

Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Constitucional



**AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO POR LA APLICACIÓN
DEL ARTÍCULO 88° DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y
ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE
RÉGIMEN DE VISITAS. AREQUIPA 2015 AL 2018.**

Tesis presentada por la Bachiller:

Arisaca Huanca, Edith Noemí

Para optar el Grado Académico de:

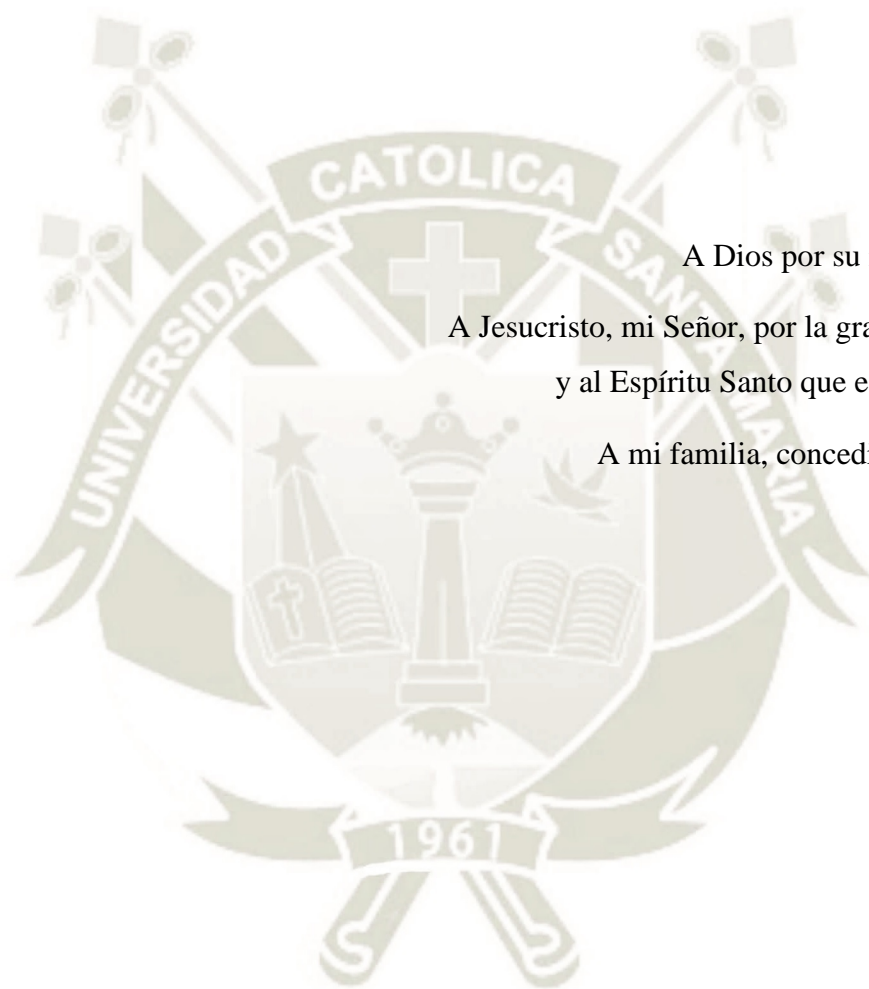
Maestro en Derecho Constitucional

Asesora:

Dra. Amado Mendoza, Ana María

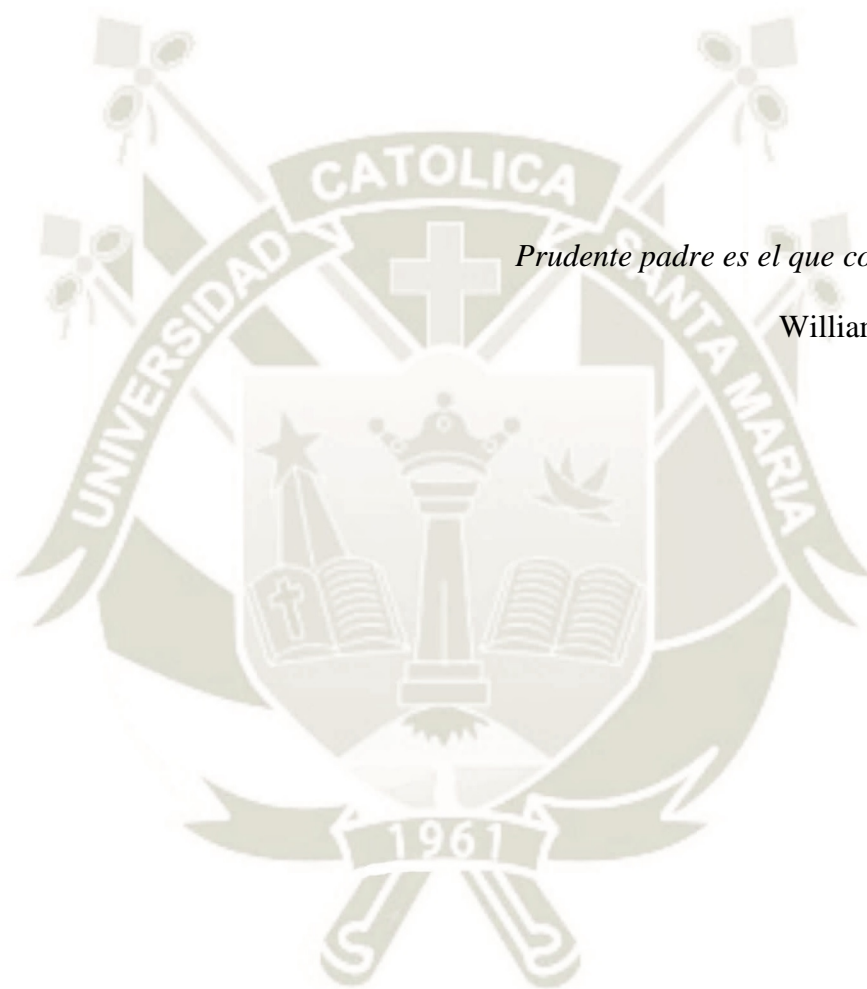
Arequipa – Perú

2021



A Dios por su inmenso amor
A Jesucristo, mi Señor, por la gracia concedida
y al Espíritu Santo que es mi fortaleza.

A mi familia, concedida por gracia.



Prudente padre es el que conoce a su hijo

William Shakespeare

ÍNDICE GENERAL

LISTA DE ABREVIATURAS

RESUMEN

ABSTRACT

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. HIPÓTESIS.....	4
III. OBJETIVOS.....	4
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	6
1. La protección constitucional de la familia.....	6
1.1. La familia.....	6
1.2. Tipos de familias en nuestro país.....	8
1.3. Las funciones de la familia.....	12
1.4. La protección constitucional de la familia.....	16
1.4.1. La familia en la Constitución Política del Perú.....	17
1.4.2. La familia en las normas internacionales de derechos humanos.....	18
1.4.3. La familia según las sentencias del Tribunal Constitucional.....	19
1.5. Principios constitucionales de protección a la familia.....	20
1.5.1. El principio de protección a la familia.....	20
1.5.2. Principio de promoción del matrimonio.....	22
1.5.3. Principio de amparo de uniones de hecho.....	23
1.5.4. El principio de igualdad de categorías de filiación.....	23
1.5.5. El principio de protección y defensa de derechos específicos.....	24
1.6. La ruptura del matrimonio o convivencia y la situación de los hijos.....	25
2. La protección constitucional de los niños y adolescentes en el Perú.....	27

2.1.	El niño y adolescente.....	27
2.2.	Necesidad de protección integral de niños y adolescentes.....	27
2.3.	Principios constitucionales de protectores de los niños y adolescentes..	28
2.3.1.	El principio de protección especial del niño.....	28
2.3.2.	El principio del interés superior del niño.....	30
2.3.3.	El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.....	32
2.3.4.	El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.....	34
3.	El régimen de visitas y los padres deudores alimentarios.....	35
3.1.	La patria potestad.....	36
3.1.1.	Definición.....	36
3.1.2.	Titularidad de la patria potestad.....	37
3.1.3.	Ejercicio de la patria potestad.....	37
3.1.4.	Contenido de la patria potestad.....	38
3.2.	Los alimentos para los hijos.....	40
3.2.1.	Los alimentos.....	40
3.2.2.	La obligación alimentaria.....	41
3.2.3.	Obligados a brindar alimentos.....	41
3.2.4.	Los beneficiarios de los alimentos.....	42
3.2.5.	Requisitos para el cumplimiento de la obligación alimentaria.....	42
3.2.6.	Padres deudores alimentarios.....	44
3.3.	El régimen de visitas.....	45
3.3.1.	Definición.....	45
3.3.2.	Fundamento constitucional y legal del régimen de visitas.....	46

3.3.3.	Personas legitimadas para solicitar régimen de visitas.....	48
3.3.5.	El incumplimiento de la obligación alimentaria en el régimen de visitas.....	49
4.	Principio Constitucional del interés superior del niño y el régimen de visitas.....	50
4.1.	El principio del interés superior del niño.....	50
4.2.	Fundamento jurídico del principio de interés superior del niño.....	50
4.3.	Características del principio de interés superior del niño.....	58
4.4.	Funciones del principio de interés superior del niño.....	60
4.5.	Obligados por el principio de interés superior del niño.....	63
4.6.	El principio de interés superior del niño y el régimen de visitas.....	64
5.	El derecho a la identidad del niño y adolescente.....	69
5.1.	La identidad personal.....	69
5.2.	Características de la identidad personal.....	70
5.3.	Dimensiones de la identidad personal.....	71
5.4.	Derecho a la identidad personal.....	73
5.5.	Protección del derecho a la identidad del niño.....	75
5.6.	El carácter fundamental del derecho a la identidad.....	77
5.7.	El derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana...	77
CAPÍTULO II: MARCO OPERACIONAL.....		80
1.	Problemas de investigación.....	80
1.1.	Determinación del problema.....	80
1.2.	Enunciado del problema.....	82
1.3.	Descripción del problema.....	83

