmente impida a las partes la defensa de sus derechos y a los Jueces el cumplimiento de su función jurisdiccional.”⁷

Modernas Constituciones consagran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho constitucional, al que antes se conocía como derecho a la jurisdicción, y científicamente hablando como derecho, facultad, poder de acción.

El artículo 24 de la Constitución Política española de 1978 consagra y reconoce este derecho constitucional a todas las personas y no sólo a los españoles, en los siguientes términos: 1) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

⁷ Ibidem. P. 65.

La Constitución Política peruana de 1993, acordó con lo expuesto, consagrar la “tutela jurisdiccional” en el capítulo referente al Poder Judicial, en su artículo 139 inciso 3), al establecer:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni poder comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Por otro lado, nuestro código procesal civil, en el Título Preliminar, también reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso:

“Art. I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

Como vemos, nuestro código también reconoce explícitamente este derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, y dentro de éste, al derecho al debido proceso, derecho igualmente fundamental.

Dentro de lo que conocemos como Principio de tutela jurisdiccional efectiva, existen otros elementos que son los pilares de este principio, el cual es el derecho del libre acceso a la justicia y el del debido proceso, los cuales ya han sido mencionados en líneas anteriores, pero que son de mucha importancia para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

En nuestro medio el jurista Juan Monroy Gálvez define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto es sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, que se

manifiesta de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción. En su opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un organismo vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente.⁸

Se podría decir, que el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso consagrado en el principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva se resumen tanto en la facultad de las personas para accionar ante los determinados tribunales de justicia, así como también para contradecir todo argumento por el cual se le ha emplazado en un proceso judicial.

El derecho de acceso a la justicia puede definirse como el “Derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”⁹.

Es un Derecho Fundamental que encuentra su sustento en la forma de servirse de mecanismos que permitan hacer efectivos los demás derechos que de éste se desprenden, y que son susceptibles de ser atendidos en favor de los justiciables que así concurren a los tribunales de justicia.

Es así que, a nivel nacional, el derecho de acceso a la justicia comprende el acceso al sistema estatal de justicia, esto es, a la tutela judicial efectiva; a su vez, esto implica que los jueces prefieran la aplicación del *Principio favor Processum*¹⁰, que obliga que ante una duda razonable respecto a la procedencia de la demanda, el juez deberá preferir darle trámite a la misma.

⁸ OBANDO BLANCO, Victor. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia*. 2da Edición, Palestra Editores, Lima. 2002. P. 72.

⁹ AUDIENCIA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Barreras para el acceso a la justicia en América Latina*, 2008 [ubicado el 15.XI 2014]. Obtenido en http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/octubre/30/informe_acceso.pdf

¹⁰ Principio recogido de la legislación nacional procesal por el artículo III del Código Procesal Constitucional.

El derecho a la tutela jurisdiccional no solamente es un derecho procesal y un derecho constitucional, sino que es esencialmente un derecho humano, un derecho fundamental¹¹.

Es un derecho fundamental porque básicamente está ligado a lo que el ser humano comprende como justicia, sin la cual la convivencia pacífica entre miembros de una comunidad o sociedad estaría sujeta a lo que se conoce como autotutela.

1.1.2. Alcances del derecho del principio de tutela jurisdiccional efectiva.

Monroy Gálvez y Bidart Campos hablan de tutela judicial antes del proceso y durante él. En el primer caso sostiene que aun cuando el ciudadano no tenga un conflicto concreto ni requiera en lo inmediato de un órgano jurisdiccional, el Estado debe proveer a la sociedad de los presupuestos materiales y jurídicos indispensables para que el proceso judicial opera y funcione en condiciones satisfactorias. Así, debe existir un órgano jurisdiccional autónomo, imparcial e independiente; preexistir al conflicto las reglas procesales adecuadas que encausen su solución; existir infraestructura (locales y equipos) adecuada y suficiente para una óptima prestación del servicio de justicia; existir el número necesario y suficiente de funcionarios que presten el servicio¹². En el segundo caso, esto es, durante el proceso la tutela judicial efectiva, debe verificarse en todos sus momentos, acceso, debido proceso, sentencia de fondo, doble grado y ejecución de sentencia. En buena cuenta se trata del derecho al proceso y el derecho en el proceso.

¹¹ TICONA POSTIGO, Victor. *El debido proceso y la demanda civil*. 2da edición, EDITORIAL RODHAS, Lima. 1999. P. 28.

¹² MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Primera edición, Palestra Editores, Lima. 2003. P. 44

Nuestro texto fundamental en lo relativo a la tutela procesal efectiva en el ámbito de la actividad jurisdiccional en sentido lato, establece dos categorías básicas: la tutela jurisdiccional y el debido proceso. Así, en el caso de la tutela jurisdiccional se adscriben a ella, el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución firme sobre la pretensión deducida y el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes. En lo pertinente al debido proceso aparecen el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a la instancia plural, el derecho a la cosa juzgada, el derecho al plazo razonable, la motivación escrito de las resoluciones, etc.¹³

De lo anteriormente expuesto, se puede desprender, en palabras de García Toma, que el debido proceso puede denominarse como tal al “conjunto de derechos, principios y garantías que permiten que la tutela procesal de los derechos fundamentales de la persona sea realmente efectiva durante el desarrollo de un proceso o procedimiento; vale decir, entre la etapa que transcurre desde la admisión a trámite de la demanda planteada por o contra un justiciable y la decisión jurisdiccional. Por ende, tiene por objetivo la salvaguarda de los referidos derechos durante la tramitación de un proceso o procedimiento; sea este de naturaleza judicial, administrativa, política o corporativo particular. Se trata de un derecho continente; es decir, alude a una pluralidad autónoma de facultades aplicables en los procesos y procedimientos de carácter jurisdiccional.¹⁴

1.2. La administración de justicia frente a la postura de la ciudadanía.

A continuación, vamos a tocar un punto crucial y de mucho interés, ya que como sabemos, la función que tiene y cumple la administración de justicia frente a la ciudadanía debe ser considerada de vital importancia por lo que representa el principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y en

¹³ GARCÍA TOMA, Victor. *Los derechos fundamentales en el Perú*. Primera edición, Jurista Editores, Lima. 2008. P. 607.

¹⁴ *Ibidem*. P. 632.

específico la función desarrollada por los operadores de justicia en nuestro país.

1.2.1. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como se ha mencionado líneas anteriores, el principio de tutela jurisdiccional efectiva no solamente es como ya se dijo, un principio, sino también un derecho, a través del cual se protege toda una gama de derechos con los cuales los justiciables van a poder hacer prevalecer sus derechos frente a las arbitrariedades que por lo general siempre se llevan a cabo dentro de las dependencias judiciales.

Como sabemos, los ciudadanos no pueden tutelarse a sí mismo, y nadie puede ejercer legítimamente coerción alguna sobre otros particulares, sino que el Estado asume en nombre el interés colectivo el monopolio en la Administración de justicia; por ello, parece razonable que los ciudadanos tengamos frente al Estado el derecho a ser realmente tutelados, a recibir de los órganos jurisdiccionales una protección efectiva de nuestros derechos e intereses. Si el Estado impidiese la autotutela sin comprometerse, a cambio, a dispensar la salvaguarda necesaria frente a las eventuales lesiones que los derechos e intereses de los ciudadanos pueden sufrir, el mantenimiento de la paz social y, a la postre, del propio monopolio estatal sobre la Administración de Justicia, sería imposible.¹⁵ Este monopolio del que se habla, instituido en nuestra sociedad a través de la división de poderes, específicamente referido al Poder Judicial, es el encargado de evitar que la autotutela de los derechos e intereses de las personas se convierta en la regla general de nuestra sociedad, y es allí a donde se evita llegar, implementando un efectivo mecanismo judicial garante de los derechos de los justiciables.

Al igual que sucede con otras constituciones, la Constitución Española establece los derechos fundamentales y las libertades públicas que se reconocen en nuestro Ordenamiento, y que vinculan tanto a los

¹⁵ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José & BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. 3ra Edición, editora Wolters Kluwer, Madrid. 2016. P. 147

particulares como, especialmente, a los poderes públicos. Estos derechos y libertades suponen el baluarte que protege al individuo frente a los posibles abusos cometidos por los órganos del Estado, ya provengan de la acción del Gobierno o de la Administración, ya se deben a la labor de legislador, e incluso a la de los órganos jurisdiccionales. Así, la Constitución impide que el Poder Legislativo apruebe normas que vulneren los derechos fundamentales o las libertades públicas; y si esto llegare a suceder, la norma en cuestión podría ser excluida del Ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional mediante una declaración de inconstitucionalidad. Además, los derechos y libertades fundamentales inspiran cualquier norma que se dicte y que pueda afectarles, y en ocasiones ellos mismos son objeto de regulación directa a través de una ley orgánica.¹⁶

Existe todo un mecanismo dedicado a la protección de los derechos fundamentales en las constituciones, ello se logra en base al cumplimiento de las formalidades allí prescritas y que por lo tanto le otorgan legitimidad a todo acto que emana de la autoridad competente, llámese en este caso operador de justicia o Juez.

De los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales, uno se refiere de forma específica al ámbito del Derecho procesal: el que en su apartado establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Por tanto, con carácter de derecho fundamental, se consagra el derecho subjetivo público que todo ciudadano tiene a que, si considera que ha sido lesionado en alguno de sus derechos o intereses legítimos, sea por un órgano público o por un sujeto particular, podrá acudir a los Tribunales ordinarios y obtener la tutela efectiva de tal derecho o interés vulnerado.¹⁷

¹⁶ ¹⁶ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José & BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. 3ra Edición, editora Wolters Kluwer, Madrid. 2016. P. 147

¹⁷ *Ibidem*. P. 148.

En resumen, se puede apreciar que el principio-derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva obliga al Estado y a sus órganos de administración de justicia a proteger y garantizar el cumplimiento de las formalidades, y al mismo tiempo a tutelar y garantizar en base a su discreción direccionada por el ordenamiento jurídico a proteger los derechos de los justiciables.

1.2.2. El derecho de acceso a los tribunales de justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva está integrado, en primer lugar, por el derecho de acceso a los tribunales, que puede definirse como el derecho que tiene cualquier persona de acudir a los órganos jurisdiccionales para pedir la tutela de un derecho o interés legítimo que entiende que le corresponde. Quizá se comprenda mejor el contenido de este derecho si se formula de manera negativa: el derecho de acceso prohíbe que se establezcan obstáculos que impidan a una persona presentar su reclamación ante un órgano de justicia. Por lo tanto, este derecho se satisface con una actividad mínima del tribunal al que se dirige la petición: basta con que la reciba, aunque después procesa su rechazo a límine (es decir, nada más presentarse, sin más actuaciones), siempre que esto se efectúe mediante una resolución fundada en Derecho (por ejemplo, puede inadmitirse la demanda, sin más trámite, cuando no se acompañe de una serie de documentos que se exigen necesariamente en algunos casos).¹⁸

Siendo así, se puede apreciar que la forma se encuentra ligada al cumplimiento de ciertos requisitos que son indispensables para garantizar la tutela de los intereses y la protección de los derechos fundamentales, pero ello no quiere decir que se encuentra siempre latente la imposición de obstáculos por parte de los legisladores y de los operadores de justicia, ya que ello caería en el mundo de la arbitrariedad.

¹⁸ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José & BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. 3ra Edición, editora Wolters Kluwer, Madrid. 2016. P. 148.

El fundamento del derecho de acceso es claro: si la Constitución y las leyes prohíben con carácter general la autotutela –que cada cual se tome la justicia por su mano–, debe permitirse que quien lo desee acuda a los Tribunales con el fin de defender ante ellos sus derechos e intereses. Precisamente por ello, “todas las personas”, físicas y jurídicas, españolas o extranjeras, son titulares potenciales de este derecho fundamental pues todas ellos son también titulares de derechos de naturaleza sustantiva susceptibles de protección jurisdiccional.¹⁹

Por su parte, quienes deben respetar este derecho de acceso son principalmente los órganos públicos: en primer lugar, el legislador, que no puede aprobar una ley que cierre el acceso a los Tribunales a alguna persona, ya sea al exigirles que cumplan con determinadas circunstancias de imposible realización para ellas (como condicionar la demanda al pago de una cantidad de dinero), ya sea al establecer que ciertas conductas o decisiones no sean impugnables ante los tribunales, con lo que el perjudicado no podría defender su interés en el asunto más que a través de la autotutela; y, en segundo lugar, los Tribunales, que deben interpretar las normas procesales que se refieran al acceso de los particulares a la jurisdiccional de la forma más favorable posible, permitiendo la subsanación siempre que tenga cabida y evitando que un excesivo formalismo pueda impedir la defensa de los derechos e intereses legítimos (el llamado principio *pro actione*). La vulneración del derecho de acceso puede alegarse, primero, ante los Tribunales ordinarios y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.²⁰

Ya podemos visualizar un poco que nos adentramos a lo que es el punto álgido de la presente investigación, y es la imposibilidad de acceder a los tribunales de justicia por la imposición de cargas o condiciones que

¹⁹ Ibidem. P. 148-149.

²⁰ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José & BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. 3ra Edición, editora Wolters Kluwer, Madrid. 2016. P. 149.

vulneran los derechos fundamentales del justiciable, en este caso, específicamente sobre el régimen de visitas.

1.2.3. La acción y el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva.

Hemos señalado que se tiene derecho al proceso si se cumple con unos presupuestos procesales, y que tal derecho se satisface con una sentencia que se pronuncie sobre la cuestión material controvertida. Ahora bien, la decisión judicial puede no coincidir con la realidad de lo sucedido, es decir, puede que no se dé la razón al solicitante, cuando la tenía; y puede que se le dé cuando carecía de ella. El problema de la posible injusticia de la sentencia nos hace plantearnos la existencia de un tercer derecho, que va más allá del derecho al proceso, y es el derecho a obtener una sentencia favorable, acorde con la pretensión ejercitada; y este derecho estará condicionado a que se cumpla una serie de presupuestos de naturaleza material (por ejemplo, que las partes hayan celebrado un contrato, y una de ellas haya cumplido su parte y la otra no, en cuyo caso la primera tendrá derecho –genuino derecho subjetivo- a que el Juez condene a la segunda a cumplir lo estipulado). Este tercer derecho de los justiciables es al que se denomina acción.²¹

Para poder entender de qué manera la acción se encuentra vinculada al hecho de que el justiciable tiene derecho a una sentencia favorable, podemos hacer mención a una de las vertientes que tiene la tutela jurisdiccional efectiva, y es el debido proceso, a través del cual se va a llevar a cabo las formalidades y las exigencias que por ley se dan para que conforme a derecho se emita un fallo que tenga de por sí un fundamento lógico y legal.

La acción puede así definirse como el derecho a obtener una tutela jurisdiccional concreta: no a obtener cualquier decisión judicial de fondo que decida la controversia, sino una resolución con un contenido específico, que coincida con lo pretendido. Y como la acción depende de la concurrencia de unos presupuestos materiales, previos e

²¹ Ibidem. P. 152

independientes a la existencia del proceso, la acción se tiene o no antes de que comiencen las actuaciones procesales.²²

En consonancia con lo anterior, se puede tener acción y no tener derecho al proceso, como ocurre así, teniendo razón en lo que se reclama (porque se debe lo pedido), el Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo porque no es el competente o porque existe un defecto procesal grave que impide la prosecución del juicio. Y, desde luego, se puede tener derecho al proceso y carecer de acción: como sucede cuando se tiene derecho a una sentencia de fondo, porque se cumplen todos los presupuestos procesales (el Juez es competente, las partes tienen capacidad, el cauce procedimental resulta adecuado, el proceso está bien constituido), pero no se tiene derecho a una sentencia favorable al faltar alguno de los presupuestos materiales exigidos (el demandado realmente no debe al actor aquello que reclama).²³

Aquella facultad que le hace al actor poder recurrir a los tribunales de justicia para reclamar su derecho se puede decir que es la acción. Con lo cual, relacionado a los hechos que dan origen a su pretensión y los requisitos materiales, van a dar origen de un fallo favorable para el justiciable.

El fundamento de la acción se encuentra, como decimos, en la necesidad de incorporar el concepto de justicia al campo de la actividad jurisdiccional. A pesar de que cualquier sentencia que se pronuncie sobre el fondo de un asunto puede satisfacer formalmente la exigencia de zanjar la discusión relativa a la cuestión controvertida, máxime cuando tal decisión se ve respaldada por la fuerza coactiva del Estado, no toda sentencia logra la verdadera paz social derivada de la actuación de los Tribunales: solo la que se ajusta a la realidad –la que resuelve en justicia– puede satisfacer materialmente esa finalidad propia del proceso. Incluso la sentencia injusta, producida por un error judicial, puede dar lugar a una

²² CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José & BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. 3ra Edición, editora Wolters Kluwer, Madrid. 2016. P. 152

²³ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José & BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. 3ra Edición, editora Wolters Kluwer, Madrid. 2016. P. 152-153.

indemnización. El titular de la acción es el demandante, el promotor del proceso. A él corresponde el derecho subjetivo público a exigir del Tribunal una sentencia con un contenido concreto. El demandado no tiene propiamente acción, ya que no reclama nada al Tribunal, sino que se limita a pedir que no se conceda al actor la tutela que solicita.²⁴

Entonces, siendo así, tenemos tanto acción y contradicción como pilares del derecho de acceso a la justicia, facultades sin las cuales tanto las pretensiones del accionante como los descargos del demandado van a ser tomados en cuenta bajo la lupa de los hechos originarios de la acción y el derecho material.

1.3. La tutela jurisdiccional efectiva como un principio y como un derecho.

La jurisdicción, no cabe duda, es la facultad que tiene el Estado para resolver los conflictos de intereses que se producen en la colectividad aplicando el derecho en su concepción general. Por esta razón se dice también que el Estado, ejerciendo la función jurisdiccional, presta un servicio al público. De ese servicio público deriva el derecho que tienen los integrantes de la sociedad a la tutela jurisdiccional efectiva. La tutela jurisdiccional efectiva se conceptúa también como un principio procesal. En efecto, se ha estructurado el proceso como una herramienta no sólo para el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado, sino también como un instrumento para conceder protección en su derecho a los justiciables. Por ello se dice que la tutela jurisdiccional se concibe como un principio, como una directiva, como una idea orientadora, pues, por un lado, servirá para estructurar las normas procesales en determinada dirección, y por otro lado, servirá para interpretar las normas procesales existentes.²⁵

²⁴ Ibidem. P. 153.

²⁵ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*. Primera edición, volumen III, editora jurídica Grijley, Lima. 2005. P. 7

En razón a ello, podemos apreciar que la tutela jurisdiccional efectiva tanto como derecho como principio, vincula a ambos –Estado y justiciable- en relación a que sirve de garantía para tutelar los derechos frente a la vulneración que puede haber sufrido, teniendo como herramienta para hacerlo a la administración de justicia.

La tutela jurisdiccional, conjuntamente con el debido proceso recoge este principio cuando dice que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. Es que la función jurisdiccional como servicio público que es, es a la vez un deber y un poder del Estado, de cuya función no puede excusarse, no puede negarse a conceder la tutela jurídica a la persona que la solicite, sustentado naturalmente en la titularidad del derecho reclamado.²⁶

A manera de conclusión, tanto el Estado que se encuentra obligado a tutelar los derechos de las personas como las personas a acudir a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus pretensiones se encuentran en estrecha relación, siendo así, se pudiera decir, que se tiene al propio ciudadano como vigilante de las acciones que pudieran tomar los órganos de justicia frente a la acción interpuesta, con la finalidad de evitar arbitrariedades por parte de estos, exigiéndole así un debido proceso, acorde a lo que se espera por parte de éste, otorgando fallos congruentes en relación a las pretensiones.

1.3.1. El derecho de acceso a la justicia presupone la existencia de jueces predeterminados.

El acceso a la justicia pidiendo tutela de algún derecho supone la unidad de los organismos jurisdiccionales, en la que la función judicial corresponde sólo al Poder Judicial, no pudiendo ejercer dicha función otros organismos. Eso significa que la facultad de resolver las controversias es encomendada sólo a los jueces que integran el poder judicial y de modo exclusivo. Nuestra constitución consigna como principio

²⁶ Ibidem. P. 8.

la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional por el poder judicial. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación (Art. 139°, inc 1, Const.). Por ello, resulta criticable que el congreso, al amparo de su función fiscalizadora, pero extralimitándose en sus atribuciones, determinadas comisiones conformadas para casos que perfectamente deben ser sometidos al conocimiento del Ministerio Público y del Poder Judicial, prácticamente actúan como jueces, haciendo incluso uso de mecanismos de conminación, dejando de lado su función principal de aprobar leyes. Lo mismo ocurre con el Tribunal Constitucional, que sin formar parte del Poder Judicial y contraviniendo un principio estatuido en la propia carta magna ha sido autorizado para conocer del as acciones de garantía, cuando esos asuntos perfectamente deben ser de conocimiento del Poder Judicial. Los organismos jurisdiccionales están claramente regulados por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los que encontramos claramente establecidos las atribuciones, las facultades, los deberes y los derechos de los jueces. La unidad y la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho y de la protección de los derechos de los justiciables. La existencia de organismos distintos del Poder Judicial que ejerzan función jurisdiccional resulta inconcebible en estados unitarios como el Perú.²⁷

No es suficiente hablar de la unidad y de la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial. Es necesario, además, que sus integrantes sean legítimamente nombrados; que sean independientes en el ejercicio de su función; que sean autónomos en la decisión que adopten, en cuya actividad deben ajustarse sólo a los hechos aportados al proceso y a la Constitución y a la Ley; que sean estables en el cargo que ejercen; que no sean objeto de manipulaciones en la conformación de los organismos judiciales y en la atribución de competencias, etc. En

²⁷ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*. Primera edición, volumen III, editora jurídica Grijley, Lima. 2005. P. 14-15.

el Perú, en estos últimos tiempos, se ha criticado de la provisionalidad de los jueces. Esta institución ha existido y funcionado todo el siglo pasado con toda normalidad. Lo que ha ocurrido es que en la década del 90, los que manejaban el Poder Judicial (no necesariamente por sus propios organismos administrativos, sino realmente por el Poder Ejecutivo), han hecho mal uso del instituto, llegándose al punto de no respetar las reglas legalmente establecidas para que un juez ocupara provisionalmente un cargo superior por vacancia o alguna otra razón. Se han dado casos en que no se respetaba la antigüedad del magistrado, su especialidad, su ubicación territorial para el ejercicio del cargo y demás reglas, que la ley claramente establece, todo ello para manejar los resultados de los procesos que interesaban a los gobernantes de la época, no en beneficio naturalmente de los justiciables, sino en interés de los que maniobraban el Poder Judicial. Todo eso naturalmente no sólo es recusable en un estado de derecho, sino que ha dado lugar a la permanente crítica de la provisionalidad.²⁸

Cosas como las mencionadas hacen que la autonomía e independencia de los jueces se vea cuestionada, y se tenga una imagen de los órganos de administración de justicia un tanto manchada, por el simple hecho de encontrarse sujetos a intervenciones ajenas y externas a lo que concierne el Poder Judicial, razón por la cual, la estabilidad, continuidad y solvencia del juez que realiza su trabajo como debe ser son importantes para garantizar una verdadera tutela de derechos, garantizando el cumplimiento de la norma y no los caprichos y arbitrariedades de terceros.

1.3.2. El cumplimiento de requisitos procesales para acceder a la justicia.

En efecto, el derecho al acceso a la justicia está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos que el ordenamiento procesal correspondiente determina. Son los denominados requisitos procesales.

²⁸ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*. Primera edición, volumen III, editora jurídica Grijley, Lima. 2005. P. 15-16.

Esto significa que la persona que hace uso de su derecho de pedir la tutela ante un órgano judicial de algún derecho o algún interés, tiene que cumplir, para ser atendido en su petición, con determinadas formalidades o condiciones. Sólo con el cumplimiento de estas exigencias el juez estará en aptitud de ejercer su función de juzgador o de hacer cumplir en su oportunidad lo que decida. El cumplimiento de estos requisitos en modo alguno debe calificarse como impedimento del derecho a acceder a la tutela jurisdiccional.

Jorge Carrión expone que, los requisitos procesales deben sujetarse a determinadas condiciones o calidades para que no sean calificadas como un obstáculo al acceso a la tutela judicial efectiva. Entre esas condiciones señalamos las siguientes:

- A) *No deben pecar de excesivo formalismo.* El Código Procesal Civil prevé que las formalidades previstas en dicho ordenamiento son imperativas y, sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.
- B) *Debe ser legítimo, en el sentido que debe estar finado por la norma legal autoritativa correspondiente.* Un requisito que no estuviera señalado por la ley no puede ser exigido por el Juez. Una actitud contrario importará claramente un atentado contra el derecho al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Por ejemplo, hay jueces que exigen, tratándose de sociedades conyugales, que cada uno de los cónyuges presenten la tasa judicial correspondiente cuando por ejemplo apelan de una sentencia u ofrecen medios probatorios. El ordenamiento ha determinado claramente que las sociedades conyugales, como patrimonios autónomos que son, si son parte en el proceso, deben presentar una sola tasa judicial por los conceptos en los casos que la ley exige su

presentación. Por tanto, los jueces no deben exigir un requisito que no tiene legitimidad.

C) *Las normas reguladores de los requisitos procesales deben interpretarse orientados por el favorecimiento de la admisión del acto procesal.* Este criterio es esencial que adopten nuestros jueces para propiciar el ejercicio regular por los justiciables del derecho de acceder a la tutela jurisdiccional que lo necesitan. Hay casos en que, siendo varios los demandantes o los demandados, cuando éstos conjuntamente impugnan alguna resolución presentando una sola tasa judicial, hay jueces que para su admisión exigen que cada uno presente la tasa judicial correspondiente; sin embargo, hay otros jueces, interpretando la norma procesal en forma favorable al justiciable, para no adoptar una posición que se califique como una actitud denegatoria del acceso a la justicia, conceden el recurso en favor de uno de los colitigantes. Este es un caso práctico en el que se interpreta la norma en forma favorable al acto procesal.

D) *No debe denegarse un acto procesal si se trata del incumplimiento de requisitos donde es posible sus subsanación.* En observancia de esta condición, en materia procesal civil, el Código Procesal Civil correspondiente señala que el Juez declarará inadmisibles las demandas cuando ésta no tenga los requisitos legales, cuando no se acompañen los anexos exigidos por la ley, cuando el petitorio sea incompleto o impreciso o cuando la vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, supuesto en los cuales el juez ordenará al demandando subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de 10 días y si éste no cumple con el mandato del juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

1.3.3. Supuestos que califican como un obstáculo al acceso a la justicia.

JORGE CARRIÓN nos señala a continuación algunos casos que son calificados como un obstáculo al derecho de acceder a la justicia y, consecuentemente, a la tutela jurisdiccional efectiva en su acepción más amplia:

A) *Relativo al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y de procedencia de los actos procesales.* En el orden procesal civil nacional, por ejemplo, el Código respectivo determina que la demanda debe cumplir con determinados requisitos de admisibilidad y procedencia, de modo que cuando la demanda no cumple con algún requisito de orden formal o procesal el Juez debe declarar la inadmisibilidad de la misma, concediendo al proponente la posibilidad de subsanar. Si la demanda, de otro lado, en términos genéricos, no cumple con algún requisito de fondo la misma debe declararse improcedente, sin la posibilidad de subsanar el requisito omitido. Por tanto, tratándose de la omisión de un requisito de admisibilidad existe la posibilidad de subsanar, lo que no ocurre cuando la omisión se refiere a la omisión de un requisito de fondo o sustantivo. La sanción que se aplica tratándose de esta última omisión es calificada como un obstáculo al acceso a la justicia.

Para complementar la explicación dada señalamos algunos ejemplos:

- a) Cuando la demanda no contenta la exposición de los hechos en que se funda el petitorio, expuestos enumeradamente, en forma precisa, con orden y claridad, el Juez la declara inadmisibile y le concede al actor un plazo para que subsane la omisión.
- b) Si el actor que propone la demanda careciera evidentemente de legitimidad para obrar activa (Art. 427°, inc. 1, CPC), esta carencia, conduce al Juez a declarar la improcedencia de la misma, sin la posibilidad de subsanación. La legitimación activa para proponer una pretensión procesal es esencial para generar un proceso válido. La legitimación para obrar activa constituye el título que invoca el actor como justificación para proponer una demanda a título personal, el

interés personal que invoca como motivación de su demanda. Los jueces están obligados a exigir el cumplimiento de este requisito para evitar procesos inútiles. Igualmente, los jueces tienen la obligación de exigir el cumplimiento de la legitimidad para obrar del demandado, de la legitimación pasiva, en el sentido de que la demanda debe ser dirigida contra quien realmente es el deudor u obligado, en su concepción genérica. Es posible, incluso, que los jueces al sentenciar la causa reexaminen la presencia de la legitimación para obrar tanto del demandante como del demandado, estando facultados, en su caso, para declarar la improcedencia de la demanda. (Art. 121°, última parte, CPC).