1.3.1.	Campo, área y línea de investigación.....	83
1.3.2.	Operación de variables.....	83
1.3.3.	Tipo de investigación.....	85
1.3.4.	Nivel de investigación.....	85
1.4.	Interrogantes de la investigación.....	85
1.4.1.	Pregunta general.....	86
1.4.2.	Preguntas específicas.....	86
2.	Justificación.....	86
3.	Objetivos.....	89
2.1.	Objetivo general.....	89
2.2.	Objetivos específicos.....	89
4.	Hipótesis.....	90
5.	Métodos empleados en el análisis.....	91
6.	Técnicas, instrumentos y materiales de verificación.....	92
7.	Campo de verificación.....	93
7.1.	Ubicación espacial.....	93
7.2.	Ubicación temporal.....	93
7.3.	Unidad de estudios.....	93
8.	Estrategia de recolección de datos.....	93
8.1.	Organización.....	93
8.2.	Validación de instrumentos.....	93
8.3.	Criterio para manejo de resultados.....	94
CAPITULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....		95

1.	La naturaleza jurídica del régimen de visitas según el ordenamiento jurídico.....	95
1.1.	Análisis de la regulación constitucional del régimen de visitas.....	95
1.2.	Análisis de la regulación legal del régimen de visitas.....	98
1.3.	Análisis del tratamiento jurisprudencial del régimen de vistas.....	101
1.4.	La naturaleza jurídica del régimen de vistas conforme a nuestra legislación y jurisprudencia.....	104
2.	Status jurídico del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano.....	106
2.1.	Regulación a nivel constitucional del principio de interés superior del niño.....	106
2.2.	Regulación del principio de interés superior del niño a nivel legal.....	109
2.3.	El status jurídico del principio de interés superior del niño en la jurisprudencia.....	113
2.4.	El status jurídico del principio de interés superior del niño.....	115
2.5.	Alcances del principio constitucional de interés superior del niño.....	116
3.	Demandas de régimen de visitas interpuestas por padres deudores alimentarios.....	120
3.1.	Demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa.....	120
3.1.1.	Procesos de régimen de visitas en los Juzgados de Familia durante los años 2015 al 2018.....	121
3.1.2.	Calificación de demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018.....	123

3.1.3.	Causal de improcedencia de demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018.....	125
3.1.4.	Argumento para declarar improcedencia de demandas de otorgamiento de régimen de visitas interpuesta por deudores alimentarios.....	128
3.1.5.	Análisis de casos de demandas de régimen de visitas improcedentes interpuesta por padres deudores alimentarios en los Juzgados de Familia de Arequipa, años 2015 al 2018.....	130
3.1.5.1	Expediente N° 04723-2014-0-0401-JR-FC-04.....	131
3.1.5.2	Expediente N° 01641-2015-0-0401-JR-FC-04.....	133
3.1.5.3	Expediente N° 01066-2016-0-0401-JR-FC-01.....	135
3.2.	Análisis de casaciones que permiten el otorgamiento de régimen de visitas a padres deudores alimentarios.....	139
3.2.1.	Casación N° 3841-2009-Lima.....	140
3.2.2.	Casación N° 2195-2010-Lima.....	143
3.2.3.	Expediente N° 00150-2009 (Casación N° 01621-2012-Lima).....	146
3.2.4.	Casación N° 2204-2013-Sullana.....	148
3.2.5.	Casación N° 4253-2016-La Libertad.....	149
4.	La aplicación de los requisitos de procedibilidad del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes y la vulneración del principio de interés superior del niño.....	153
5.	La aplicación de los requisitos de procedibilidad del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes y la afectación de la integridad e identidad personal del niño.....	157
	Conclusiones.....	159

Recomendaciones.....	161
Proyecto de Ley.....	162
Referencia Bibliográfica.....	170

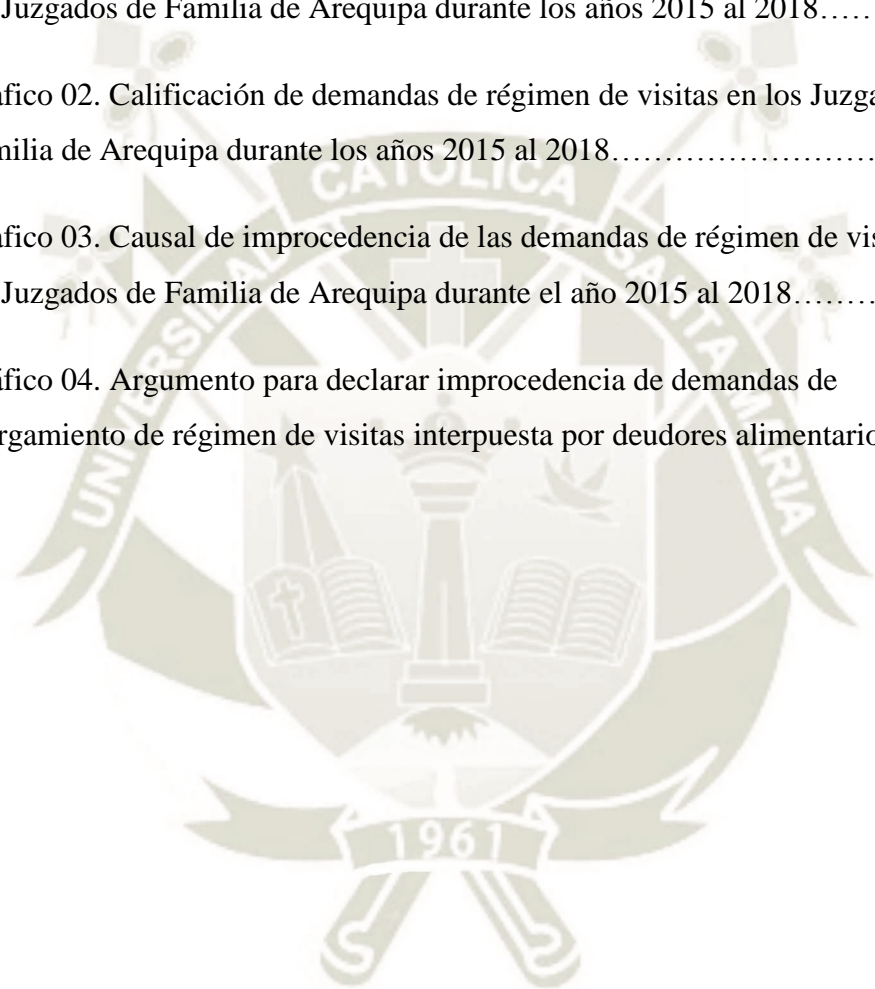


ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 01. Normas constitucionales que regulan el régimen de vistas.....	96
Tabla N° 02. Regulación legal del régimen de visitas.....	99
Tabla N° 03. El régimen de visitas en la Jurisprudencia del Poder Judicial y Tribunal Constitucional.....	102
Tabla N° 04. Normas constitucionales sobre Principio Interés Superior del Niño	106
Tabla N° 05. Normas legales que regulan el principio de Interés Superior del Niño a nivel de nuestro ordenamiento jurídico.....	109
Tabla N° 06. El Principio de Interés Superior del Niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.....	113
Tabla N° 07. Procesos de régimen de visitas frente a otros procesos, tramitados a los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018.....	121
Tabla N° 08. Calificación de demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018.....	123
Tabla N° 09. Causal de improcedencia de las demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2015 al 2018.....	125
Tabla N° 10. Argumento para declarar improcedencia de demandas de otorgamiento de régimen de visitas interpuesta por deudores alimentarios.....	128
Tabla N° 11. Análisis del Expediente N° 04723-2014-0-0401-JR-FC-04.....	131
Tabla N° 12. Análisis del Expediente N° 01641-2015-0-0401-JR-FC-04.....	133
Tabla N° 13. Análisis del Expediente N° 01066-2016-0-0401-JR-FC-01.....	135
Tabla N° 14. Análisis de la Casación N° 3841-2009-Lima.....	140
Tabla N° 15. Análisis de la Casación N° 2195-2010-Lima.....	143
Tabla N° 16. Análisis de la Cas. N° 01621-2012-Lima y Exp. N° 00150-2009...	146
Tabla N° 17. Análisis de la Casación N° 2204-2013-Sullana.....	148
Tabla N° 18. Análisis de la Casación N° 4253-2016-La Libertad.....	149

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Grafico 01. Procesos de régimen de visitas frente a otros procesos, tramitados a los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018.....	121
Grafico 02. Calificación de demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018.....	123
Grafico 03. Causal de improcedencia de las demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2015 al 2018.....	125
Gráfico 04. Argumento para declarar improcedencia de demandas de otorgamiento de régimen de visitas interpuesta por deudores alimentarios.....	128



LISTA DE ABREVIATURAS

CAS.	: Casación
CC	: Código Civil
CDN	: Convención de los Derechos del Niño
CNA	: Código de Niños y Adolescentes
CP	: Código Penal
DDN	: Declaración de los Derechos del Niño
MINJUS	: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
MIMP	: Ministerio de Justicia y Poblaciones Vulnerables
PJ	: Poder Judicial
REDAM	: Registro de Deudores Alimentarios Morosos
STC	: Sentencia del tribunal Constitucional
TC	: Tribunal Constitucional

RESUMEN

A nivel de nuestra legislación nacional el artículo 88° del Código de los 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” (CNA, 2000, artículo 88°), lo que hace que los padres que no estén al día con el pago de los alimentos no puedan visitar a sus hijos.

El régimen de visitas si bien es cierto que se encuentra regulado como derecho los padres, también es derecho de los hijos, pues el más favorecido con las visitas son los hijos menores en plena etapa de desarrollo, por lo que al negar la visita a los padres deudores alimentarios, también se afectan los derechos de los hijos, pues les priva de continuar interrelacionándose con su padre o madre con quien no vive, que es su interés superior.

En ese sentido, en el desarrollo de la presente investigación primeramente hemos determinado la naturaleza jurídica del régimen de visitas, llegando a concluir que este es un derecho que permite la continuidad de relaciones interpersonales entre padres e hijos que no viven juntos, con la finalidad de propiciar el fortalecimiento de los lazos familiares, que favorecen el desarrollo integral del niño y adolescente, así como fortalecer la formación y consolidación de su identidad personal.

Se ha determinado que el principio de interés superior del niño, de carácter primordial en la resolución de conflictos que involucran a menores, en nuestro país goza de rango constitucional, pues conforme el Tribunal Constitucional ha señalado en su múltiple jurisprudencia, éste fluye a partir del artículo 4° de la Constitución cuando establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente. Además, el principio de interés superior del niño ha sido consagrado en normas internacionales de derechos humanos, los que tienen rango constitucional conforme a nuestra legislación, por lo que, constituye un principio de observancia obligatoria tanto para las entidades estatales y privadas en asuntos de menores.

De igual manera, se ha determinado que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, no existe una justificación valedera la imposición del requisito de procedibilidad previsto por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, de acreditar el cumplimiento de la obligación alimentaria para acceder al régimen de visitas, por cuanto el derecho de visitas no es derecho exclusivo de los padres, sino también de los hijos, por lo que su otorgamiento no puede condicionarse a cuestiones económicas en las que los hijos no tienen ninguna responsabilidad, y haciéndolo así se vulnerara los derechos de los niños y adolescentes y su interés superior.

Se ha determinado que en los Juzgados de Familia de Arequipa hay un buen porcentaje de demandas de régimen de visitas (36%) que son declaradas improcedentes, o son rechazadas al no subsanar la inadmisibilidad en el plazo otorgado, por cuanto el demandante no puede acreditar el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, lo que demuestra que en estos casos, a nivel de nuestros Juzgados, las demandas de régimen de visitas interpuesta por padres deudores alimentarios, no se están tramitando aplicando el principio del interés superior del niño, y asimismo nos hace ver que la aplicación de los requisitos de procedibilidad previsto en el referido artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes limita los derechos del niño y su interés superior.

Palabras Claves: Régimen de visitas. Interés Superior del Niño.

ABSTRACT

At the level of our national legislation, Article 88 of the Code of Children and Adolescents states that “parents who do not exercise parental rights have the right to visit their children, for which they must prove with sufficient proof the compliance or impossibility of fulfillment of the food obligation” (CNA, 2000, article 88), which means that parents who are not up to date with the payment of food cannot visit their children.

The visitation regime, although it is true that the parents are regulated as a right, is also the right of the children, since the most favored with the visits are the minor children in full stage of development, so by denying the visit to the Food debtor parents also affect the rights of children, as it deprives them of continuing to interact with their father or mother with whom they do not live, which is their best interest.

In that sense, in the development of the present investigation we have first determined the legal nature of the visitation regime, concluding that this is a right that allows the continuity of interpersonal relationships between parents and children who do not live together, with the purpose of promote the strengthening of family ties, which favor the integral development of children and adolescents, as well as strengthen the formation and consolidation of their personal identity.

It has been determined that the principle of the best interests of the child, of a primary nature in the resolution of conflicts involving minors, in our country enjoys constitutional status, since as the Constitutional Court has indicated in its multiple jurisprudence, it flows from the Article 4 of the Constitution when it establishes that the community and the State especially protect children and adolescents. In addition, the principle of the best interests of the child has been enshrined in international human rights standards, which have constitutional status under our legislation, so it constitutes a principle of mandatory observance for both state and private entities in matters of minors.

Likewise, it has been determined that in accordance with the jurisprudence of the Supreme Court and the Constitutional Court, there is no valid justification for the imposition of the procedural requirement provided for in article 88 of the Code of Children and Adolescents, to prove compliance with the food obligation to access the visitation regime, since the right of visits is not the exclusive right of the parents, but also of the children, so that their granting cannot be conditional on economic issues in which the children have no responsibility, and doing so violates the rights of children and adolescents and their best interests.

It has been determined that in the Family Courts of Arequipa there is a good percentage of demands for visits regime (36%) that are declared inadmissible, or are rejected by not correcting inadmissibility within the granted period, since the plaintiff cannot prove the fulfillment of their food obligations, which demonstrates that in these cases, at the level of our Courts, the demands of the visit regime filed by the debtor parents, are not being processed applying the principle of the best interests of the child, and also makes us see that the application of the procedural requirements set forth in the aforementioned article 88 of the Code of Children and Adolescents limits the rights of the child and his best interests.

Keywords: Dressing regime. Best Interest of the Child.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge a raíz de que al revisar en los archivos de la Corte Superior de Justicia de Arequipa encontramos que más del 30% de las demandas de régimen de visitas fueron declaradas improcedentes o rechazadas por no haber subsanado la inadmisibilidad en el plazo otorgado, por cuanto el demandante no ha demostrado estar al día en el pago de la pensión de alimentos, en aplicación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes que exige como requisito de procedibilidad que los padres que solicitan el régimen de visitas deben “acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria” (CNA, 2000, artículo 88°).

En ese sentido, siendo que el derecho de visitas no constituye derecho exclusivo de los padres, sino también derecho de los hijos de ser visitados, a fin de permitir la continuidad de las relaciones de padres e hijos y favorecer el desarrollo integral del niño y adolescente, lo dispuesto por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, priva a los hijos menores de edad de su derecho de ser visitados, sin que dicho incumplimiento sea su responsabilidad.

El derecho del niño o adolescente de ser visitado por el padre o la madre con quien no vive, es un derecho fundamental que permite al niño y adolescente a crecer en familia, favoreciendo su desarrollo integral y la formación y consolidación de su identidad personal, por lo que, condicionar el derecho de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria de los padres, no favorece a su desarrollo ni la formación de su identidad, lo que es contrario a su interés superior.

En este tipo de procesos el interés superior del niño debe merecer la atención prioritaria frente a cualquier otro derecho en contraposición. Por ello, el principio de interés superior del niño constituye una garantía constitucional de los derechos del niño y adolescente, por cuanto ha sido consagrado en normas constitucionales y normas internacionales de derechos humanos, como la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño. En nuestro país fluye desde el artículo 4° de la Constitución, por lo que “las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección

de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 11).

La gran importancia del régimen de visitas para el adecuado desarrollo del niño y adolescente, que es su interés superior, ha hecho que en sendos pronunciamientos nuestra Corte Suprema señalara que “el incumplimiento de alimentos no puede impedir que al padre se le conceda un régimen de visitas, pues se debe privilegiar 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” (Casación N° 2204-2013-Sullana, Sexto Considerando). Sin embargo, como señalamos al principio, en nuestros Juzgados, aún se sigue negando el otorgamiento del régimen de visitas a los padres que no están al día con el pago de sus pensiones alimentarias.

Si bien los alimentos son de vital importancia para el desarrollo del menor, también las visitas son muy importantes para el desarrollo psicoemocional del menor. Ambos son igualmente importantes para el desarrollo integral del niño o adolescente, por lo que privarle al menor de la visita de su padre o su madre con quien no vive, no es el más adecuado, más teniendo en cuenta que para hacer cumplir la obligación alimentaria existen otros mecanismos mucho más efectivos, como la denuncia penal por el delito de omisión a la asistencia familiar (artículo 149° del Código Penal) o la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM), cuyas consecuencias afectan de manera personal al padre deudor alimentario, más no al niño, como en el caso de los requisitos de procedibilidad del régimen de visitas referido.

Allí radica la importancia de la presente investigación, que ha permitido analizar la afectación del principio constitucional del interés superior del niño en los Juzgados de Familia de Arequipa, en la tramitación de las demandas de régimen de visitas interpuestas por los padres deudores alimentarios, aplicando los requisitos de procedibilidad dispuestos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, y en base a dicho análisis proponer alternativas de solución.

Con la ejecución del trabajo de investigación hemos logrado alcanzar los objetivos propuestos y demostrado la hipótesis planteada. Por ello, con la finalidad de presentar adecuadamente los resultados de nuestra investigación, el presente trabajo se ha estructurado en tres Capítulos:

En el Capítulo I, se presenta el marco teórico, que contiene el sustento teórico de la investigación, donde se exponen temas referidos a la protección constitucional de la familia, protección constitucional del niño y adolescente, el régimen de visitas, los alimentos para menores, el principio constitucional del interés superior del niño y adolescente y la identidad personal del menor.

En el Capítulo II, se presenta el marco metodológico, referido a la descripción de las estrategias metodológicas utilizadas en la ejecución de la investigación.

En el Capítulo III, se presenta los resultados y su discusión, donde se expone de manera organizada los resultados a los que se ha llegado con la presente investigación, organizándolos conforme a los objetivos y la hipótesis que nos hemos planteado.

En la parte final se acompaña las conclusiones, recomendaciones, la propuesta legislativa consistente en un Proyecto de Ley que versa sobre la modificación del Código de Niños y Adolescentes, así como del Código Civil.

En esta parte quisiera agradecer el apoyo de todas las personas, familiares, amigos, docentes, instituciones, entre otros en la ejecución de la presente investigación, pues sin su ayuda ello hubiera sido muy difícil en la conclusión de esta investigación.

II. HIPÓTESIS

DADO QUE, en los Juzgados de Familia de Arequipa, las demandas de régimen de visitas interpuestas por padres que no acreditan cumplir con el pago de los alimentos son declaradas improcedentes, o en todo caso rechazadas por no subsanar la inadmisibilidad por el mismo motivo, aplicando el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, **ES PROBABLE QUE**, con la aplicación del requisito de procedibilidad de las demandas de régimen de visitas, establecido por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, se vulnere el principio constitucional del interés superior del niño, puesto que no favorece el desarrollo integral del niño o adolescente y la adecuada formación y fortalecimiento de su identidad.