B) *Relativo al costo del servicio judicial.* De acuerdo a nuestra carta magna, constituye un principio de la función jurisdiccional la gratuidad de la administración de justicia. (Art. 139°, inc. 16, Const.). sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional ha establecido, entre otros, las denominadas tasas judiciales que los litigantes están obligados a pagar durante el desarrollo del proceso. El pago de esas tasas importa incuestionablemente un costo y, por tanto, un desembolso económico para el litigante. En materia civil, el código no prevé como un requisito de la demanda el pago de alguna tasa judicial y, no obstante, ese hecho no puede conducirnos a sostener válidamente que la justicia civil es realmente gratuita. Podría afirmarse –tal vez- que la admisión de la demanda es gratuita, pero la tutela jurisdiccional en su concepción completa no lo es. El ordenamiento procesal civil, en efecto, señala que el acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en el Código Procesal Civil y en disposiciones administrativas del Poder Judicial.

Al iniciar el estudio de la concepción de la tutela jurisdiccional efectiva dijimos que ésta no sólo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad

de las decisiones judiciales. La tutela jurisdiccional no comprende sólo la recepción del petitorio (de la pretensión procesal contenida en la demanda) por la autoridad judicial correspondiente y, al final, la expedición de la decisión judicial al dictar la sentencia respectiva, amparando o desamparando la demanda. La tutela judicial será efectiva, como hemos anotado, cuando se siga un debido proceso, lleno de garantías procesales, como el derecho al juez natural, como el derecho al ejercicio irrestricto de la defensa, como el derecho a la motivación correcta de las decisiones judiciales, como el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales, etc. La constitución prevé como un principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso (Art. 139°, inc. 3, Const.). La ley señala los procedimientos que se deben seguir.²⁹

²⁹ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*. Primera edición, volumen III, editora jurídica Grijley, Lima. 2005. P. 28.

CAPÍTULO

II

CAPITULO 2

REGIMEN DE VISITAS: PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

A continuación, pasaremos a exponer cuál es la relación que guardan tanto el derecho de régimen de visitas como el Principio del Interés Superior del Niño, ya que en el capítulo anterior hablamos sobre lo concerniente al Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y todo lo que engloba este precepto, con la finalidad de poder arribar a conceptos que son más precisos para que de ésta manera, al llegar al desarrollo del capítulo central de esta tesis, podamos hacerlo con las ideas claras que nos conllevarían a dar solución al problema planteado y precisar que la hipótesis realizada es acertada.

2.1. REGIMEN DE VISITAS.

Éste derecho del cual vamos a explicar sus cuestiones generales y a profundizar sobre sus funciones e importancia, tiene un especial trato en esta tesis, ya que es uno de los puntos principales a tocar, en razón a que mantiene un estrecho vínculo con principios como el Interés Superior del Niño y el derecho del menor a mantener un lazo de comunicabilidad y afecto con el progenitor con el cual no convive.

2.1.1. Cuestiones Generales

Sea el padre o la madre quien de manera individual goce del ejercicio de la Patria Potestad, el otro tiene el derecho de mantener las relaciones personales con el hijo (art. 422 CC) que le permitan participar, cautelar y vigilar su desarrollo integral.

El régimen de visitas es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, determinando el desarrollo emocional y físico así como la consolidación de la relación paterno-filial. Visitar implica jurídicamente estar, supervisar, compartirse, en fin, responsabilizarse plenamente por lo que es más conveniente

referimos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visitas.³⁰ Especial mención merece el incidir que se trata de un derecho familiar subjetivo, pues reconoce el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él, así como, recíprocamente, del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras no es una facultad exclusiva del progenitor sino es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral. Incluso el derecho de visitas se hace extensivo, cuando el interés del menor lo justifique, a todos los familiares que conforman el entorno del menor (hermanos, abuelos, tíos, primos, etc.) e incluso a no familiares.

Como tal, este derecho lo ejerce el padre que no goza de la tenencia de su hijo, de manera que se le faculta tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, recreación o de relación con el progenitor con quien vive.

La denominación utilizada, régimen de visitas, se condice con el objetivo de la institución que es el de estar en contacto y plena comunicación con el menor, de allí que sea más conveniente denominarlo derecho a mantener las relaciones personales. Como dice, debe superarse el inconveniente conceptual con una denominación más real como es el derecho a la adecuada comunicación.³¹

Los casos especiales, subsumidos dentro de este mal denominado derecho de visitas, son:

- La comunicación, que puede ser física o escrita, telefónica o epistolar.
- El padre debe velar por el desarrollo de su hijo, por lo que tiene la facultad de vigilar y enterarse de su educación, formación y desarrollo integral.
- El régimen de visitas no indica una exclusividad de permitir al padre entrar y estar en el domicilio del menor, sino que también faculta al

³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editoria jurídica GRIJLEY E.I.R.L., Lima. 2004. P. 261

³¹ MONGE TALAVERA, Luz; SIMÓN REGALADO, Patricia & otros. *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima. 2003. P. 133-134.

progenitor a externar al niño de dicho lugar, permitiendo una relación paterno-filial fluida y plena, espontánea e intensa, así como la correspondiente intimidad entre padres e hijos que no viven juntos.

La privación de las visitas sólo debe tener lugar por causas graves, tomándose en consideración que tanto como un derecho de los padres es un derecho del hijo al estar con ellos, lo cual debe protegerse y, sobre todo, promocionarse.

El anhelo de mantener relaciones personales con los hijos obedece a móviles humanos y respetables que ni siquiera el divorcio puede ser un obstáculo para que se la reconozca. El derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con quienes no convive y el derecho de visitar no sólo corresponde a los padres, sino también a los ascendientes, hermanos, medios hermanos, tíos, así como terceros no parientes como los padrinos. El Juez de Familia establecerá el régimen más conveniente considerando las circunstancias personales de los hijos, tales como edad, sexo, estado de salud, nivel de estudios, etc. Se entiende que cualquiera que sea el régimen establecido puede ser modificado.³²

Por otro lado, el régimen de visitas decreta por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o Adolescente así lo justifique.³³

Para el cumplimiento de este régimen de visitas se exige la demostración de una obligación esencial como son los alimentos o, en su defecto, acreditar su imposibilidad (innovación del artículo 88, del nuevo CNA), pues no puede pretenderse ejercer los derechos correlativos ni alegar un cariño cuya inexistencia se demuestra.

En nuestro medio falta robustecer esta institución, pues si bien el código de los Niños y Adolescentes indica que el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en

³² PERALTA ANDÍA, Javier. *Derecho de familia en el código civil*. Tercera edición, editorial IDEMSA, Lima. 2002. P. 489.

³³ *Ibidem*. P. 489.

caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia, es muy común que, decretado un régimen de visitas, muchas veces no es respetado por la parte que tiene la tenencia del menor, de manera tal que, como sucede en otras legislaciones, el no permitir el cumplimiento del régimen de visitas debería determinar un delito que podría denominarse no presentación del hijo.

2.1.2. Finalidad del régimen de visitas

Como consecuencia de la residencia en diferentes domicilios de padres e hijos, se debe establecer un régimen de visitas a los fines de proveer el contacto con el progenitor no conviviente. Se trata, al igual que la tenencia, de un derecho-deber que se traduce en la necesidad de “mantener adecuada comunicación entre padres e hijos.

“El objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que hay que dar preeminencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres”.³⁴

Entiéndase por no desnaturalización de la relación padre e hijo a las acciones que conllevan a hacer perdurar en el tiempo y en el espacio los vínculos naturales paterno-filiales, con la finalidad de evitar vulnerar los intereses de ambos, pero primordialmente, el normal desarrollo emocional y psicológico del menor en obediencia al interés superior del niño, por lo tanto resulta necesaria la valoración de la pretensión de otorgamiento de un régimen de visitas determinado teniendo en cuenta su importancia en la formación del menor.

³⁴ KIELMANOVICH, Jorge. *Procesos de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, P. 167.

El régimen de visitas es un derecho que no puede ser arbitrariamente impedido a su disfrute. El juez puede autorizar la visita, además del padre (o madre) que tiene la custodia del menor, de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad: hermanos, hermanastros, tíos, primos, abuelos, tíos abuelos y bisabuelos. También accederán parientes de 2° grado de afinidad, por ejemplo los cuñados. La norma también faculta gozar de este derecho a las personas no parientes, previa expresa autorización del Juez.³⁵

Claro está, que lo mencionado se supedita al hecho de que se reconozca un estrecho vínculo consanguíneo o afectivo, razón por la cual, se debe evaluar la posibilidad por parte del juez de tener en cuenta la comunicabilidad y la estabilidad emocional que estaría en juego de no otorgarse dicho régimen de visitas.

La realización de las visitas de los padres es un derecho que encuentra su raíz en la naturaleza y es irrenunciable. La relación padre (madre)- hijo (a) es independiente de la relación conyugal o convivencial, esta última, si bien puede entrar en crisis.

El derecho de visitas se concreta en el contacto entre ambos, padre (madre) e hijo(a). Sin embargo, hay que tomar en cuenta la estabilidad emocional del menor, que puede sufrir constante cambios (en alteración de las relaciones). Es frecuente la queja en el sentido de “estaba tranquilo el menor hasta que vio o vino su padre (madre)”. De modo que si la frecuencia de las visitas distorsiona el comportamiento del menor, aquellas deben espaciarse. Son, en definitiva, riesgos que deben mitigarse.³⁶

Es por ello que, como uno de las cuestiones a evaluar por parte del juez en los presentes casos es la conducta y la calidad de la persona que solicita el régimen de visitas

³⁵ FLORES JARECCA, Riquelme. *Los derechos humanos de los Niños y el Código de los Niños y Adolescentes*. Editorial San Marcos, primera edición, Lima. 2005. P. 93.

³⁶ *Ibidem*. P. 94.

Podemos encontrar lo concerniente a lo que es el régimen de visitas en el Nuevo código del Niño y del Adolescente, Ley 27337 promulgada el 07 de Agosto del 2000, en los artículos que van desde el 88 al 91.

Art. 88.- Las visitas: los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

Se hizo mención al artículo 88 del nuevo Código del Niño y del Adolescente en relación a que es en éste en el cual se dispone la parte central del presente trabajo de investigación, haciendo mención al requisito de “acreditar con prueba suficiente el cumplimiento de la obligación alimentaria”, observando desde un primer momento que existe un requisito de admisibilidad, lo cual es materia procedimental, que podría tener consecuencias sobre las cuestiones de fondo y en específico sobre el Interés superior del Niño y del Adolescente, que posteriormente procederemos a analizar.

2.1.3. Sustento factico del derecho de visitas

Como señalábamos líneas arriba, la regulación del proceso de régimen de visitas es muy necesaria, se basa específicamente en la pretensión, una que en sí misma es reconocida por nuestro ordenamiento: El derecho de comunicabilidad y mantener un vínculo paterno-filiar.

Es precisamente en función de éste vínculo que se necesita el otorgamiento de un régimen de visitas, para poder seguir cumpliendo con el fortalecimiento y mejora de la relación entre el menor y su progenitor(a), es decir, un buen ejercicio de la patria potestad, ya que el incumplimiento de la misma generaría una complicada cadena de secuelas emocionales que van en desmedro de los Intereses del menor.

Por lo que otorgar este derecho (de comunicabilidad y visita) se constituye en una necesidad que no puede negársele a un usuario que desea acceder a los tribunales de justicia en busca de una solución justa, que lo que busca, es, en base al Derecho de Acceso a la Justicia, encontrarle una solución a la situación que está atravesando por el bien del fortalecimiento del vínculo paterno-filial.

La regulación de tal procedimiento, entonces; encuentra su fundamento en que el derecho del ejercicio absoluto de la patria potestad a través del régimen de visitas obedece a políticas públicas más que cuestiones jurídicas o de intereses de instituciones tan sólidas como lo es el ejercicio irrestricto de la patria potestad. Motivo por el cual el régimen de visitas se encuentra sujeto a la interpretación de los jueces que por encima de cualquier interés del demandante se encuentra el Interés superior del Niño, y que parte de este interés es que el padre cumpla con sus obligaciones de brindarle todo lo necesario para su adecuado y completo desarrollo personal.

2.1.4. Régimen de visitas y pago de pensión alimentaria.

Los arts. 367 a 376 del Cód. Civil, bajo la denominación: “Derechos y obligaciones de los parientes” (Capítulo IV, Título VI, Sección II, Libro primero, Código Civil), se limitan a legislar exclusivamente sobre la prestación de alimentos. En este sentido, el vínculo jurídico determinante del parentesco establece una verdadera relación alimentaria, que se traduce en un vínculo obligacional de origen legal (art. 499, Código Civil), que exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado.

Esta relación de índole netamente asistencial, trasunta principios de solidaridad familiar ante las contingencias que puedan poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impidan circunstancial o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar esa subsistencia.³⁷

Como hemos podido observar, los artículos del párrafo anterior pertenecen al código civil de la República de Argentina, y hacen mención a lo que se considera la razón de ser de los alimentos en relación al vínculo de parentesco por el cual los sujetos se encuentran relacionados, tanto es así, que puede decirse que en principio, es una relación de necesidad por parte uno de los sujetos que se encuentra en la necesidad de, en pocas palabras, subsistir gracias a la solidaridad y reciprocidad familiar.

Es conveniente anticipar que, en punto a alimentos, existen tres ámbitos distintos que es menester considerar.

- a) Relación alimentaria entre parientes en general: A ésta nos referiremos a continuación. Se trata de un deber asistencial acotado a lo que el pariente mayor de edad requiere exclusivamente para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a su condición, y lo necesario para la asistencia en las enfermedades. Pero el pariente que pide de otro alimentos con este alcance, debe probar que carece de los medios para procurárselos por sí mismo, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo.
- b) Relaciones alimentarias entre los padres respecto a los hijos menores de edad: en este caso se trata de un deber asistencial mucho más amplio, ya que los padres deben a sus hijos menores una prestación que comprende todo lo necesario no sólo para su alimentación propiamente dicha –como es el caso de los parientes-, sino también los gastos de educación, habitación, esparcimientos, etc., de acuerdo a la condición y fortuna de aquellos.