III. OBJETIVOS

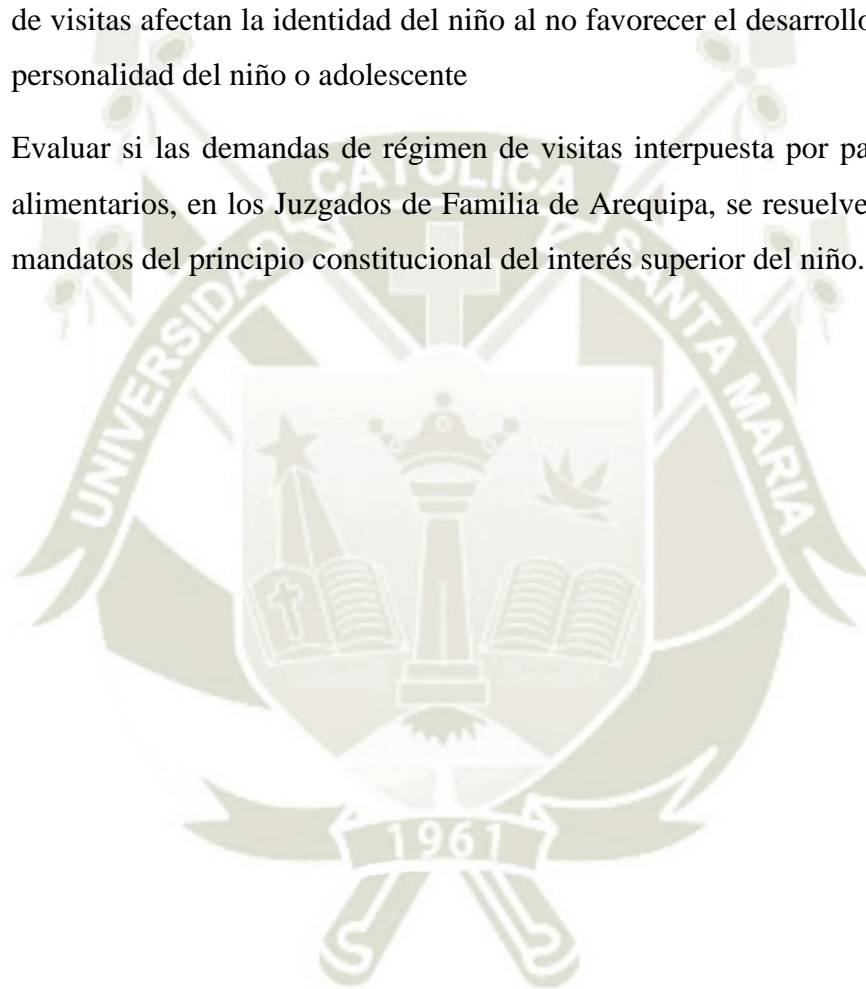
1.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si se afecta el principio constitucional del interés superior del niño con la aplicación del requisito de procedibilidad establecido por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas.

1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer la naturaleza jurídica del régimen de visitas según el ordenamiento jurídico peruano.
- Establecer el status jurídico del principio de interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento jurídico peruano.

- Precisar si la aplicación de los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas vulnera el principio de interés superior del niño.
- Demostrar que la aplicación de los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas afectan la identidad del niño al no favorecer el desarrollo integral de la personalidad del niño o adolescente
- Evaluar si las demandas de régimen de visitas interpuesta por padres deudores alimentarios, en los Juzgados de Familia de Arequipa, se resuelve aplicando los mandatos del principio constitucional del interés superior del niño.



CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1. La protección constitucional de la familia

1.1. La familia

A nivel de nuestra legislación, ni la Constitución ni el Código Civil definen a la familia, sino solamente hacen referencia a su nomenclatura, los que sin embargo nos ilustran sobre esta institución de trascendental importancia para la sociedad.

Nuestra Constitución Política del Perú señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 4°). En ese sentido, en el Perú la familia constituye una institución natural y fundamental de la sociedad, por lo que sobre la base de la familia se forma la sociedad.

El Código Civil en su libro segundo, trata sobre el Derecho de Familia desde el artículo 233° hasta el artículo 659°. El artículo 233° del mencionado cuerpo legal señala que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú” (CC, 1984, artículo 233°). Esta norma tampoco define la familia, sino solo se ocupa de la finalidad por lo que se regula jurídicamente la familia.

La falta de definición constitucional y legal de la familia ha originado que se conceptualice desde diversos ámbitos a la familia, sin poder consensuar en uno.

La conceptualización de la familia, al igual que la familia misma, ha evolucionado con el correr del tiempo, adecuándose o acomodándose a los cambios y variaciones que se vienen operando en la sociedad.

El Tribunal Constitucional, observando esta realidad cambiante en lo que se desenvuelve la familia, nos dice:

Debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, que han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias, por lo que a la fecha se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7).

Debido a estos cambios no es fácil definir la familia. Sin embargo, considero que las definiciones de familia efectuadas por Cornejo Chávez y Alex Plácido, son los que más se adaptan a la actual época en que vivimos. El primero de ellos señala que:

En sentido amplio la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad. En sentido restringido, la familia puede ser entendida como: a) El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente solo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear. b) La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y c) La familia compuesta, que es la familia nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de familia (Cornejo, 1999, pp. 13-14).

De esta manera se conceptualiza a la familia en sentido amplio, a la familia en forma general, como también desde un punto de vista restringido, refiriéndose

específicamente a ciertos tipos o estructuras familiares. Por otra parte, el segundo autor señala que:

No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia y aun otra más, intermedia. A) Familia en sentido amplio (familia extendida), en el sentido más amplio (familia como parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y parentesco; B) Familia en sentido restringido (familia nuclear) comprende sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica por ser el núcleo más limitado de la organización social; C) Familia en sentido intermedio (Familia compuesta), En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella (Plácido, 2010, pp. 15-16).

En la presente investigación, cuando nos referimos a la familia, nos referiremos en un sentido amplio, al conjunto de personas unidas por vínculos del matrimonio, de parentesco o de afinidad que viven juntos, interactuando diariamente unos con los otros, por cuanto el caso del régimen de visitas no siempre se da en las familias nucleares, sino en cualquier otro tipo de familia, con la única condición de que uno de los progenitores tiene la tenencia de sus hijos, y el otro progenitor debe hacer uso de las visitas para mantener las relaciones interpersonales con su hijo o hijos.

1.2. Tipos de familias en nuestro país

Debido a los cambios socioculturales que operan en el mundo, así como en nuestro país, las estructuras tradicionales de la familia también han tenido que cambiar.

Las familias conformadas por padres e hijos han cambiado. Debido a dichos cambios han aparecido “familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7).

En ese entorno ya no se puede hablar de un solo tipo de familia, sino de varios tipos, y cada uno con una estructura y característica distinta. Por ello, en base al reconocimiento legal que han recibido o no, estas tipologías de familias podemos agruparlas “en dos grupos: explícitas e implícitas” (Varsi, 2011, p. 61).

1.2.1. Las familias explícitamente reconocidas en la legislación

Son los tipos de familias que nuestra legislación ha reconocido expresamente en las diferentes normativas. Como señala Varsi (2011) “son aquellos tipos de familia reconocidos expresamente por la ley” (p. 61).

En este grupo encontramos las familias nucleares, extendidas, compuestas y uniones de hecho.

1.- Las familias nucleares

Son las familias conformadas por “el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad” (Calderón, 2014, p. 24).

Es la familia tradicional o clásica, donde no caben otros miembros aparte de los padres y los hijos.

2.- Las familias extendidas

Es la familia compuesta por la familia nuclear y parientes de otras generaciones, como los abuelos, nietos, tíos, tías, sobrinos, sobrinas, primos, primas, entre otros. “Conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos del matrimonio o parentesco” (Calderón, 2014, p. 25).

3.- Las familias compuestas

Es la familia compuesta por “la familia nuclear o extendida unida a una o más personas que no tiene parentesco con el jefe de familia, simplemente sería el grupo social que convive en una casa bajo la autoridad del pater de familia” (Calderón, 2014, p. 27).

En nuestro país la presencia de este tipo de familias es común. Por ejemplo, el caso de las familias conformadas por los padres e hijos, más los ahijados o ahijadas.

4.- Las uniones de hecho

Es la unión convivencial permanente de dos personas de sexos opuestos, sin impedimento para casarse. Como señalan Bossert y Zannoni (2016) es la “unión permanente de un hombre y de una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre cónyuges” (p. 267).

En la familia donde viven padres e hijos, pero los padres no están casados, a pesar que no tienen impedimento alguno para casarse. En estos casos los convivientes viven como si fueran casados, por lo que nuestra legislación les reconoce derechos similares que a los matrimonios.

1.2.2. Entidades familiares implícitas

Son aquellas familias que no se encuentran expresamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, a pesar que la legislación no los ha contemplado expresamente, existen y son parte de nuestra sociedad.

Entre estas familias tenemos:

1.- Las familias monoparentales

Son las familias conformadas solo por uno de los padres y su hijo o hijos. Como afirma también Varsi (2011) este tipo de familia está “conformada por uno de los padres con sus hijos” (p. 69).

Es el caso de las madres solteras, las viudas, las separadas o madres o padres casadas/os abandonadas/os, que crían y cuidan solos a sus hijos o hijas.

2.- La familia homo afectiva

Son uniones de parejas del mismo sexo. La legislación peruana no reconoce las parejas homosexuales.

3.- Las familias ensambladas

Varsi (2011) define a la familia ensamblada como aquella “estructura familiar que mantiene una persona con otra, en la que una de ellas o ambas tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente). Es la pareja en segundas nupcias con hijos propios y comunes” (p. 71).

En ese sentido, las familias ensambladas son aquellas familias que se origina a partir de la unión matrimonial o convivencial de una pareja de viudos, o divorciados, o de padres solteros, donde uno o ambos integrantes de la pareja traen hijo o hijos provenientes de una relación anterior.

La tipología de las familias tiene importancia para el presente trabajo, por cuanto no en todas las familias los padres viven juntos. En las familias nucleares es normal que encontremos conviviendo padres e hijos, en el resto de los tipos de familias no siempre se da esta situación.

La problemática por la tenencia, y por lo tanto el régimen de vistas, mayormente se presentan en las familias no nucleares, pues es allí donde uno de los progenitores tiene la tenencia de los hijos y para el otro progenitor se debe fijar el régimen de visitas. Es allí donde surge el problema que analizamos en la presente investigación.

1.3. Las funciones de la familia

La familia, cualquiera sea su tipología, constituye la célula fundamental de la sociedad, pues es en base a la familia que se forma la sociedad y las personas, sobre todo los niños, viven y se desarrollan en el seno de una familia.

En medido de esa situación, la familia cumple una diversidad de funciones, como: Educar y cuidar a los hijos, proveer para la familia, brindarse afecto, entre ellos, etc. que mantiene al grupo unido y en permanente formación.

Peralta (2008) señala que “las funciones de la familia se puede agrupar en sexuales, reproductivas, económicas y educativas” (pp. 49-50).

Varsi (2011) señala que la familia cumple diversas funciones como “la función geneonómica (procreacional), alimentaria, función asistencial, económica, de trascendencia y afectiva” (pp. 41-43).

A nivel de nuestra legislación, el Decreto Legislativo 1408, Decreto Legislativo para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias, ha señalado a través de su artículo 7°, que para alcanzar el desarrollo integral de sus integrantes, las familias cumplen principalmente las funciones de: formadora, socializadora, cuidados y protección, seguridad y protección económica, y afectiva.

1.3.1. Función formadora

Esta función tiene que ver sobre todo con el papel de los padres en la formación de los hijos. Sin embargo, no solo los hijos se forman en la familia, sino cada uno de sus miembros, por cuanto nadie deja de aprender y mejorar su formación personal en todos los días de su vida.

La Constitución Política peruana señala que “los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo” (Constitución, 1993, artículo 13). Lo que nos hace ver que la familia es la encargada de formar al futuro ciudadano, aunque

debemos entender que esta función debe ser entendida como una actividad permanente de formación y desarrollo psíquico del niño desde su nacimiento y por toda su vida.

En ese sentido, la familia es la encargada de “la transmisión de valores, normas, costumbres y conocimientos orientados al desarrollo pleno de las capacidades y el ejercicio de los deberes y derechos de sus integrantes, para con su familia y la comunidad” (Decreto Legislativo 1408, 2018, artículo 7).

La familia se constituye en la primera escuela donde los hijos se forman para vivir en sociedad. La familia es la encargada de transmitir los valores, principios, las costumbres, entre otras herramientas que servirán a los hijos para convivir en sociedad.

1.3.2. Función socializadora

Las personas somos seres sociales, por cuanto nacimos, vivimos y morimos en relación con otras personas. Sin embargo, no se trata de vivir simplemente acompañados de otros, sino de vivir participando activamente en la vida social, cumpliendo ciertas reglas morales y jurídicas que permitan mantener las interrelaciones sociales.

Para la convivencia social de las personas es muy importante la familia, pues no hay mejor lugar para prepararse para la vida en sociedad, sobre todo de los hijos. La familia tiene esa función de resocializadora, pues la familia es la que permite la:

Promoción y fortalecimiento de la red de relaciones de cada integrante de la familia como persona, así como de las familias como grupo o institución; y del aprendizaje de las formas de interacción social vigentes y los principios, valores y normas que las regulan, generando un sentido de pertenencia e identidad (Decreto Legislativo 1408, 2018, artículo 7).

La función resocializadora de la familia nace desde la Constitución cuando en su artículo 4° reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la

sociedad, que significa que es sobre la base de la familia que se organiza la sociedad entera. Es decir, la sociedad es un grupo organizado de familias.

La familia es la que prepara a sus miembros para enfrentar los retos y desafíos que exige la sociedad moderna. La formación y preparación sólida que proporciona la familia a sus miembros desde niño, serán los pilares que le mantendrán firmes ante cualquier adversidad de la vida. Allí cobra la importancia de la interrelación de los hijos con sus padres, por cuanto es allí donde se fortalece el desarrollo personal del hijo o hija, por lo que, aunque un padre no tenga a su lado a sus hijos, debe compensarse esa carencia fijando un régimen de visitas, los que de ningún modo deben ser entorpecidos.

1.3.3. Función de cuidados y protección

La familia es donde se forman los integrantes de la familia, entre ellos los hijos. Por ello nuestra Constitución señala que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6). Lo que nos hace ver que es responsabilidad de familia, de los padres de manera específica, brindar cuidados y protección a los hijos, así como los hijos deben respetar a sus padres, y asistirlos cuando los padres necesiten.

A nivel de nuestra legislación nacional se ha señalado que las familias:

Son el espacio fundamental donde se brindan los cuidados y la protección necesaria a sus integrantes, en especial a las niñas, niños, adolescentes, gestantes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y aquellas con enfermedades crónicas y/o terminales, con la finalidad de cubrir sus necesidades y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos para lograr su desarrollo integral y el derecho a una vida plena (D. Leg. 1408, 2018, artículo 7).

Es en la familia donde, sobre todo los hijos, crecen bajo la protección de los padres y son preparados para enfrentar la vida en lo sucesivo, pues la familia es “el centro más perfecto de aprendizaje, de formación espiritual y de preservación básica

que prepara a los seres para la integración social y el ejercicio natural y normal de sus potencialidades” (Varsi, 2011, p. 44).

La integración social y el ejercicio natural de las potencialidades de los hijos se acrecientan cuando los hijos conviven con los padres, recibiendo apoyo y afecto, los que demuestra la importancia de la interrelación de los hijos con sus padres, por lo que, aunque los padres se encontraran separados, se debe propiciar dicha interrelación mediante las visitas o mecanismos similares.

1.3.4. Función de brindar seguridad y protección económica

Toda persona para vivir adecuadamente en la sociedad necesita del apoyo y colaboración de los demás, por lo que en primer lugar “corresponde a las familias garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de todas/os sus integrantes en el marco de la corresponsabilidad e igualdad” (Decreto Legislativo 1408, 2018, artículo 7).

En caso de los hijos, sobre todo, para desarrollarse plena e integralmente, es necesario que ellos se sientan seguros, respaldados por sus padres. Por ello los padres deben brindar apoyo afectivo así como económico.

Debemos entender que es en la familia donde los miembros de la misma aprenden y se forman para cumplir con proveer para la familia, realizar actividades que posibiliten mantener el hogar y la familia, proveyendo para los gastos familiares como alimento, vestido, vivienda, etc., así como efectuar las tareas domésticas, velar por la salud de los integrantes, entre otros.

1.3.5. Función afectiva

Esta función consiste “en transmitir, reproducir y promover vínculos de afecto entre las personas que integran las familias, esenciales para su formación, adquisición de habilidades emocionales, consolidación de su autoestima, autoconfianza y realización personal” (Decreto Legislativo 1408, 2018, artículo 7).

Ello nos hace entender que “las familias constituyen el primer espacio de transmisión de afecto, seguridad, orientación, formación, educación, solidaridad y valores esenciales para el desarrollo integral de sus miembros, como seres humanos libres y felices, capaces de ejercer plenamente sus derechos, respetando la integridad y los derechos humanos de las demás personas, y de ejercer una ciudadanía responsable y productiva” (Decreto Legislativo 1408, 2018, artículo 5).

La característica fundamental de las familias es la existencia de ese vínculo de afecto y cariño que existe entre sus miembros. En las familias nucleares el surgimiento de estos lazos de afecto es algo natural y normal, sin embargo, en las familias extendidas o compuestas no siempre es sencillo.

Como señala Varsi (2011) “la affectio, el amor, comprensión, entrega es la razón que permite la integración de las personas que conforman una familia” (p. 43). El afecto es lo que mantiene unidos a las familias, y ello se desarrolla con la interacción constante de los miembros de la familia.

En ese sentido, a fin de apoyar en el desarrollo integral de los miembros de la familia, sobre todo de los hijos, y que se formen como seres humanos libres y felices, capaces de ejercer plenamente sus derechos, respetando la integridad y los derechos de los demás, es una necesidad ineludible que los padres mantengan una relación interpersonal con los hijos, y en caso de no vivir con ellos, se les establezca un régimen de visitas para mantener esa interrelación y así permitir el desarrollo afectivo de los hijos.

1.4. La protección constitucional de la familia

Cuando hablamos de la protección constitucional de la familia no solo estamos hablando de la regulación de la familia y sus funciones en la Constitución, sino también en las normas internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, así como los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, en su condición de supremo interprete de la Constitución.

1.4.1. La familia en la Constitución Política

La Constitución Política del Perú no define a la familia, probablemente por la amplitud del concepto y la diversidad de tipos de familias que se van formando a medida que transcurre el tiempo. Sin embargo, no ha dejado exenta estos ámbitos, sino entre sus artículos 4° al 7° se ha ocupado de aspectos relacionados con la familia, mostrándonos su interés por tutelar las instituciones familiares y los derechos familiares.

El artículo 4° de la Constitución establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 4°). De esta manera la Constitución brinda protección del más alto nivel a la familia, entendiéndolo como una institución fundamental para la sociedad, y dentro de ella resalta de manera especial la protección de los niños y adolescente, como también a la madre y al anciano en situación de abandono.

Por ello, en cualquier situación problemática en que puede encontrarse un niño o adolescente, se tiene que buscar proteger de una manera especial al niño o adolescente. La protección especial del niño y el adolescente “se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños” (STC, Exp. N° 1817-2009-PHC/TC, FJ. 6).

Por la razón expuesta, el Estado, la familia, comunidad y sociedad en general tienen la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales, así como tienen el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

La Constitución, luego de ocuparse de la familia matrimonial en su artículo 4°, en el artículo 5° reconoce a la unión convivencial como una forma de familia y a través de su artículo 6° establece como política del Estado la obligación de difundir y promocionar la paternidad y maternidad responsable, señalando como deber y

derecho de los padres velar por la alimentación, educación y seguridad material y emocional de los hijos.