Estas relaciones alimentarias, a toda vista, proviene de las obligaciones

³⁷³⁷ BOSSERT, Gustavo & ZANNONI, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. 6ta edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires. 2005. P. 45-46.

que son generadas producto de la patria potestad, con lo cual existen un conjunto de derechos a la vez, lo que otorga a los progenitores ciertas facultades no solamente sobre los hijos, sino también sobre los bienes, a manera de que deben ser protegidos y formados de manera integral, desde el momento en que son concebidos hasta que cumplan la mayoría de edad.

El actual art. 265 no distingue entre el padre y la madre cuando establece la obligación de alimentar, criar y educar a los hijos conforme a su condición y fortuna. Es decir, que la obligación alimentaria, pesa tanto sobre el padre como sobre la madre, lo cual armoniza con el actual art. 198 del Cod. Civil, introducido por ley 23.515, que establece una situación equivalente, respecto del marido y de la mujer, en cuanto a la obligación que recíprocamente tienen de asistirse y alimentarse. Y se complementa con el art. 271 que, para los casos de divorcio, separación de hecho, nulidad de matrimonio, establece que ambos padres tienen el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos.³⁸

Salvo la excepción mencionada en las últimas líneas del párrafo anterior, se deduce que la obligación de mantener el buen estado físico y mental de los hijos, corresponde no solamente al padre, como en la mayoría de los casos se piensa, sino también a la madre, en la misma forma y proporción que le corresponde al padre, de manera que aun cuando los progenitores se encuentran separados, existe un motivo por el cual ambos deben esforzarse en procurar el bienestar de los menores a los cuales tienen a cargo.

Lo que sucede es que la cuota alimentaria, fijada judicialmente, habrá de tener en cuenta, para establecer las asignaciones, además de la condición y fortuna de los miembros de la familia, las tareas y roles que

³⁸ BOSSERT, Gustavo & ZANNONI, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. 6ta edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires. 2005. P. 567.

respectivamente el padre y la madre desempeñan; así, se considerara que el padre quien realiza la principal tarea remunerada dentro del grupo familiar, para establecer adecuadamente el deber de contribución de la madre si es que no agota su tiempo y labor en las actividades domésticas. Independientemente de ellos, si los padres no conviven y el hijo vive con uno de ellos (habitualmente lo es con la madre), se tendrá en cuenta que ella contribuye atendiendo personalmente al menor en los diversos aspectos atinentes a su cuidado, higiene, mantenimiento de su ropa, etc., que si se realizaran por terceros, serían económicamente valiables.³⁹

Sin perjuicio de lo mencionado, no sólo se deben tener en cuenta la condición y la fortuna de los miembros de la familia o los roles que estos desempeñan, ya que como es debido, la cuota alimentaria es fijada teniendo en cuenta cuales son las necesidades con las cuales cuenta el menor, así también como los derechos que son inherentes a éste por el simple hecho de encontrarse en una categoría que le otorga especial cuidado por sobre todo interés ajeno o distinto de éste.

- c) La relación alimentaria entre los cónyuges: se trata, también, del deber asistencial recíproco en sentido amplio determinado por el nivel económico del que goza la familia, en base a los recursos de ambos esposos. Obvio resulta destacar, entonces, que no está limitado a lo necesario para la subsistencia o alimentación en sentido estricto. La asistencia entre cónyuges, amén de los contenidos no económicos que involucra (ayuda mutua, colaboración, apoyo afectivo), exige que ambos coparticipen de un nivel de vida acorde con las posibilidades económicas del matrimonio.

Un sector de la doctrina y diversos pronunciamientos sostienen que, como un medio de coercionar al progenitor para que cumpla con la pensión alimentaria, es posible suspenderlo en el ejercicio de su derecho de visita, cuando la guarda

³⁹ *Ibíd.* P. 567-568.

del menor la tiene el otro progenitor. No nos parece razonable esta solución, al menos en principio, ya que a través del llamado derecho de visita se mantiene la adecuada comunicación que el art. 264 del Cód. Civil pretende que exista entre el padre que no tiene la guarda y el hijo menor, lo que, si bien implica un beneficio espiritual para el padre, es de gran importancia para la mejor formación del hijo; de manera que la sanción que se pretende aplicar al padre, para que implique además un medio de coerción, se transforma en un daño para el hijo. Quedarán a salvo, excepcionalmente, los casos en que se demostrara un incumplimiento malicioso del deber alimentario por el progenitor, tendiente a perjudicar al hijo, caso éste en que cabría analizar hasta qué punto la visita pretendida lo beneficiaría realmente.⁴⁰

Es por ello que se realiza una previa evaluación por parte del juez de las condiciones y la calidad de la persona que solicita el régimen de visitas, ya que de nada sirve otorgarle un régimen de visitas a alguien que de forma maliciosa busca beneficiarse, ya que se estaría obteniendo como resultado una consecuencia desfavorable y contraria a lo que se busca por parte de las autoridades, la cual es velar por el adecuado desarrollo emocional del menor a cargo de una persona responsable como es el caso del padre que no ejerce una influencia negativa en el menor, siempre en salvaguarda del interés superior del niño.

Podemos apreciar que el presente párrafo nos da una pequeña introducción a la idea que la tesis pretende sustentar y defender, teniendo en cuenta que por cuestiones que son netamente formales y por una coalición de derechos se tenga que perjudicar al menor en su derecho de desarrollarse plenamente, manteniendo sus vínculos afectivos y de comunicabilidad con el padre con quien no convive, ya que no podemos anteponer el cumplimiento de la coerción realizada por el legislador como herramienta para obligar al progenitor a que cumpla con los alimentos, caso contrario se encontraría privado de poder visitar y mantener cualquier especie de vínculo paterno-filial.

⁴⁰ BOSSERT, Gustavo & ZANNONI, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. 6ta edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires. 2005. P. 570

2.2 PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Surge una interrogante, que a nuestro parecer resulta de suma importancia para el desarrollo del siguiente punto, la cual trata de indagar acerca de los puntos relevantes correspondientes a lo que internacionalmente se conoce como el principio rector y fundamento de la protección de los derechos de los menores en todo sistema jurídico, al cual se le denomina el “Interés Superior del Niño”, principio al cual vamos a desarrollar de ahora en adelante para tener una perspectiva distinta acerca del alcance de protección por parte del Estado y las demás instituciones de carácter público en relación al menor.

La Convención Sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 hace mención al Interés Superior del Niño, a lo cual Fermín Chunga comenta lo siguiente:

“Señala que todas las medidas respecto al niño, deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Pero, ¿qué entendemos por el “interés superior del niño”?; creemos que es el derecho a desarrollarse íntegramente dentro del seno de una familia, en un ambiente de felicidad, comprensión, amor y dentro de un Estado justo y sin discriminación y en paz. Corresponde a este Estado dispensar al niño la protección debida en situaciones especiales. En todo caso darle “bienestar”.⁴¹

Al hacer referencia en el párrafo anterior a que el niño tiene derecho a desarrollarse en el seno familiar, en un ambiente de felicidad y amor entre otras cosas, nos damos cuenta que la única manera en la que se puede garantizar un óptimo desarrollo no solamente físico sino también psicológico es que éste mantenga una estrecha relación de convivencia y comunicación con sus progenitores, siempre y cuando convenga a sus intereses, lo cual vamos a desarrollar a continuación.

2.2.1 Cuestiones generales.

⁴¹ CHUNGA LAMONJA, Fermín. *DERECHO DE MENORES*. 5ta Edición, editorial GRIJLEY, Lima. 2001. P. 208.

Una breve reseña histórica sobre lo que a lo largo de la historia se ha ido estableciéndose como los estandartes de lo que hoy se conoce como el derecho de los menores, dentro de lo cual podemos encontrar a la “Declaración de Ginebra”.

La primera declaración sistemática fue compuesta por la pedagoga suiza Englantine Jebb, y el 26 de Setiembre de 1924, la Asamblea de las Naciones la adoptó denominándola “Declaración de Ginebra”. Fue una respuesta de esperanza frente al holocausto que significó la Primera Guerra Mundial; esperanza que traducida en paz entre los hombres fue depositada precisamente en la Sociedad de las Naciones. Sin embargo, como se indica en documento difundido por UNICEF, cuando en 1939 estalló otra guerra mundial, ante la cual la sociedad se encontró impotente, sus declaraciones se convirtieron en simples “pedazos de papel”, sin valor alguno. La Declaración de Ginebra consta de 5 puntos. Ellos son los siguientes:

- I. El niño debe ser colocado en condiciones de desarrollarse de una manera normal, física y espiritualmente.
- II. El niño hambriento debe ser alimentado; el enfermo debe ser asistido; el retrasado debe ser estimulado; el extraviado debe ser conducido; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- III. El niño debe ser el primero en recibir socorros en las épocas de calamidad.
- IV. El niño debe ser dotado de medios con qué ganarse su vida y debe ser protegido contra toda explotación.⁴²
- V. El niño debe ser educado en el sentido de que sus mejores cualidades han de ser puestas al servicio de sus hermanos.

También podemos encontrar en otro instrumento de carácter internacional un debido interés por proteger al menor frente a los peligros de una sociedad mezquina. Estando así, la “Declaración de los Derechos del Niño”, aprobada

⁴² CHUNGA LAMONJA, Fermín; CHUNGA CHÁVEZ, Carmen & otros. *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*. Editora GRIJLEY, Lima. 2012. P. 423-424.

por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, cuyo preámbulo señala lo siguiente:

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

[...]

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle.

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e instan a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptada progresivamente en conformidad con los principios.⁴³

Se puede apreciar que indefectiblemente, el niño ha sido desde siempre un elemento de vital importancia para la sociedad humana, motivo por el cual la

⁴³ CHUNGA LAMONJA, Fermín; CHUNGA CHÁVEZ, Carmen & otros. *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*. Editora GRIJLEY, Lima. 2012. P. 429-430.

protección y el adecuado desarrollo de éste ha debido ser prioridad por parte de los distintos estados que pactaron el cumplimiento de todos aquellos principios y declaraciones de los cuales forman parte.

“Desde una aplicación común y psicológica, el vocabulario del Instituto Interamericano del Niño, define “interés” como “aquello que promueve la ejecución de acto”; sin embargo, ¿cuál es el interés superior? ¿Qué deben tener en consideración los Poderes del Estado, el Ministerio Público, Gobiernos Regionales, locales y todos los miembros de la comunidad? Consideramos “el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las características: amor, comprensión y felicidad”.⁴⁴

Se entiende que lo que se busca y para lo cual ha sido instituido este principio es proteger y garantizar un adecuado desarrollo del menor, proyectándose siempre a que éste consiga su felicidad.

2.2.2 Características del principio de interés superior del niño.

La noción del interés superior del niño reviste varias características:

1. Contrariamente a la mayoría de los artículos de la Convención, el art. 3 cf. 1 no constituye un derecho subjetivo como tal; sino que instituye un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a los niños de que su suerte será examinada conforme a ese principio de interpretación.
2. Esta disposición impone sin embargo una obligación a los Estados: la de tomar en cuenta el interés superior del Estado desde que una decisión oficial debe ser tomada.
3. Este artículo 3 cf.1 no puede ser estudiado separadamente. Pertenece a un todo (la Convención de los Derechos del Niño) y funda un nuevo

⁴⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de menores. 5ta edición. Editorial Grijley, Lima. 1997. P. 350.

estatuto: el niño sujeto de derecho. Esta dependencia confiere a este concepto una dimensión particular. En particular si se le enlaza al principio de no discriminación (art. 2 CDE) y a la obligación de tomar en cuenta la palabra del niño (art. 12 CDE).

4. El concepto del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación. La jurisprudencia va también, partiendo del estudio de casos, a aportar soluciones aplicables a otras situaciones o al conjunto de grupos de niños. Se debe confiar en quién debe decidir. Como en su tiempo, el concepto de criterio de discernimiento (código criminal revolucionario de 1791) había también sido precisado por su criterio y por la jurisprudencia.
5. El criterio del interés superior del niño relativo al tiempo y al espacio: al tiempo ya que él es dependiente de conocimientos científicos sobre la infancia y sobre la Preeminencia de una teoría dada en un momento determinado; relativo al espacio, ya que este criterio debería tomar en cuenta las normas válidas en un país dado o en una región dada.
6. La noción de largo plazo debería ser una noción que permitiera afirmar mejor que lo visado en la aplicación del interés superior del niño no es la situación hic y nunc, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro.
Por definición, el niño evoluciona; en consecuencia, su interés debería separar de la ley del “todo enseguida”, para privilegiar una visión de futuro. En el momento en el que se escuche al niño sobre sus aspiraciones en el marco del artículo 12 CDE, hay que estar atento a este aspecto de exploración.
7. La noción del criterio del niño es evolutiva, ya que efectivamente los avances del conocimiento continúan y que no han pasado más de 13 años después de la adopción de la Convención. La doctrina y la jurisprudencia deberían por lo tanto ayudar a desarrollar mucho esta noción.
8. El criterio del interés del niño es subjetivo en un doble nivel. “se trata en primero lugar de una subjetividad colectiva, la de una sociedad dada, en un momento dado de su historia, que tiene una imagen del interés del niño: educación del niño en tal o tal religión por ejemplo o la denegación

de todo “el exceso” de la práctica religiosa,...

Se podría tomar como ejemplo la asistencia educativa y los “modos” que ha podido conocer (que se trate del mismo tiempo de medidas que tomar o de la denegación de toda pena de prisión, caso “evidente” ayer pero que comienza hoy a ser contestada...en el nombre del interés del niño”).

9. Subjetividad personal. El interés del niño está también marcado por una subjetividad personal que manifiesta en un triple nivel.

- Subjetividad en primero lugar de los padres: ¿qué padre no pretende actuar en el interés del niño aunque parezca empujado por consideraciones sobre todo egoístas? (los jueces de divorcio lo saben muy bien).
- Subjetividad del niño igualmente: el problema surgió en particular cuando se tomó en cuenta el parecer o los deseos del niño, ya que si el interés del niño no se reduce a la concepción que tienen los padres, no corresponde tampoco necesariamente la imagen que el niño tiene de sí mismo.
- Subjetividad en fin del juez, o de la autoridad administrativa investida del poder de tomar decisión, ahora bien cada uno sabe aquí como esta subjetividad es fuerte (o en todo caso el riesgo de subjetividad), aunque la decisión pretenda asentarse sobre un análisis “científico de la situación.”

Estas características del interés del niño muestran a la vez la flexibilidad y la riqueza de criterios y de sus debilidades. No estando definido de manera precisa, siendo relativo al tiempo y al espacio y conteniendo una buena dosis de subjetividad, este concepto podría vaciar el sentido de los derechos del niño, hasta revelarse contraproducente, es decir privilegiar el interés del Estado o de la familia en detrimento del niño. Esto es cierto y las críticas han sido (y continúan siendo) numerosas contra la imprecisión del criterio y la ligereza del concepto.

Digamos, en su defensa, que presenta la ventaja de ser amplio y flexible y de poder adaptarse (relatividad al tiempo y al espacio) a las diferentes culturas, socioeconómicas, de sistemas jurídicos diferentes. Puede ser

admitido en todos los sitios y sirve a todos. Es “la criada” de la Convención.⁴⁵

Para ello, se debe establecer los puntos álgidos a tratar en relación a lo que se considerará como concepto de Interés Superior del Niño, ya que al no tener un concepto adecuado y claro de lo que se defiende, se puede abusar al invocar indebidamente dicho principio alegando que todo lo que tenga que ver en relación a los menores debe ser resuelto favoreciendo intereses ocultos y egoístas.

2.2.3. Funciones del principio de interés superior del niño

A continuación, así como existen características que son propias del presente principio del Interés Superior del Niño, también hay funciones que le son propias y que ayudan a determinar cuál es la importancia que tiene para la protección del menor en la sociedad.

El interés superior del niño internacional, es una noción que tiene dos funciones “clásicas”, el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución).

- Criterio de control: el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control.
- Criterio de solución: en el sentido en el que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los Niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es “en el interés del niño”. Es “la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica”.⁴⁶

⁴⁵ El interés superior de la niñez como principio fundamental en la convención sobre los derechos del niño y en el código de los niños y adolescentes. Autor: Santiago mamerto llancari illanes. <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10267/9004> . Ubicado el [24.IIX.2018]

⁴⁶ El interés superior de la niñez como principio fundamental en la convención sobre los derechos del niño y en el código de los niños y adolescentes. Autor: Santiago mamerto llancari illanes.

2.2.4 El principio de interés superior del niño y el régimen de visitas.

En este último punto, se va a tratar el vínculo legal que existe entre el proceso del régimen de visitas en relación al Interés Superior del Niño como principio rector de las decisiones a tomar por parte de los magistrados, ya que es menester el tener en consideración dicho principio para asegurar de ésta manera el futuro y el desarrollo adecuado del menor basándonos en lo que es mejor para éste.

Lo revisado permite evidenciar que el interés superior del niño, niña y adolescente, debe vincularse estrechamente con el derecho de visitas, desde una perspectiva de integración a la realidad de cada caso. No a través del señalamiento de fechas para que se efectúen las visitas, sino, a través de procesos de integración que procuren el bienestar del niño, niña y adolescente, con la finalidad de fortalecer el vínculo afectivo entre padre e hijo. No puede existir un cumplimiento de este principio, sin que exista la debida observancia de la voluntad del niño, en el caso de que sea mayor de 12 años; y, menos aún pretender generar lazos afectivos sin una regulación correcta del régimen de visitas. En consecuencia, para una correcta vinculación del régimen de visitas con el interés superior debe anteceder valoraciones técnicas que brinden un adecuado criterio sobre la manera de cómo el padre que no posee la tenencia acceda al niño, niña y adolescente, con el fin de evitar que se vulnere el derecho de visitas y demás derechos conexos.⁴⁷

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, se puede decir que no se puede negar el otorgamiento de un régimen de visitas basándonos en cumplimientos de condiciones establecidas y que fácilmente pueden ser vistas en otra vía que no es la del régimen de visitas, ya que de por medio se encuentra el derecho del

<http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10267/9004> . Ubicado el [24.III.2018]

⁴⁷ ANDINO SALINAS, Paúl Wladimir. Propuesta de medida para evitar la obstaculización del régimen de visitas del niño, niña y adolescente en el estado ecuatoriano., Tesis para optar por el grado de abogado, Quito, Universidad de las Américas, 2015. [Acceso en 14.06.2018]. En: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/2358/1/UDLA-EC-TAB-2015-24.pdf>

menor a gozar de la presencia de sus progenitores y a comunicarse con ellos para su adecuado desarrollo, pero teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor para determinar cuándo es conveniente efectivamente el otorgamiento de un régimen de visitas.

CAPÍTULO

III

CAPÍTULO 3

LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS CASOS DE RÉGIMEN DE VISITAS: Á PROPOSITO DE ESTAR AL DÍA EN EL PAGO DE LA PENSIONES ALIMENTICIAS”

En el presente capítulo, vamos a realizar un análisis de acuerdo a lo manifestado en los capítulos anteriores, tratando de dar respuesta a la problemática planteada para el presente trabajo de investigación. En ese sentido, se reafirma la posición al considerar que existe una vulneración al Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y del Interés Superior del Niño, en relación con el requisito de admisibilidad de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias; párrafo normativo del artículo N° 88⁴⁸ del código de Los Niños y Adolescentes. En ese mismo orden de ideas, se considera que lo descrito por el numeral anterior, no debería ser un requisito esencial (estar al día con el alimentista), para declarar la admisibilidad de un proceso, ya que, al tratarse de la familia, se debe

⁴⁸ Art. 88 del Código del niño y del adolescente: “Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.”

considerar en primer orden la protección de la misma y el desarrollo del menor en vínculo directo con la interrelación que puede mantener con sus padres, para el buen desarrollo físico y psicológico del mismo.

3.1. Relación entre el Régimen de visitas (afectación de la tutela jurisdiccional efectiva) y el requisito de estar al día en el pago de la pensión alimenticia.

Se considera de suma importancia precisar que la figura del Régimen de Visitas se interpone para garantizarles a los parientes que se encuentran privados de la tenencia del menor el poder mantener un constante vínculo afectivo y comunicativo propio de las relaciones paterno-filiales, con lo cual se estaría velando a la vez, por el derecho del menor a desarrollarse en un ambiente propicio gozando de la presencia y respaldo constante que la figura materna o paterna genera.

En concordancia, tenemos lo expuesto por el tribunal constitucional en la sentencia del expediente N° 00967-2011-PHC/TC donde manifiesta: “ En ciertas ocasiones este Tribunal Constitucional ha resuelto casos en los que el impedimento de los padres de tener contacto con los menores ha vulnerado el derecho de sus hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, reconocido en el principio 6^o⁴⁹ de la Declaración de los derechos del Niño, así como los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y de otros derechos fundamentales(...)”⁵⁰

⁴⁹ Art. 6 de la Declaración de los Derechos del Niño: “**El niño**, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, **necesita amor y comprensión**. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, **no deberá separarse al niño de corta edad de su madre**. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

⁵⁰ AGUILAR LLANOS, Benjamín; BERMÚDEZ TAPIA, Manuel & otros. “El derecho de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013. Pp. 179.

Al respecto, se puede establecer a partir de la presente sentencia, sobre la importancia que tiene el factor de mantener contacto con los padres para el buen desarrollo de los hijos, no tan sólo por cuestiones materiales, sino también por el derecho que le corresponde al menor de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad emocional.

Dicha posición se sustenta en lo señalado por la STC Exp. N° 02079-2009-PHC/TC, que señala: “En el aspecto emocional de la integridad psíquica de la persona observamos que aquel presenta una especial manifestación para con el niño, pues este colegiado entiende que comprende la necesidad de que i) el sentimiento de seguridad sea progresivo o por lo menos estable, y ii) la estabilidad emocional de la cual goza no se vea perturbada ni reducida por los agentes o elementos exteriores. Es por ello que el afecto, el cariño, la empatía, la aceptación y los estímulos que recibe un niño de sus padres refuerzan su expresión emocional y el desarrollo de su personalidad.”⁵¹

La finalidad de que los hijos tengan un desarrollo emocional adecuado, debe garantizar que la comunicación con sus padres y viceversa sea de calidad; razón por la cual se debe fijar un horario adecuado a las necesidades del menor y que al mismo tiempo no interfiera con su normal desarrollo académico, recreacional y de convivencia con el progenitor que ostenta la tenencia de éste, motivo por el cual, es el padre que no convive con el menor el que desea ejercer dicho derecho.

Con el régimen de visitas se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tiene a su lado, asimismo que dichos padres estén informados y estén al tanto del desarrollo de sus hijos. “Este anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio puede ser un obstáculo para que no se le reconozca”⁵².

⁵¹ AGUILAR LLANOS, Benjamín; BERMÚDEZ TAPIA, Manuel & otros. “El derecho de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013. Pp. 186.

⁵² PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2010). “Relaciones personales con hijos no sujetos a

Siendo así, tenemos el hecho de que el régimen de visitas, como dice el párrafo anterior, obedece a cuestiones tan humanas como el querer mantenerse informado sobre el pleno desarrollo y desenvolvimiento de los hijos en el quehacer diario, en su vida personal como social, al mantener un adecuado ambiente de desarrollo paterno-filial a través de la comunicación que no debe verse obstaculizada por cuestiones externas y ajenas a lo que concierne a lo que en verdad se reconoce como un verdadero interés del menor.

Es decir, “La necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar, así como proteger los afectos es el fundamento de este derecho, teniendo como beneficiario al niño y no a los adultos, como se ha establecido en muchas sentencias judiciales”⁵³.

Dichas sentencias judiciales, como se puede ver a lo largo del trabajo de investigación, tienen como principal beneficiario del derecho de las visitas o régimen de visitas al menor, no siendo así con los adultos, ya que se considera que para toda medida que se deba adoptar y que tenga un estrecho vínculo con el menor, siempre se va a realizar teniendo en cuenta el interés superior de éste.

Sin embargo, en la actualidad pese a existir pronunciamientos por parte del tribunal constitucional manifestando la defensa y protección del derecho a la familia, existen aún, operadores de justicia (magistrados) que se rigen a la normativa, dejando de lado la singularidad de cada uno de los procesos que se presentan, y se dedican a aplicar de manera

patria potestad”. En: Código Civil Comentado. Tomo III. Derecho de Familia. Segunda Parte. Lima: Gaceta Jurídica. p. 124.

⁵³ Código Civil Comentado. Tomo III, Derecho de Familia. Segunda Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 124.

mecánica la norma sustantiva, sin realizar análisis alguno para establecer los criterios de valoración de cada una de las situaciones.

Por otro lado, se considera que el cumplimiento de dicha obligación alimenticia como requisito esencial para la admisibilidad de la demanda de régimen de visitas vulnera no sólo los derechos fundamentales del Niño y del Adolescente, sino también el Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva, en su manifestación de garantizar al accionante por parte del Estado el Acceso a la Justicia.

Con esto, demostramos una vez más, a parte de la jurisprudencia ya expuesta, sobre la importancia que tiene el hecho de preservar el vínculo paterno-filial para el adecuado desarrollo del menor, y que esto no sólo responde a cuestiones de bienestar físico y emocional, sino que también a instituciones de orden superior como lo son la familia y el principio de la tutela jurisdiccional efectiva.

De lo antes mencionado, cabe resaltar que la tutela jurisdiccional efectiva es aquel derecho-principio con el cual se logra garantizar, a través de los mecanismos e instrumentos que otorga el Estado, que los ciudadanos de un determinado espacio territorial puedan no sólo acceder a los tribunales de justicia a hacer valer sus derechos y pretensiones, sino también a que durante el lapso de tiempo que duran los procesos judiciales se lleve de una manera correcta en salvaguarda de las arbitrariedades que se cometen por parte de los sujetos (operadores de justicia)⁵⁴.

Podemos ver, que no sólo hablamos sobre un debido respeto del principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva, sino de una de las vertientes más importantes de éste principio-derecho, y nos referimos al debido proceso, a través del cual se garantizaría que el magistrado que tenga a bien optar por una sentencia favorable para proteger el derecho de comunicabilidad

⁵⁴ MEJIA ALBERCA, María Luisa. *El derecho de acceso a la justicia del deudor alimentario en el proceso de reducción de alimentos*, Tesis para optar por el grado de Abogado, Chiclayo, USAT, 2016.

entre padre e hijo lo haga con las garantías debidas que el ordenamiento jurídico exige, teniendo en cuenta siempre lo mejor para ambas partes.

Para culminar con este acápite, concluimos con la idea de que el indefectible cumplimiento del requisito de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias efectivamente si perjudica al accionante al momento de la interposición y posterior admisibilidad de su demanda por régimen de visitas, ya que al negarle el acceso a la justicia, manifestación inherente al Principio Tutela Jurisdiccional Efectiva, no solamente se vulnera la obligación eminentemente natural por parte del progenitor de velar por el cuidado y adecuado desarrollo del menor, sino también el derecho del menor a mantener un vínculo afectivo y de comunicación, en razón a la necesidad de proteger el Principio del Interés Superior del Niño, punto a desarrollar en el siguiente apartado.

El artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes señala que los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.

La norma señalada establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, sin embargo para ello deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Se ha hecho el distingo sobre “el cumplimiento de la obligación alimentaria, o la imposibilidad de cumplir con este deber, y que en ambos casos procedería esta acción”.⁵⁵ Sin embargo, creemos que mediante esta norma se estaría limitando el derecho de visita de los deudores alimentarios, pues exige como requisito sine qua non, acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria.

Como sabemos, el régimen de visitas garantiza la continuidad de relación entre el hijo con el padre que no lo tiene. De modo que, no sólo es derecho del padre, sino también del hijo, por lo que teniendo en cuenta los

⁵⁵ AGUILAR LLANOS, Benjamín; BERMÚDEZ TAPIA, Manuel & otros. “El derecho de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013. Pp. 345.

derechos del niño reconocidos en el Código de Niños y Adolescentes, así como en la Declaración de los Derechos del Niño, sentencias del Tribunal Constitucional que han resaltado la importancia de las relaciones familiares para el desarrollo integral de los menores, el derecho de visita no debería estar condicionado al pago de las deudas alimentarias.

También la Corte Suprema, en la Casación N° 2204-2013-Sullana, ha señalado que el incumplimiento de alimentos no puede impedir que al padre se le conceda un régimen de visitas. Se privilegia el derecho del menor de mantener una relación directa con el progenitor, en atención al principio de interés superior del niño y el derecho de gozar de una familia que tiene el menor.