De esta manera, la familia goza de una protección constitucional, por lo que las instituciones familiares que de ella derivan también gozan de esa misma naturaleza.

1.4.2. La familia en las normas internacionales de derechos humanos

Nuestra legislación no está conformada solamente por las disposiciones emanadas de nuestros organismos nacionales, sino también por las normas emanadas de los organismos internacionales, por cuanto de conformidad con el artículo 55° de la Constitución “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Constitución, 1993, artículo 55), lo que es ratificado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución cuando señala que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Constitución, 1993, Cuarta Disposición Complementaria). Por lo tanto, las normas internacionales que han sido ratificadas por nuestro país, forman parte de nuestro derecho interno y tienen rango constitucional.

Respecto a la familia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (DUDH, 1948, artículo 16.3). En esa misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (CADH, 1969, artículo 17.1).

De esta manera las normas internacionales de derechos humanos, que forman parte de nuestro derecho nacional, reconocen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y merecedor de una protección por parte del Estado y de la sociedad. En ese sentido, siendo que las normas internacionales ratificadas por el Estado peruano forman parte de nuestro derecho interno y de rango constitucional,

corroboran la protección constitucional que ha recibido la familia en el ordenamiento jurídico peruano.

1.4.3. La familia según las sentencias del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, como tal ha señalado que:

La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ 6).

El mismo Tribunal reconociendo los cambios que vinieron operándose en nuestra realidad sociocultural señala:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, que han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias, por lo que a la fecha se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7).

De esta manera, en nuestros tiempos no podemos hablar de un solo tipo de familia, sino de varios tipos de organizaciones familiares. Sin embargo, ello no significa que algunos reciban mayor o menor protección, sino que se brinda igual protección a todas esas tipologías de familias, sin privilegiar a algún tipo de familia, más teniendo en cuenta que en la mayoría de las familias se desarrollan y se forman hijos menores que merecen una atención especial.

De manera que, conforme a las normas constitucionales, las normas internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la familia es reconocida como una institución natural y fundamental de la sociedad, merecedora de protección de parte del Estado y de la comunidad. Dentro de ella, algunas categorías de personas, como el caso de los niños y los adolescentes, merecen una especial protección, por su condición de mayor vulnerabilidad.

Por otra parte, en base a las normas señaladas, la Constitución reconoce tanto a la familia matrimonial y extramatrimonial. Es decir, la Constitución protege a la familia como tal, sin distinguir que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. Establece que la familia es una sola, sin considerar la base de su constitución legal o de hecho, por lo que sus miembros, por ejemplos los hijos, no pueden recibir trato diferenciado de ningún tipo.

Siendo así, está claro que la familia goza de una protección constitucional. Justamente por ello, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a las instituciones de familia y matrimonio señalados en el artículo 4° de la Constitución, ha dejado en claro que éstos constituyen “dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados” (STC, Exp. N° 2868-2004-AA/TC, FJ 13). De modo que, teniendo en cuenta el carácter normativo de la Constitución, estas normas son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para todos.

1.5. Principios constitucionales de protección a la familia

Conforme a nuestra legislación constitucional reconocemos los siguientes principios de protección familiar:

1.5.1. El principio de protección a la familia

El artículo 4° de la Constitución al señalar que la comunidad y el Estado protegen a la familia, y reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad, brinda una protección constitucional a la familia y a las instituciones que

derivan de ella, como el matrimonio, la tenencia de hijos, régimen de visitas, entre otros.

En el artículo 4° de la Constitución encontramos recogido los principios y derechos modernos del derecho de familia, como “la protección del matrimonio y de la familia, a la madre desamparada, al niño, al adolescente, al anciano en casos de abandono económico, corporal o moral y a la familia de hecho” (Landa, 1990, p. 143).

Normas internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, también se han pronunciado en ese sentido. La Declaración Universal de Derechos Humanos ha señalado que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (DUDH, 1948, artículo 16) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (CADH, 1969, artículo 17.1).

De esta manera vemos que la familia ocupa un lugar especial en nuestra norma constitucional, así como en las normas internacionales de derechos humanos. Ello es así porque la familia constituye un elemento fundamental de la sociedad, y merece de una protección especial, sin distinción de su tipología o su formación. Como señala Plácido (2013) “la familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho” (p. 88), por lo que tanto las familias de origen matrimonial como extramatrimonial reciben igual protección conforme a nuestra normativa.

Esta protección de más alto nivel da seguridad a la continuidad de la familia, así la protección de los derechos de sus miembros. Justamente el principio de protección a la familia “vela por el respeto, seguridad, protección y todo en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad, sin importar su origen, condición, ni calidad de sus integrantes” (Varsi, 2011, p. 252).

1.5.2. Principio de promoción del matrimonio

El artículo 4° de la Constitución al señalar que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, consagra constitucionalmente el principio de promoción del matrimonio, por lo que en nuestro país se fomenta la celebración del matrimonio y se propicia su conservación.

A nivel doctrinal, Varsi (2011) ha señalado que “en base a este principio es incentivar, fomentar y estimular a que las personas se matrimonién, es más, conservar el vínculo matrimonial. Por ello, el Estado otorga al matrimonio una serie de ventajas que lo diferencian de las demás uniones” (p. 255).

El principio de promoción del matrimonio hace que el Estado peruano promueva el matrimonio, sin embargo no significa reconocer al matrimonio como la única fuente de la familia, pues también existen otras fuentes de formación de la familia. Justamente por la promoción del matrimonio, el Estado ofrece mayor protección legal a los miembros de la familia, tanto a nivel personal como material.

Por ello es que en nuestro país no solo se protegen a las familias que se forman por el matrimonio, sino también a aquellas que se originan a través de relaciones convivenciales, y mayormente buscando proteger a los hijos, sin distinción del estado civil de los padres.

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, también establecen que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por la leyes internas” (DUDH, 1948, artículo 16). Ello nos hace ver que tanto nuestra Constitución, así como las normas internacionales con rango constitucional en el país, buscan promover el matrimonio, como una institución básica y fundamental de la sociedad.

1.5.3. Principio de amparo de uniones de hecho

El artículo 5° de la Constitución al señalar que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (Constitución, 1993, artículo 5°), reconoce a las uniones de hecho como una forma de familia, siempre que se trate de la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial.

En ese sentido, las uniones de hecho en nuestro país constituyen fuentes de origen de la familia, por lo que:

Este tipo de uniones merece una protección sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como base de su constitución, por lo que la regulación jurídica de la unión de hecho tendrá por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndolo menos atractiva, lo que virtualmente fomentará el matrimonio (Plácido, 2002, p. 88).

Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio.

Esta forma de reconocer las uniones de hecho se conoce como tesis de la apariencia al estado matrimonial, que quiere decir que la unión de hecho no son iguales al matrimonio pero se parecen, lo que se aprecia claramente en el artículo 326° del Código Civil que señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio” (Código Civil, 1984, artículo 326).

1.5.4. El principio de igualdad de categorías de filiación

El tercer párrafo del artículo 6° de la Constitución cuando señala que “todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y

en cualquier otro documento de identidad” (Constitución, 1993, artículo 6), establece el principio de igualdad de la filiación de los hijos.

El principio de la igualdad de filiación significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres, por lo que los hijos sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos deben recibir el mismo trato paritario ante la ley.

En base al principio de igualdad de filiaciones “se considera que todos los hijos tienen igualdad de derechos sin distinción del estado civil de sus padres, la forma como fueron procreados o su condición social” (Varsi, 2011, p. 266).

La Convención Americana de Derechos Humanos también se pronuncia en ese sentido cuando establece que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (CADH, 1969, artículo 17.5).

En ese sentido, nuestra legislación nacional reconoce la igualdad de filiación de los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales, pues la situación de los padres no tiene por qué afectar los derechos de los hijos. No se puede permitir la distinción en el goce de los derechos a los hijos, por ciertas condiciones de los padres.

1.5.5. El principio de protección y defensa de derechos específicos

Este principio parte de admitir la especial situación de indefensión en que se encuentra la persona en determinados estados de la vida, como el caso de los niños y adolescentes, que por encontrarse en una etapa de desarrollo, merecen una protección especial, por lo que se debe buscar mecanismos específicos para erradicar ciertos patrones socioculturales de conducta que pueden ser lesivos para el interés de éstos.

Es por ello que nuestra Constitución en su artículo 4° proclama la protección especial al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, “gozan de derechos especiales en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentran” (Varsi, 2011, p. 271).

Al respecto, teniendo en cuenta la importancia de este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

El constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral (STC, Exp. N° 1817-2009-PHC/TC, FJ. 6).

A nivel de normas internacionales de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos ha señalado que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (CADH, 1969, artículo 19).

Es por ello justamente en ciertos casos, como en el caso del régimen de visitas debe priorizarse el interés del niño, por cuanto las visitas del progenitor con quien no vive ayudarán a desarrollarse adecuadamente, lo que es una forma de brindar protección de su especial situación de inmadurez e inexperiencia.

1.6. La ruptura del matrimonio o convivencia y la situación de los hijos

La ruptura de una relación matrimonial o de una unión de hecho tiene importancia para el presente trabajo de investigación, pues si estas separaciones involucran niños, entonces se tendrá que discutir sobre la tenencia de los hijos, y en consecuencia también del régimen de visitas para el padre o madre que no lo tiene.

En el caso del rompimiento de un matrimonio, esto puede darse a través de un divorcio, o simplemente los cónyuges pueden separarse de hecho. En caso del divorcio, este da fin al matrimonio y a todos los derechos y deberes que nació con el matrimonio. Si la pareja que se divorcia tenía hijos menores de edad, entonces previo al divorcio o conjuntamente con el divorcio, los cónyuges también tienen que ponerse de acuerdo sobre los alimentos, la tenencia y visitas de los hijos.

Cuando se rompe la relación matrimonial por la separación de hecho de los cónyuges, ya sea por mutua decisión de los cónyuges o por decisión de uno de ellos solamente, y cuentan con hijos menores, también se tienen que ver por los alimentos, tenencia y visitas, lo que en la mayoría de los casos no se ve, sino que los padres se separan sin considerar la situación de los hijos.