Como hemos podido observar, la relación que existe entre el proceso de Régimen de visitas y el requisito de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias plasmado en el artículo 88 del Código del Niño y del Adolescente es conflictiva, puesto que el establecer dicha condición como obstáculo para la admisibilidad de la demanda se vulnera no sólo el derecho de visitas del menor y su vínculo de comunicación con el padre, sino también el interés superior del niño y la tutela jurisdiccional efectiva, cuestiones que analizaremos a continuación en el siguiente punto.

3.2. Principio de interés superior del niño y el requisito de admisibilidad de estar al día en el pago de la pensión alimenticia.

A modo de introducción, lo que buscamos con la presente investigación es lograr determinar que efectivamente sí existe una vulneración al Principio del Interés Superior del Niño de manera directa, ya que como mencionamos líneas arriba, el Estado Peruano se encuentra obligado de tal manera a que en todo y cuanto tenga que ver con menores de edad, sean niños, niñas o adolescentes, los tribunales y demás autoridades deberán darle la debida importancia que merece al interés superior del

niño, tal cual establece La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3º.⁵⁶

Este principio es un reflejo del carácter integral de la doctrina que se define por la indivisibilidad e integralidad en la protección de derechos y, a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como los niños son parte de la humanidad y, sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, la Convención propone este principio como un modo de “arbitrar” los eventuales conflictos que podrían producirse en el ejercicio de los derechos, tanto en el ámbito de los derechos y libertades básicas, como en el de los derechos económicos, sociales y culturales. Su supremacía deberá impactar directamente en las reformas legislativas que deberán hacerse para adecuar marcos jurídicos y normativos a los contenidos de la Convención.⁵⁷

Este principio, según se menciona líneas arriba, se tiene como un regulador de las conductas que manejan los adultos frente a los menores, siendo así, que cada vez que una persona mayor tenga que tomar una decisión y de por medio se encuentre el interés de un menor, debe ser tomada con arreglo a lo que mejor conviene a sus derechos en su totalidad, de manera íntegra e indivisible, ya que los efectos que se puedan generar por la toma de dichas decisiones afectarían directamente en el desarrollo emocional y físico del menor; es por ello, que los Estados deberían tomar cuanto antes medidas jurídicas y legislativas con respecto a lo que engloba en sí el mencionado principio, ajustándose a los preceptos mencionados en la Convención sobre los Derechos del Niño, con la finalidad de garantizar la protección de los menores.

⁵⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 3º: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵⁷ GARAY M., Ana. *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio. Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida*. Primera edición, GRIJLEY editores, Lima. 2009. P. 130

A simple vista, es un deber del Estado, pero no es exclusivo de éste, ya que incluye e incumbe a toda la sociedad, a cada persona debido a que es necesario que nuestra sociedad y cada individuo cuide y proteja a sus niños y niñas, que por encima de cualquier interés particular económico o político está el interés superior del niño.

Partimos de esta breve idea, ya que como mencionamos es deber de todos procurar que por encima de todo se encuentre el interés superior del niño, lo cual en muchas ocasiones, en el ámbito judicial se ve mermado, ya sea por intereses políticos o económicos e inclusive hasta personales como es el caso del cumplimiento del requisito de admisibilidad de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias en favor de un menor, requisito que de no ser cumplido, se vulnera en gran medida el derecho del menor a interactuar y gozar de la presencia de sus progenitores.

En primer término debemos tener en cuenta que la titularidad de la patria potestad tienen los padres. Mientras que el ejercicio de la patria potestad, como parte dinámica de esta, consistente en el “derecho a decidir, conducir los hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y cumpla con sus fines y resultados”⁵⁸, no siempre está a cargo de ambos padres.

Al referirse tanto a la titularidad como al ejercicio del derecho de la Patria Potestad, se está haciendo mención a dos cuestiones que son de por sí distintas, ya que como se sabe los padres son los titulares de esta, pero en ocasiones ambos padres no pueden ejercer al mismo tiempo la Patria Potestad, ya sea por cuestiones de divorcio o separación convencional, e incluso hasta por la muerte de uno de los padres, y es por ello que se recurre como único medio de solución de las diferencias, cuando no existe un consenso de las partes, al proceso de Régimen de visitas.

⁵⁸ MEJÍA SALAS, Pedro. *La Patria Potestad*. Ediciones Librería y Ediciones jurídicas, Lima. 2009 p. 25

Conforme a nuestra legislación, la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio⁵⁹, y nuestro Código Civil ha establecido claramente su goce después del divorcio por causal, y en los casos de separación convencional y divorcio ulterior. En el caso de la unión de hecho, los hijos son extramatrimoniales, por tanto, la patria potestad se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez es quien determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor⁶⁰; para lo cual la parte interesada debe iniciar el proceso judicial correspondiente.⁶¹

Se puede observar con bastante claridad la idea plasmada en el párrafo anterior, al mencionar que la Patria Potestad es la facultad que tienen los padres para poder decidir y velar por los derechos propios de sus hijos, creando un vínculo natural de protección y comunicabilidad, del cual no se puede prescindir ni mucho menos ser disuelto, y que de ser así, se estaría vulnerando de forma arbitraria un derecho innato de los seres humanos, por lo cual, es menester establecer un régimen de visitas que promueva el vínculo paterno-filial cuando ya la capacidad de ejercer conjuntamente la patria potestad por ambos padres ha sido cuestionada.

Ahora, uno de los derechos que otorga la patria potestad es mantener esta continuidad de relación entre padres e hijos, por lo que el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes señala que “los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán

⁵⁹ Artículo 419° del Código Civil: “La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo”.

⁶⁰ Artículo 421° del Código Civil: “La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

⁶¹ Véase MEJÍA SALAS, Pedro. “Régimen de visitas”. En: *Supra Iuris*. Revista de la Universidad San Martín de Porres. Lima. p. 68.

acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.

Es clara la carga que se contradice y que impone el tenor del mencionado artículo al establecer como condición para la obtención de un régimen de visitas el acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimenticia, y al mismo tiempo mencionar al finalizar el tenor que todo acuerdo puede ser variado de acuerdo a las circunstancias, siempre y cuando sea en resguardo del bienestar del menor, teniendo en cuenta que si bien es cierto el menor tiene derechos como la salud, el bienestar, el esparcimiento, la alimentación, la vestimenta, pero también existen derechos como la comunicabilidad y el mantener vínculo estrecho con sus padres para un adecuado desarrollo psíquico y emocional. En todo caso, habría que establecer un orden de prelación o una ponderación de derechos entre ambos para así determinar cual resulta más importante y determinante en el desarrollo integral del menor, si la obligación del progenitor de brindarle los alimentos –obligación que concierne a ambos progenitores- o la constante comunicabilidad y el mantenimiento del vínculo paterno-filial.

En ese sentido, el régimen de visitas corresponde al padre o la madre que no vive con su hijo o sus hijos, sin importar su estado civil, esto es, que se encuentren casados, o hayan sido convivientes. Sin embargo, debe cumplir algunos requisitos. Entre ellos:

- a) **Demostrar la relación de familia con el menor**, o en todo caso acreditar la relación afectiva con el mismo. La visita no se otorga a cualquier persona, sino a los padres, y en casos excepcionales a familiares

conforme a ley. Por ello para solicitar un régimen de visitas, el padre o la madre que no tiene la patria potestad deberá anexar a su solicitud la partida de nacimiento que prueba la filiación, o entroncamiento familiar.

- b) **Demostrar el cumplimiento de la obligación alimentaria** o, en su defecto, acreditar su imposibilidad material de poder ofrecerla (Condición introducida mediante el artículo 88 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes). Con ello no estamos del todo en acuerdo, pues esta condición no solo limita el derecho del padre, sino también al de los hijos, sin tener en cuenta que ellos no pueden ser afectados en los supuestos de incumplimiento. Por otra parte, claro está que en el caso de terceros familiares o no familiares este requisito no sería de exigencia, sino sólo en caso de los padres.
- c) **Tener en cuenta el interés del menor** , como se ha indicado la finalidad del régimen de visitas es el fomento y favorecimiento de las relaciones humanas, robustecer la corriente afectiva entre las personas sobre la base, del prevalecimiento del beneficio e interés del menor. El régimen de visitas estará siempre sujeto, por decir subordinado y sometido, al interés del menor. Cada caso deberá ser considerado de manera independiente, dado que cada menor tiene una necesidad, una exigencia de compartir con su familia, de allí que el interés de un menor no pueda ser el mismo que el interés de otro, lo que debe ser tomado en cuenta en la fijación de este régimen. El problema se presenta en la determinación de dicho interés, es decir, en la calificación del mismo. En términos legales la decisión no está en el menor (aunque le corresponda), sino en los padres que en virtud de la patria potestad ostentan la representación del menor. En caso de controversia resolverá el juez.
- d) **Tener en cuenta la edad del menor** . El elemento cronológico es esencial. En el caso de los menores la edad juega un factor fundamental, pues de la misma depende la fijación del régimen de visitas tomando en consideración el beneficio para el desarrollo del niño o adolescente. Por ejemplo, no puede fijarse igual régimen de visitas para un menor de 10

años que para un bebé de 5 meses. El de 10 años puede ser por un tiempo mayor, con externamiento, pero para un bebé de 5 meses sería más breve y sin externamiento, pues las necesidades conforme a su edad así lo exigen y/o permiten.

- e) **Tener en cuenta la opinión del menor.** Tomando en consideración los puntos anteriores, resulta básico, de acuerdo a la madurez y discernimiento del menor escuchar su opinión dado su estatus de beneficiario directo del régimen. Una interpretación extensiva del artículo 85° del Código de los Niños y Adolescentes permitiría concretar la opinión, pues para el caso de tenencia de menores, el Código dispone que “el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.
- f) **Tener en cuenta la calidad de quien lo solicita.** En este caso deberá analizarse el grado de parentesco, la afinidad y la calidad moral y personal del que lo solicita. Ello se debe establecer a partir de las pruebas aportadas en el proceso, pues no es lo mismo atender al solicitante que tiene como antecedente el haber sustraído al menor cuando era mucho menor, que a un padre que prueba su intachable comportamiento moral y personal. Ello influirá en el otorgamiento del régimen de visitas, de la extensión del tiempo de visitas, de que la visita sea con externamiento o sin externamiento, etc.

El punto más complicado que limita el derecho del menor a ser visitado es el requisito indispensable que se impone al padre o la madre de estar cumpliendo a cabalidad con la pensión de alimentos, o en caso no pudiera que así lo demostrara, para que pueda ejercer el derecho de visitas.

Al respecto podemos decir que, teniendo en cuenta que la visita es un derecho subjetivo familiar que permite mantener la continuidad de las relaciones entre padres e hijos, que coadyuva en el desarrollo integral del menor, por lo tanto un derecho del padre y a la vez del hijo, es ilógico que se condicione al padre al cabal cumplimiento de la pensión de alimentos, pues

haciendo ello también se afecta el derecho de visita de los hijos, sin que estos últimos sean responsables del incumplimiento de los padres.

Al respecto en la **Casación Nº 3841-2009-LIMA**, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se invocaba como una de las causales “la inaplicación de los artículos 1, 14, 15 y 88 del Código de los Niños y Adolescentes, sosteniendo que al contestar la demanda y apelar la sentencia, manifestó que el actor no cumplía con la obligación alimentaria a favor de la menor, señalando el Juez en el cuarto considerando de la apelada que era imposible determinar con exactitud si el obligado se encuentra al día o no con la pensión de alimentos, precisando asimismo, en el séptimo considerando que el actor admite que no se encuentra cumpliendo con sus obligaciones alimenticias, afirmando que está probado que el actor no cumple con la obligación alimentaria a favor de la menor; agrega que no se debe permitir ni apoyar al demandante facilitándole un régimen de visitas con externamiento, a pesar que no cumple con dicha obligación, porque se estaría creando un precedente no solo para el actor, sino para todos los padres que vulneran a su antojo los derechos de los niños”, al resolver ha señalado expresamente lo siguiente:

“Que, sobre el particular, es del caso señalar que si bien el artículo 88° del Código del Niño y del Adolescente establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, también lo es que dicho numeral no exige imperativamente el cumplimiento de la obligación alimentaria, pues permite a los padres que solicitan se les conceda régimen de visitas, al acreditar la imposibilidad de cumplir dicha obligación; siendo además, que ante el conflicto que se presente en relación a este punto, corresponde al juzgador resolver aplicando el Principio del Interés Superior del Niño, el mismo que ha sido observado por los jueces de mérito, a fin de otorgar el régimen de visitas a favor del demandante”.⁶²

⁶² Casación Nº 3841-2009-LIMA, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia

En base a dicho argumento, ha declarado que no se configura la infracción de los artículos señalados, e infundado la casación interpuesta, ya que en aplicación del control difuso el juez puede determinar siempre, previa evaluación de la situación y de la conducta del padre, lo que más conviene al menor en cumplimiento del Interés Superior del Niño.

Asimismo, **en la Casación N° 2204-2013-SULLANA**, donde como una de las causales se invoca la infracción normativa por interpretación errónea del artículo IX del Título Preliminar y 88 del Código de los Niños y Adolescentes, alegando que la Sala Superior al expedir sentencia ha interpretado en forma errónea el sentido claro y expreso de los artículos antes citados, toda vez que en autos se encuentra probada con las piezas procesales que obran en autos la irresponsabilidad de su progenitor en cuanto al cumplimiento de pago de la pensión de alimentos situación que atenta contra su derecho a la vida, integridad física y a su desarrollo integral.