Si se trata del rompimiento de una unión de hecho, simplemente opera la separación de hecho, por cuanto en estos casos no puede haber divorcio. En estos casos también tiene que verse la situación de los hijos, pues los hijos tendrán que quedarse o irse con uno de los padres. De modo que, tiene que verse por los alimentos, la tenencia y las visitas, lo que en su mayoría no se prevé, sino que los padres se separan sin considerar la situación de los hijos.

Cualquiera sea el caso, generalmente surgen problemas respecto a la tenencia y el régimen de visitas para el padre o la madre que no tiene al hijo, así como los alimentos para el hijo. Esto es, tiene que verse de qué manera los padres velarán sobre el ejercicio de la patria potestad, que tienen que ver directamente con la tenencia y custodia de los hijos, con el régimen de visitas para el padre que no lo tiene, así como por los alimentos de los mismos, que son derechos fundamentales de los hijos para poder desarrollarse adecuadamente.

Teniendo en cuenta que el presente estudio está referido al régimen de visitas, en los puntos siguientes nos avocaremos con mayor amplitud sobre esta institución familiar que permite que las relaciones familiares de padres a hijos no se vean truncado por la separación de los padres. Sin embargo, la realidad nos indica otra cosa, toda vez que después de separados, las visitas a los hijos no siempre es fácil de hacer realidad.

2. La protección constitucional de los niños y adolescentes

2.1. El niño y adolescente

La Constitución Política no define al niño ni al adolescente, sin embargo, al establecer en su artículo 4° que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (Constitución, 1993, artículo 4), dejan en claro su preocupación por los niños y adolescentes, así como es una clara muestra de la protección constitucional del que gozan los derechos de los niños y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño señala que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (CDN, 1989, artículo 1).

En concordancia con la norma internacional descrita, el Código de Niños y Adolescentes establece que “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece” (CNA, 2000, artículo I del TP).

De manera que, al hablar de niños, estamos refiriéndonos a la persona humana desde la concepción hasta los 12 años de edad, y al hablar del adolescente, nos referimos a la persona que se encuentra en la etapa de transición de la niñez y la vida adulta, entre los 12 años a 18 años.

2.2. Necesidad de protección especial de los niños y adolescentes

La Constitución Política del Perú a través de su artículo 4° establece la obligación de la comunidad y del Estado de proteger de manera especial a los niños y adolescentes. De esta manera la norma constitucional reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derecho que gozan de una protección especial, por encontrarse en pleno desarrollo, físico y mental.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de manera expresa que en el artículo 4° de la Constitución:

El constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral (STC, Exp. N° 01821-2013-PHC/TC, FJ. 8).

En ese sentido, la inmadurez física y mental, así como la inexperiencia en que se encuentran los niños justifica que los niños y adolescentes merezcan una protección especial de parte del estado y de la comunidad. Ello hace que los niños y adolescentes necesiten “de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento” (STC, Exp. 01817-2009-PHC/TC, FJ. 5).

De esta manera, podemos decir que la necesidad de una protección especial al niño y adolescente encuentra su fundamento en la inmadurez tanto física y mental, así como la inexperiencia de los niños y adolescentes, pues que estos se encuentran en pleno desarrollo físico, mental y psicológico. Ello obliga tanto al Estado y a la sociedad, brindarles atenciones y cuidados especiales, así como de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar que los niños y los adolescentes se desarrollen de manera libre, armónica e integral, y de manera especial si éstos no viven con sus padres, o solo vive con uno de ellos.

2.3. Principios constitucionales de protección de los niños y adolescentes

2.3.1. El principio de protección especial del niño

El principio de protección especial del niño nace de las normas internacionales de derechos humanos.

El numeral 2) del artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “la infancia tienen derecho a cuidado y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (DUDH, 1948, artículo 25.2).

La Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2 señala:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad (DDN, 1959, Principio 2).

El artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo “niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (CADH, 1969, artículo 19). En sentido parecido, han reconocido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.4) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10.3).

El numeral 2) del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que:

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (CDN, 1989, artículo 3.2).

En base a las normas supranacionales señaladas, la Constitución Política del Perú en su artículo 4° ha establecido que la comunidad y el Estado tienen la obligación de proteger de manera especial al niño y al adolescente. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que mediante esta norma:

El constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de

brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 6).

De esta manera, conforme lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución del Perú:

El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar (STC, Exp. 3330-2004-AA/TC, FJ. 35)

Así conforme a nuestra legislación constitucional y la interpretación del Tribunal Constitucional, se tiene reconocido el principio de protección especial del niño, y por mandato de este principio:

El niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 6).

2.3.2. El principio del interés superior del niño

El principio de interés superior del niño y del adolescente también surge a partir de las normas internacionales de derechos humanos.

Entre estas normas, la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2 establece que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como

en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (DDN, 1959, artículo 2).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1. tiene establecido 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” (CDN, 1989, artículo 3.1).

Concordante con estas normas internacionales que tienen vigencia en nuestro país, la Constitución Política peruana en su artículo 4° consagra el principio de protección especial del niño, y con ello, implícitamente también el principio del interés superior del niño.

La consagración constitucional del principio de interés superior del niño ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional al señalar que:

Este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social (STC, Exp. N° 1817-2009-HC/TC, FJ. 11).

Por mandato de este principio de rango constitucional, es que en toda medida o decisión que involucre a los niños y adolescentes o sus derechos, tanto el Estado y la sociedad, deben considerar prioritariamente el interés superior del niño y del adolescente.

Por la naturaleza del tema sobre el que trata esta investigación, más adelante nos referiremos ampliamente sobre el principio de interés superior del niño.

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

El niño se forma y desarrolla mejor en el seno de una familia, pues ella le brinda cuidados y protección, y le inculca valores y principios para su vida, por lo que la familia tiene vital importancia para la formación y el desarrollo del niño y adolescente.

El derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella se encuentra claramente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando señala “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” (CDN, 1989, preámbulo).

Ello resalta con claridad que la vida del niño en familia, junto a los padres, así como los hermanos, en caso de tenerlos, permite al niño desarrollar su personalidad de manera plena y armónica, formándose su sentido de pertenencia a una familia, y con ello su identidad.

La importancia de este principio ha hecho que la misma Convención en su artículo 9.1 señale que:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (CDN, 1989, artículo 9.1).

La Convención sobre los Derechos del Niño ha servido de guía para la dación de nuestro Código de Niños y Adolescentes, por lo que en su artículo 8° ha establecido expresamente que:

El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral (CNA, 2000, artículo 8).

De esta manera, nuestro Código de Niños y Adolescentes garantiza que los hijos vivan en familia, pues entiende que es en la familia donde puede crecer y desarrollarse plenamente, por lo que, en caso de haber separación de los padres, éstos últimos deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral, y el mejor mecanismo para materializar la interacción entre padres e hijos son las visitas.

Entendiendo la importancia de este principio, el Tribunal Constitucional ha dicho tajantemente que:

El derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 14).

En ese sentido, el tener una familia y permanecer en ella constituye derecho fundamental de todo niño y adolescente, pues el disfrutar de la mutua convivencia de padres e hijos, permite a los hijos desarrollarse de manera plena, con equilibrio afectivo y emocional, y les da seguridad para afrontar la vida.

La convivencia de padres e hijos, de mantener las relaciones interpersonales, es muy importante, por lo que, incluso cuando los padres estén separados, la convivencia familiar con los hijos debe estar garantizada a través de diversos medios, siendo uno de ellos y el más idóneo el régimen de visitas, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. La visita y la comunicación de los

padres con los hijos, hacen que los hijos se sientan queridos, apreciados y apoyados, y ayuda a desarrollar su sentido de pertenencia a una familia, lo que fortalece la formación de su identidad.

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

El afecto es muy importante para el desarrollo y formación de la personalidad del niño y adolescente. Por ello, la Declaración de los Derechos del Niño establece que:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material” (DDN, 1959, Principio 6).

Esta norma internacional, considerada como parte de nuestro derecho interno, garantiza el derecho de todo niño y adolescente de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, por cuanto ello hace que el niño se forme de manera integral, sintiéndose apoyado tanto emocional así como materialmente.

Concordante con ello, la Convención sobre los Derechos del Niño a través de su artículo 9.3 establece que “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” (CDN, 1989, artículo 9.3).

Ello implícitamente promueve el crecimiento y desarrollo del niño o adolescente en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, por cuanto su mandato no es solo para el Estado, sino también para la familia, la sociedad y la comunidad.

En concordancia con los mandatos de las normas internacionales citadas, nuestra Constitución Política, en el numeral 22) de su artículo 2º ha establecido que “toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y

al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” (Constitución, 1993, artículo 2.22). Lo que implica que toda persona, entre ellos los niños, tienen derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, es decir, tienen derecho a vivir en un ambiente de afecto y de seguridad acorde a su edad y sus necesidades.

En virtud a este principio, de trascendental importancia para el niño, tal como el Tribunal Constitucional señala:

La familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asuman la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 19).

De manera que, por más que los padres se encuentren separados, se debe propiciar la estabilidad familiar del niño, permitiendo que mantenga la continuidad de relaciones con sus padres, para lo cual el medio más idóneo es establecer un régimen de visitas, y que el padre o madre que tenga al menor, garantice un real y efectivo contacto del menor con el padre o madre con quien no vive.

3. El régimen de visitas y los padres deudores alimentarios

El régimen de visitas desde ya nos hace pensar en una familia donde los padres viven separados, por lo que los hijos o hijas se encuentran bajo el cuidado de uno de ellos, y el otro goza de espacios de tiempo para visitar y continuar interrelacionándose con sus hijos o hijas, así como asistirlos con los alimentos, todo ello en virtud de que son los titulares de la patria potestad.

Es por ello que en esta parte nos ocuparemos primeramente de la patria potestad, luego de los alimentos y por último del régimen de visitas, haciendo también referencia al caso de las visitas en el caso de los padres deudores alimentarios.