Al respecto la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, ha señalado que:

“Primero.- Si bien la impugnante invoca la interpretación errónea de los artículos IX del Título Preliminar y 88 del Código de los Niños y Adolescentes, también lo es que nuestro ordenamiento jurídico exige que los argumentos que sirven de sustento a la infracción que denuncia estén orientados a analizar aspectos de orden normativo que van a incidir en la modificación del fallo adoptado por las instancias de mérito;
Segundo.- No obstante al carácter extraordinario, formal y excepcional del recurso los agravios expuestos por la recurrente se refieren a situaciones de hecho afirmando que está probado en autos que el demandado incumple con el pago de la pensión de alimentos lo cual atenta contra la integridad de su menor hijo no estando facultado este Tribunal de Casación para interpretar

ni integrar o remediar las carencias del recurso o dar por supuesta y explícita la falta de causal ni subsanar de oficio los defectos en lo que incurren los impugnantes en la formulación del mismo más aún si se invocan normas de carácter sustancial; Tercero.- Siendo esto así esta Sala Suprema en cuanto a este último extremo concluye que la sentencia de vista ha sido expedida bajo los parámetros del debido proceso al apreciarse una debida interpretación de las normas que ahora se invocan como infraccionadas al determinar que sí bien el demandado Walter Joel Gamero Hair no cumple en forma total con la pensión de alimentos fijado según Acta de Conciliación Extrajudicial de catorce de enero de dos mil nueve también lo es que el mismo no desatiende las necesidades del menor y en atención a que el derecho del niño se circunscribe a la relación directa que debe mantener con su progenitor el papel de este no se agota con la sola provisión de alimentos pues su objetivo final es el contacto directo con su hijo por lo que debe desestimarse el recurso de casación”⁶³

En base a dicho argumento, la Sala Suprema confirmó la resolución de mérito, emitida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, por la cual se concedió un régimen de visitas a favor del padre los sábados y domingos de 12 a 5 p.m. y los días del cumpleaños y Navidad de 12 a 3 p.m., y, adicionalmente, se le permitió llevar al menor los primeros quince días de cada mes a la ciudad de Lima.

En ese sentido, la Corte Suprema claramente ha señalado que el incumplimiento de alimentos no puede impedir que al padre se le conceda un régimen de visitas. Se privilegia el derecho del menor de mantener una relación directa con el progenitor, en atención al principio de interés superior del niño y el derecho de gozar de una familia que tiene el menor, ya que como lo ha mencionado, las funciones propias e innatas de la

⁶³ Casación N° 2204-2013-Sullana. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Considerandos Quinto.

Patria Potestad no se agotan con la sola provisión de los alimentos para los hijos, sino que importan una amplia gama de derechos y obligaciones en relación a los menores.

Es clara la vulneración que existe en relación al cumplimiento del requisito de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias y el interés superior del niño, ya que por lo expuesto con anterioridad, tanto los presupuestos exigidos como el interés del menor, la opinión de éste y la calidad del solicitante para la interposición de una solicitud de régimen de visitas ante los órganos de justicia, así como también la jurisprudencia desarrollada por parte de las salas de la Corte Suprema soportan y fundamentan de manera clara los fundamentos por los cuales resulta arbitraria la condición que exige el artículo 88 del Código del Niño y del Adolescente, teniendo en cuenta también, que como principal punto a tener en cuenta por parte de las autoridades y jueces que resuelven asuntos en donde se encuentran de por medio menores de edad, siempre se deben resolver teniendo en cuenta lo mejor y más conveniente para el interés de estos.

3.3 Es necesaria una modificación del artículo 88° del código de niños y adolescentes con la finalidad de garantizar la tutela jurisdiccional del demandante y el interés superior del niño en los casos de régimen de visitas.

Como ya hemos realizado en líneas anteriores una descripción acerca de los aspectos relevantes de las tres variables que se utilizan en el presente trabajo de investigación, y habiendo establecido lo que por Principio del Interés Superior del Niño se entiende y cuáles son sus dimensiones; así como también sobre lo concerniente a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, podemos tener una visión más global y periférica, por así decirlo, sobre los problemas que acarrea imponer cargas de obligatorio cumplimiento para las partes a fin de que su pretensión sea admitida a trámite, haciendo referencia al artículo en controversia.

En ese sentido, entendiendo que el derecho de visitas no es solo derecho de los padres, sino principalmente también de los niños a fin de mantener la continuidad de las relaciones con sus padres, se debe priorizar el derecho de los hijos por encima de cualquier irresponsabilidad de los padres, como es el caso de incumplir con el pago de las obligaciones alimentarias. Ello es así, porque el principio del interés superior del niño, principio rector en procesos donde se discute derechos de niños y adolescentes, permite la interpretación de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, “otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva, y en otras considerándolas inaplicable”⁶⁴. Es por ello, que en los procesos de establecimiento de régimen de visitas, el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes se debe aplicar en pro de los derechos del niño y adolescente e inaplicarse las sanciones o apremios impuestos a los padres, ya que consideramos que de no ser así, se estaría causando un doble daño hacia los intereses de las partes involucradas, y como ya es de conocimiento general, los temas en los cuales la familia es el tema a tratar, siempre las emociones y las partes son las más vulnerables.

Debemos señalar que el principio del interés superior del niño, en su condición de principio rector, se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico o práctico en favor del menor, solucionando de esta manera, la disociación existente entre la norma y su administración, en casos concretos como el otorgamiento de régimen de visitas a padres deudores alimentarios.

Como sabemos la patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad, y el régimen de visita es un atributo del ejercicio de la patria potestad, distinto

⁶⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Instituto pacífico, Lima. 2015. P. 129-130.

a la tenencia permanente y que busca mantener y alimentar el lazo emocional entre los hijos y los padres que no viven juntos y evitar el desarraigo con el progenitor que carece de la tenencia legal⁶⁵.

En pocas palabras, lo que se pretende es evitar un desconocimiento por parte del menor del vínculo que lo une con sus progenitores, de esa relación que identificación con los valores y la cultura que son transmitidos por los padres de generación en generación y que no puede obviarse negándose a las partes involucradas el derecho innato a compartir emociones y afectos propios del ser humano.

Por ello, el derecho de visita es también un derecho fundamental de comunicación y relación que tienen los hijos sobre sus padres, por lo que los padres que tienen al menor bajo su cuidado, tienen también el deber de asegurar el trato de los hijos con el padre o la madre no conviviente, pues así también lo especifica la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando en su artículo 9.3 establece: “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Siendo así, ese derecho de visitas no se le puede quitar ni limitar a ciertas condiciones como el pago de la obligación alimentaria, pues si bien es cierto que el niño necesita alimentarse para subsistir, también necesita del afecto paternal de ambos padres, la presencia de ambos padres, para crecer emocionalmente sano, pues de otra manera podríamos criar hijos alimentados, pero carentes de afecto y emocionalmente desequilibrados. Es por ello que, este derecho de visita tiene como fundamento que el menor no pierda su trato y afecto con su padre o madre, según quien ostente la tenencia en caso de separación de hecho, divorcio, nulidad de matrimonio, separación judicial, etc. Y que mediante el derecho se cumpla

⁶⁵ NUÑEZ MACÍAS, Nadia. “La legitimidad de la variación del régimen de visitas. A propósito de la Casación Nº 1165-2009-Lambayeque”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Tomo 146. p. 148.

con el deber de solidaridad y afecto familiar⁶⁶. Solamente este derecho permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial.⁶⁷

Como bien se mencionó, la sola alimentación del menor es importante, pero no es suficiente para garantizar que efectivamente se están criando hijos saludables, ya que la salud emocional y psíquica son tan importantes como la salud física, y si bien es cierto podemos estar formando hijos muy bien alimentados pero al mismo tiempo carentes del complemento que aporta la comunicabilidad con ambos padres en su desarrollo como buenos futuros ciudadanos.

En este caso, como ya señalamos tantas veces, el derecho de visitas es el derecho de mantener comunicación adecuada con el pariente con quien no se convive⁶⁸. Ese derecho conforme al artículo 88° de nuestro Código de Niños y Adolescentes, la visita es un derecho reservado al padre o a la madre que ha perdido la custodia de su hijo por una decisión judicial, o que no la tiene por otra causa, para poder mantener una relación personal y directa con el hijo quien se halla bajo la custodia o guarda del otro padre o madre⁶⁹. Sin embargo, este derecho de relación o derecho de visitas, no es un derecho propio de los padres que no ejercen la patria potestad a través del cual podían continuar relacionándose con sus hijos, como anteriormente se entendía, sino actualmente se entiende que no se trata de un derecho unilateral, sino más bien de un derecho recíproco, cuyos titulares no solo son el padre y la madre que de hecho no ejercen la patria potestad, sino también los hijos. Por ello nuestra Corte Suprema reiteradamente ha señalado que el Régimen de Visitas, “más que un

⁶⁶ NUÑEZ MACÍAS, Nadia. “La legitimidad de la variación del régimen de visitas. A propósito de la Casación Nº 1165-2009-Lambayeque”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 146. p. 148.

⁶⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editorial Grijley, Lima. 2004. P. 261

⁶⁸ ZANONNI, Eduardo A.; BOSSERT, Gustavo A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004. P. 69.

⁶⁹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia*. Editorial Iustitia, Lima. 2012. P. 162-163

derecho de los padres que están separados, implica el derecho de los hijos a mantener con el padre o la madre (que no ejerce la patria potestad o que no vive con él) una relación afectiva necesaria para garantizar el desarrollo integral del niño o del adolescente”⁷⁰.

De modo que, el derecho de visitas no solo es un derecho del padre, sino que concurrentemente es también un derecho del hijo y no podría conceptuarse de otra forma, dado que al ser también el niño considerado como sujeto de derechos, es que viene a ser titular de sus propias relaciones familiares, en consecuencia el derecho de visitas implica que padre e hijo conjuntamente tienen el derecho de relacionarse entre sí, de compartirse, de comunicarse, de acompañarse⁷¹.

Se puede apreciar, que con el establecimiento de un régimen de visitas, no sólo se obtienen y se benefician los derechos de comunicabilidad y solidaridad entre padres e hijos, sino que conllevan muchos otros beneficios y derechos propios de las relaciones paterno-filiales.

Bajo este contexto, el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, al exigir como requisito de la demanda el cumplimiento de la obligación alimentaria, con lo cual pretende que los padres cumplan con proveer para los alimentos del menor, que es un derecho fundamental del menor, sin embargo perjudicaría otro derecho fundamental del menor que es mantener comunicación y relación con el padre con quien no convive. En este caso, si bien no parece justo concederle la visita a un padre que no cumple con sus obligaciones, tampoco es correcto que, aparte del incumplimiento, se afecte aún más al niño o a la niña al dejarla sin unas visitas tan necesarias para su desarrollo armonioso. Con ello se le estaría privando, sin ningún tipo de justificación, de un derecho que le corresponde según instrumentos internacionales vigentes en nuestro país⁷².

⁷⁰ Véase Casación N° 5201-2007-Pasco.

⁷¹ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2012). “El papel activo del juez de familia en el derecho de visitas. Presupuestos para su determinación”. En: Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo 171. Lima: Gaceta Jurídica.

⁷² CÁRDENAS RODRIGUEZ, Luis. Opinión vertida en Dialogo con la Jurisprudencia sobre

Somos de la idea de que en cierta medida no podemos hablar de justicia al mencionar que un obligado a brindar alimentos obtenga un régimen de visitas favorable, y esto debido a que para determinar cuando algo deviene en justo o no podemos recurrir a los tribunales de justicia, momento y lugar en el cual se va a determinar por parte del agente determinado lo justo para cada quien. Y hacemos mención a esta idea debido a que es ese momento y lugar la vía idónea para poder determinar y ver por los alimentos que le corresponden al menor, teniendo como herramientas necesarias frente al incumplimiento de una pensión alimenticia el delito de omisión a la asistencia familiar.

Similarmente, Varsi Rospigliosi señala que siempre se debe tener en cuenta que el régimen de visitas debe buscar la revitalización de los lazos paterno-filiales y no por el contrario el debilitamiento o alejamiento de las relaciones humanas. La limitación o privación de las visitas solo debe tener lugar por causas graves tales como maltratos, enfermedad, creencias, así como malos ejemplos, vicios, riesgo de sustracción, entre otros. Las situaciones intrascendentales o que no impliquen mayor peligro en su integridad o salud para el menor deberán ser evaluados por el juzgador a efectos de permitir la relación o restringir la misma, procediendo en todo caso al establecimiento de un régimen tutelado⁷³.

En el punto anterior, hablamos acerca de la calidad del agente que solicita el régimen de visitas, ya que para poder otorgar un derecho de tal magnitud se debe realizar un exhaustivo análisis de los peligros que supondrían para el menor otorgar un régimen de visitas en favor de un progenitor que es agresivo y que maltrata no sólo físicamente sino también psicológicamente al menor, que no le va a dar el ejemplo adecuado para desarrollarse adecuadamente, ya que es lo emocional y psicológico el punto a proteger en la presente investigación. Otorgarle un régimen de visitas a una persona con los defectos antes mencionados

la Casación 3841-2009-Lima, en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Tomo 149. p. 130.

⁷³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Ob. Cit.* P. 323-324.

sería a toda vista contraproducente para el buen desarrollo del menor, lo cual se desea evitar a toda medida, ya que es contrario a todo interés superior del niño y a lo que éste principio protege.

Canales Torres señala que el régimen de visitas “es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente”.⁷⁴

Solamente para confirmar nuestra idea, ese contacto y comunicación permanente del que se hace mención, es innato a toda relación paterno-filial, a toda relación familiar y a toda relación interpersonal que en un futuro el menor desee establecer, es por ello la importancia de mantener un vínculo de calidad entre el menor y los padres en todo momento, en razón de protección de la familia, institución que el Estado peruano protege y promueve a nivel constitucional.

3.4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 88° DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

**PROYECTO DE LEY
PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 88° DEL CÓDIGO DE
NIÑOS Y ADOLESCENTES EN RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LA
OBLIGACIÓN QUE MANTIENE POR DEUDA ALIMENTARIA**

PROYECTO DE LEY N°: _____

Proyecto de ley que propone la modificación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, en referencia al otorgamiento de régimen de visitas a padres que mantienen deudas alimentarias.

⁷⁴ CANALES TORRES, Claudia. *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Gaceta Jurídica. Lima. 2014. P. 107.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. SITUACIÓN FÁCTICA DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN NUESTRO PAÍS

En nuestra legislación nacional al hacer referencia al artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes, el cual señala que los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, lo cual imposibilita a que aquellos progenitores que mantienen deudas alimentarias hacer ejercicio de su derecho interponer demanda para el otorgamiento de un régimen de visita, pues exige como requisito obligatorio el poder acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria.

En razón a ello, durante el desarrollo del presente trabajo en primer lugar se ha determinado la naturaleza jurídica del proceso de régimen de visitas, concluyendo que encontramos un derecho subjetivo familiar, el derecho de relación entre padres e hijos, que permite que tanto padres como hijos puedan continuar manteniendo un vínculo paterno-filial.

De igual manera se ha logrado determinar que el otorgamiento del régimen de visitas requiere en muchos casos el cumplimiento de determinados requisitos, tan naturales como la perduración de la relación del grupo familiar con el menor, cumplimiento de las obligaciones de carácter alimentista con éste, o en caso contrario no poder acreditarse, la imposibilidad de poder ofrecerlos, promoviendo relaciones entre los integrantes del grupo familiar, que en el presente caso que de por medio están los menores de edad, tener una especial consideración la opinión del menor de edad, la calidad de la persona que solicita el otorgamiento del régimen de visitas y las condiciones que ofrece. Teniendo en cuenta lo antes mencionado, llegamos a la conclusión de que no es necesaria la condición que se establece en el artículo en cuestión para el otorgamiento de un régimen de visitas, y ello teniendo en cuenta que existe jurisprudencia que avala la idea, en razón a que esto por el contrario generaría una limitación a los derechos tanto del accionante como del menor. Siendo esto así, se genera una necesidad de carácter social, ya que es evidente la vulneración no solamente del principio de tutela jurisdiccional efectiva sino también del interés superior del niño, ya que es

arbitraria el condicionamiento del derecho de visitas al cumplimiento de una obligación que muy fácilmente puede ser vista en la vía idónea.

II. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

5.2. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁵, que en el numeral 1) de su artículo 3º, dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

En nuestra legislación, el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes⁷⁶, dispone que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de nuestra República ha señalado que “el principio de intereses superior del niño implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización”⁷⁷.

⁷⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989.

⁷⁶ El Código de Niños y Adolescentes, promulgado mediante Ley N° 27337, de fecha 21 de julio del 2000.

⁷⁷ Véase la Casación N° 4881-2009-AMAZONAS, del cinco de abril del 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República. Quinto considerando.

En ese sentido, la tutela del interés superior del niño tiene por objetivo constituir una garantía al desarrollo integral del niño. Por lo que, en los procesos judiciales de tenencia como primera acción se debería realizar un test de protección de derechos sobre la base de dos aspectos complementarios:

a) Una directriz, de preferencia de interpretaciones normativas. Así, el magistrado deberá optar por hacer prevalecer la norma más favorable al menor con independencia de su nivel jurídico.

b) El resultado de la evaluación psicológica del menor y progenitores a efectos de determinar el derecho del menor de convivir con el “mejor progenitor”.

Solo con este mecanismo sería factible una protección real de los niños en un proceso judicial, por cuanto la judicatura suele interpretar que se protege los derechos de estos con una preferencia –por lo general– hacia las mujeres, sobre la base de las acciones afirmativas en la materia.

En ese sentido, concordando con Zermatten⁷⁸ podemos decir que “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta.

Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.

5.3. EL RÉGIMEN DE VISITAS

Como ya señalamos, la patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad; y el régimen de visitas es un atributo del ejercicio de la patria potestad, distinto a la tenencia permanente y que busca mantener y alimentar el lazo emocional entre los hijos y los padres

⁷⁸ ZERMATTEN, Jean (2003). “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003, p. 15. Disponible en: http://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

que no viven juntos y evitar el desarraigo con el progenitor que carece de la tenencia legal⁷⁹.

Nuestra Corte Suprema considera al régimen de visitas como “aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos”⁸⁰.

Canales Torres⁸¹ señala que el régimen de visitas “es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente”.

Por ello, el derecho de visita es también un derecho fundamental de comunicación y relación que tienen los hijos sobre sus padres, por lo que los padres que tienen al menor bajo su cuidado, tienen también el deber de asegurar el trato de los hijos con el padre o la madre no conviviente, pues así también lo especifica la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando en su artículo 9.3 establece: “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Dada esta situación, ese derecho de visitas no se le puede quitar ni limitar a ciertas condiciones como el pago de la obligación alimentaria, el niño también necesita del afecto paternal de ambos padres, la presencia de ambos padres, para crecer emocionalmente sano. Justamente, lo que fundamenta este derecho es que menor no pierda su trato y afecto con su padre o madre, según quien ostente la tenencia en caso de separación de hecho, divorcio, nulidad de matrimonio, separación judicial, etc. Y que mediante este derecho se cumpla con

⁷⁹ NUÑEZ MACÍAS, Nadia Karina. “La legitimidad de la variación del régimen de visitas. A propósito de la Casación N° 1165-2009-Lambayeque”. En: Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo 146. p. 148.

⁸⁰ CAS. N° 0856-2000 APURIMAC, fundamento primero.

⁸¹ CANALES TORRES, Claudia (2014). Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. Lima: Gaceta Jurídica. p. 107.

el deber de solidaridad y afecto familiar⁸². Solamente este derecho permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial⁸³, por lo que su otorgamiento debe darse sin condicionamientos severos.

III. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA

El principal objetivo del presente proyecto legal es proteger los derechos de las personas, tanto progenitores como hijos, en cuanto a que el principio de tutela jurisdiccional efectiva y del interés superior del niño no se vean afectados por las falencias que la norma establece en relación al artículo 88 del CNA, ya que no se debe reducir las obligaciones de los progenitores a un simple acto de naturaleza económica para poder otorgarse un régimen de visitas y mantener los vínculos paterno-filiales. Esto no representa ningún costo para el Estado ya que se estaría realizando una labor de corrección a la normativa vigente.

IV. EFECTO DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta de modificación legislativa conlleva solamente la modificación del artículo 88° de la Ley N° 27337 a efecto de acomodar la norma a las necesidades de carácter social.

V. FÓRMULA LEGAL

Por lo expuesto, se somete a estudio el siguiente texto legal:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley Siguiente:

⁸² NUÑEZ MACÍAS, Nadia Karina. Ob. Cit. p. 148.

⁸³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: GrijLey. p. 261

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 88° DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo Único.- Modificación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescente

Modifíquese el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 88.- Las visitas

Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio, o se desconociera su paradero; podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente teniendo en cuenta los criterios que más convengan al interés del menor tales como la cantidad de pensiones adeudadas, la calidad del sujeto que solicita el régimen de visitas y las condiciones que ofrece; y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.

CONCLUSIONES

1. Como razones podemos tomar, a manera de conclusión, que tanto el principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Principio del Interés Superior del Niño tienen varios puntos en los cuales se encuentran vinculados a raíz del cumplimiento del requisito de admisibilidad de la demanda que se encuentra plasmado en el tenor del artículo 88 del Código del Niño y del Adolescente, siendo uno de estos que la vulneración de los antes mencionados principios atentan contra una de las instituciones básicas de la sociedad humana como lo es la Familia, y esto es así en razón a que los principales afectados con la vulneración de estos principios de Tutela Jurisdiccional Efectiva y del Interés Superior del Niño son integrantes de lo que en algún momento fue o es una Familia, y que al momento de negarse un derecho tan fundamental como es el derecho a mantener un vínculo afectivo y emocional que se logra a través de la comunicabilidad que se da entre padres e hijos por la interposición de una demanda de régimen de visitas se va en contra de lo que por orden natural ya se encuentra establecido, que el padre forme parte del desarrollo y crecimiento de sus menores hijos tanto emocional, física y psicológicamente, así como también del derecho de los hijos a crecer dentro de una familia y a mantener contacto directo con sus padres, a tener un referente

para su adecuado desarrollo.

2. El motivo por el cual la valoración del requisito de admisibilidad de las demandas de régimen de visitas, es decir, del artículo 88 del código del niño y del adolescente vulnera el derecho-principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva se encuentra en razón a que, como es de conocimiento, todos los ciudadanos de la República del Perú tienen garantizado a través de la Constitución Política el derecho a recurrir ante los tribunales de justicia para hacer valer sus pretensiones e intereses ante cualquier vulneración de la cual sean objeto, y con ello se garantiza también a través de las vertientes de este principio el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso. Habiendo realizado esa breve acotación, se puede inferir que el Estado garantiza una verdadera Tutela Jurisdiccional Efectiva en principio, pero no sucede así en la realidad, cuando a través de mecanismos legislativos se vulneran de manera evidente derechos fundamentales de manera arbitraria, condicionando el poder acceder a los tribunales de justicia y a un debido proceso con el cumplimiento de la obligación alimentaria en los casos de régimen de visitas, sobre todo, y en honor a la verdad, porque las obligaciones y las funciones de los padres no se agotan con el simple hecho de proporcionar la alimentación necesaria a los hijos, sino que tienen un abanico de incontables obligaciones y funciones que son importantes para el buen desarrollo de los menores, las cuales no pueden ser dejadas de lado por el incumplimiento de la condición expuesta en el artículo 88 del Código del Niño y del adolescente.
3. Como se expuso en la conclusión anterior, la afectación por parte del cumplimiento del requisito del artículo 88 del código del niño y del adolescente al principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva es clara al impedir al demandante acceder a los tribunales de justicia a solicitar se le otorgue un régimen de visitas en favor suyo con la finalidad de poder mantener un vínculo paterno-filial adecuado a las necesidades del menor, ya que es el principal sujeto en este proceso. Al hacer mención a que el menor es el principal sujeto en el proceso de régimen de visitas, lo hacemos debido a que toda decisión que las autoridades

o jueces deban tomar y que tengan que ver con los intereses del menor, se haga teniendo en cuenta lo más conveniente a estos, ya que de ello depende en muchos casos un adecuado desarrollo del menor, que a corto o mediano plazo va a pasar a ser un ciudadano de bien, y lo que se busca como sociedad es el adecuado desarrollo de los niños y adolescentes de la mano y guía de los padres, a través de la comunicabilidad, la transmisión de la cultura y las demás manifestaciones que van a lograr formar una identidad y una personalidad adecuada al menor.

4. Una de las razones que se pueden tomar en consideración, es que las políticas públicas que se adoptaron en un momento en referencia a la protección de los derechos de los menores han quedado desfasadas en el tiempo, ya que la versatilidad del derecho en la sociedad va haciendo que nuevos enfoques se tengan en cuenta al momento de afrontar problemas sociales con relevancia de índole jurídica en relación a la protección de los derechos de las personas, es así que la evolución de la sociedad y del derecho van mejorando las relaciones de una sociedad, por ello es que se considera que la imposición de determinadas cargas y condiciones por parte de los legisladores como es el cabal cumplimiento de las pensiones alimenticias para la interposición y posterior admisibilidad de una demanda de régimen de visitas resulta arbitraria a los intereses de las partes, que como ya se mencionó, resultan ser integrantes de un determinado grupo familiar, razón suficiente para tener en cuenta una posible modificación del tenor del artículo 88 del código del niño y del adolescente, por la vulneración de los principios de Tutela Jurisdiccional Efectiva y del Interés Superior del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín; BERMÚDEZ TAPIA, Manuel & otros. “El derecho de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013.
2. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Luces y sombras del código civil*, editorial: Stadium, Lima, 1991.
3. AZPIRI, Jorge. Derecho de Familia. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 2000.
4. BELLUSCIO, César Augusto. Manual de Derecho de Familia. Tomo I y II. Ediciones Astrea, Buenos Aires, 2004.
5. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos. 2012.
6. BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo I – II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.
7. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004.
8. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. “El papel activo del juez de familia en el derecho de visitas. Presupuestos para su determinación”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Tomo 171, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
9. CÁRDENAS RODRIGUEZ, Luis. Opinión vertida en *Dialogo con la Jurisprudencia sobre la Casación 3841-2009-Lima*, en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Tomo 149.
10. CANALES TORRES, Claudia. *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Gaceta Jurídica. Lima. 2014.
11. CANALES TORRES, Claudia. Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
12. CHIOVENDA, José. *Principios del Derecho Procesal Civil*, tomo 3, 1ra edición, Editorial Reus, Madrid, 2000.

13. CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de Menores. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008.
14. CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*, 5ta edición, editorial GRIJLEY, Lima, 2001.
15. Código Civil Comentado. Tomo III, Derecho de Familia. Segunda Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
16. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo I y II. Gaceta Jurídica Editores SRL., Lima, 1999.
17. D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Convención sobre los derechos del niño. Comentada y anotada exegéticamente. Jurisprudencia nacional y extranjera*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
18. GACETA JURIDICA. Código Civil Comentado. Tomo II y III. Derecho de Familia. Gaceta Jurídica S. A., Lima, 2010.
19. GARAY M., Ana. *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio. Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida*. Primera edición, GRIJLEY editores, Lima. 2009.
20. GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores, Lima, 2014.
21. GROSMAN; POLAKIEWICH; CHAVANNEAU Y OTROS. *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.
22. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia. Editorial Iustitia, Lima. 2012.
23. JOSSERAND, Luis. Derecho Civil. Regímenes matrimoniales. Tomo III. Ediciones jurídicas Europea-Americana. Buenos Aires, 1951.
24. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco. *Derecho de familia*, 4ta edición, José María Bosch Editores, Barcelona, 1997.
25. MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia, tomo 4, 3ra edición*, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999.
26. MEJÍA SALAS, Pedro. *La Patria Potestad*. Ediciones Librería y Ediciones jurídicas, Lima. 2009.
27. MENDEZ COSTA, María; D'ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2001.

28. NUÑEZ MACÍAS, Nadia. “*La legitimidad de la variación del régimen de visitas. A propósito de la Casación N° 1165-2009-Lambayeque*”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Tomo 146.
29. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. IDEMSA., Lima, 2008.
30. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de familia en el código civil*, editorial Moreno S.A, Lima, 2002.
31. PEREZ CONTRERAS, María de Monserrat. *Derechos de los padres y los hijos*. Colección nuestros derechos. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
32. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Un enfoque de estudio de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2008.
33. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “*Relaciones personales con hijos no sujetos apatria potestad*”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo III. Derecho de Familia. Segunda Parte. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
34. PLACIDO VILCACHGUA, Alex. *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Instituto pacífico, Lima. 2015
35. PLÁCIDO V., Alex. *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
36. PLÁCIDO, Alex. *Manual de derecho de familia*, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
37. RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos del derecho civil. IV Familia, 4ta edición, editorial DYKINSON, Madrid, 2010*.
38. RIQUELME FLORES, Jarecca. *Los derechos humanos de los niños y el código de los niños y adolescentes*, editorial San Marcos, Lima, 2005.
39. RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito A. *Manual de Derecho Procesal Civil*, sexta edición, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2005.
40. RODRIGUEZ ITURRI, Roger. *Código didáctico de los niños y adolescentes. Versión didáctica del D.L. 26102, código de los niños y adolescentes, con normativa desagregada, concordada y complementada*, Primera edición, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

41. SILVA SERNAQUÉ, Santos Alfonso. *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional. Reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*, Editorial Barco de Papel, Lima, 2005.
42. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2004.
43. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
44. WEINBERG, Inés. *Convención sobre los derechos del niño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
45. ZANONNI, Eduardo A. & BOSSERT, Gustavo A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004.