3.1. La patria potestad

3.1.1. Definición

La Constitución Política del Perú al señalar en su artículo 6° que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6), consagra constitucionalmente la patria potestad como una institución familiar.

En consonancia con la norma constitucional señalada, el Código Civil en su artículo 418° establece que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (CC, 1984, artículo 418). Es decir, el ejercicio de la patria potestad obliga a los padres a velar por el cuidado de la persona y de los bienes de los hijos menores.

Aguilar (2016) señala que “la patria es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos” (p. 393).

De manera similar, al referirse sobre la patria potestad, Varsi Rospigliosi nos dice:

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante la cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad (Varsi, 2011, p. 294).

De esta manera, la patria potestad se entiende como un derecho-deber que tienen los padres de cuidar de la persona de los hijos, así como de sus bienes, mientras sean menores. Ello implica que los padres tienen la obligación de cuidar y proteger a sus hijos menores, en su vida personal como de sus bienes, y en contrapartida, también se considera como deber y derecho de los hijos de respetar y asistir a sus padres.

3.1.2. Titularidad de la patria potestad

De la lectura del artículo 418° del Código Civil se concluye que los titulares de la patria potestad son los padres del niño o adolescente.

Peralta (2008) señala que “la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio a ambos padres” (p. 466).

Aguilar (2016) nos dice que la titularidad de la patria potestad “corresponde a quien goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido, y esta titularidad requiere de la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural dada por la procreación y el otro con esencia jurídica” (p. 416). La esencia jurídica básicamente está referida al reconocimiento del hijo por los padres, pues ante la ley el padre o la madre es aquel o aquella que legalmente ha reconocido como hijo o hija.

En ese sentido, los titulares de la patria potestad corresponden a los padres y como tal están obligados del cuidado de sus hijos y de sus bienes, mientras que éstos sean menores de edad. Sin embargo, la titularidad de la patria potestad no siempre concuerda con el ejercicio del mismo.

3.1.3. Ejercicio de la patria potestad

No es lo mismo ser titular de la patria potestad que estar en ejercicio de la patria potestad. El ser padre te da la titularidad de la patria potestad, el ejercicio solo tendrás cuando tienes la posibilidad de obrar en ejercicio de ese derecho, es decir, de tener a tus hijos y brindarles el cuidado que la ley te exige.

Mejía (2009) señala que el ejercicio de la patria potestad “es la parte dinámica de la patria potestad, pues es el movimiento del derecho a decidir, conducir los hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y cumpla con sus fines y resultados” (p. 25).

Cornejo (1999), señala que “la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley a los padres, no siempre es posible que ambos la ejerzan, pues ello depende de diversas circunstancias y de la calidad de la filiación” (p. 520).

En ese sentido, la titularidad de la patria potestad siempre es de los padres, sean naturales o adoptivos, mientras el ejercicio de la patria potestad no siempre puede recaer en ambos. El ejercicio tendrá el padre o la madre que tiene a su cuidado los hijos, mientras el otro, ya sea de facto o por mandato judicial, quedará suspendido de ese ejercicio, sin que signifique la pérdida de la titularidad de la patria potestad.

En el caso de la última situación señalada, es donde aparece la necesidad de fijar tenencia a favor de uno de ellos, y régimen de visitas a favor del otro que no los tiene a sus hijos, a menos que hayan optado por una tenencia compartida de los hijos.

3.1.4. Contenido de la patria potestad

Según Mejía (2009) “la finalidad de la patria potestad se enmarca hoy dentro de una teleología netamente protectora, en defensa de la personalidad del hijo menor, como sujeto de derecho” (p. 27). Por lo que, la patria potestad no se otorga para beneficiar al padre o la madre, sino para favorecer el desarrollo del hijo, que es su interés superior, a fin de que los padres cumplan adecuadamente con sus obligaciones paternas.

La Patria potestad involucra múltiples derechos, lo que podemos ver en el artículo 423° del Código Civil, que es concordante con el artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes.

El artículo 423° del Código Civil textualmente señala:

Artículo 423 del Código Civil.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
- b.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- c.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
- d.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.

- e.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- f.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- g.- Administrar los bienes de sus hijos.
- h.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004 (CC, 1984, artículo 423°).

Esta norma nos hace ver el cúmulo de derechos y deberes que implica el ejercicio de la patria potestad. De este grupo de derechos y obligaciones, lo que más nos interesa es el referido a la tenencia de los hijos consignado en el literal e) de la referida norma, por cuanto el régimen de visitas para los padres tiene mucho que ver con la tenencia de los hijos, pues ésta se fija para el padre que no tiene a sus hijos a su lado.

El Código de Niños y Adolescentes, en su condición de norma específica sobre los derechos de los menores, en su artículo 74° prácticamente repite lo establecido por el Código Civil, señalando también en su literal e) que “son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: e) Tenerlos [a sus hijos] en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos” (CNA, 2000, artículo 74°).

Reiteramos que de la multitud de derechos y deberes de los padres que ejercen la patria potestad, por la naturaleza de nuestra investigación, el derecho-deber consignado en el literal e) tanto del Código de niños y adolescentes, como en el Código Civil, tiene que ver con la tenencia de los hijos y por lo tanto con las visitas, por cuanto una vez fijada la tenencia para uno de los padres, para el padre que no logra obtener la tenencia se fija el régimen de visitas, de conformidad con el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes.

3.2. Los alimentos para los hijos

3.2.1. Los alimentos

La Constitución Política del Perú en su artículo 6° señala que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6), lo que impone a los padres la obligación de proveer para los alimentos de sus hijos, como un atributo del ejercicio de la patria potestad.

El artículo 92° del Código de Niños y Adolescentes, en su condición de específica respecto a los derechos de los menores, señala que:

Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto (CNA, 2000, artículo 92°).

Aguilar (2016) señala que los alimentos son todo aquello que sirve “para asegurar la subsistencia de otra persona” (p. 490).

De manera que, conforme a nuestra legislación podemos decir que los alimentos constituyen el sustento elemental o necesario para atender la subsistencia de una persona, sobre todo de los niños y adolescentes, a fin de favorecer su desarrollo integral. Su importancia radica, como señala Aguilar (2016) en que permite “conservar la vida de una persona” (p. 490).

Los alimentos no abarcan solamente la comida, sino todo aquello que sea necesario para poder vivir y desarrollarse dignamente. Como señala Belluscio (2011) es “el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación” (p. 949).

3.2.2. La obligación alimentaria

Cornejo (1999) señala que la obligación alimentaria viene a ser un “deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona” (p. 568).

Aguilar (2016) dice que la obligación alimentaria es “el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona” (p. 490).

De modo que, la obligación alimentaria constituye una obligación impuesta legalmente a una persona o varias personas para atender la subsistencia de otra u otras persona(s), que generalmente es un hijo o una hija, que en ciertos casos pueden ser más de uno.

Siendo así, en toda obligación alimentaria encontramos un deudor que generalmente es el padre o madre, que son los obligados a prestar alimentos, y un acreedor, que viene a ser el alimentista, que generalmente son los hijos.

3.2.3. Obligados a brindar alimentos

Conforme al artículo 474 del Código Civil “se deben alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges. 2.- Los ascendientes y descendientes. 3.- Los hermanos” (CC, 1984, artículo 474).

Ello también ha sido abordado por el artículo 93° del Código de Niños y Adolescentes, señalando que:

Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente: 1) Los hermanos mayores de edad; 2) Los abuelos; 3) Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y 4) Otros responsables del niño o del adolescente (CNA, 2000, artículo 93).

De esta manera, conforme a nuestra legislación cuando se trata del alimento de los hijos, los directos llamados son los padres, porque el deber de alimentar de padres a hijos es un deber natural que nace de la filiación. Pues, como señala

Hernández (2010) los alimentos constituyen un “deber natural de solidaridad y colaboración frente a las necesidades de subsistencia de los integrantes de un grupo” (p. 231).

Ello es así porque por su estado de necesidad, los hijos requieren que sus alimentos sean provistos por sus padres. Sin embargo, en caso de que faltaran los padres, los primeros llamados para proveer a un niño adolescente es el hermano mayor, luego vienen los abuelos, luego los parientes colaterales hasta el tercer grado y finalmente, a falta de los parientes, otros responsables del niño o adolescente, por ejemplo podrían ser los tutores, padres o madres afines, entre otros.

3.2.4. Los beneficiarios de los alimentos

A partir del artículo 474° del Código Civil y del artículo 93° del Código de Niños y Adolescentes, se puede inferir quienes son las personas beneficiadas con los alimentos, que pueden ser los cónyuges, los ascendientes y descendientes (padres, hijos, nietos) y los hermanos.

Respecto a los hijos los primeros llamados para alimentarlos son los padres, pues es un deber natural proveer para los alimentos de sus hijos.

Tratándose de los hijos, ambos padres se encargan de su cuidado, por ende también de su alimentación, en caso de no ocurrir ello, por disposición del artículo 481 del Código Civil, los alimentos serán regulados por el juez teniendo en cuenta las necesidades del alimentista y también las posibilidades del que debe darlos.

3.2.5. Requisitos para el cumplimiento de la obligación alimentaria

La obligación alimentaria es un deber impuesto a una o varias personas, en favor de otro u otros. Por ejemplo, el deber de alimentar a sus hijos es impuesto legalmente a los padres. Aunque, para poder obligar pasar alimentos, deben cumplirse algunos requisitos que la ley fija.

El artículo 481° del Código Civil señala que “los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor” (CC, 1984, artículo 481°).

En base a ello, Hernández (2010) señala que para exigir el otorgamiento de los alimentos debe “acreditarse la concurrencia de ciertas condiciones o presupuestos básicos: las posibilidades económicas del que debe prestarlo, el estado de necesidad del acreedor alimentario y la norma legal que establece dicha obligación” (p. 247).

De lo descrito, para pedir los alimentos y este sea procedente debe cumplirse con las siguientes condiciones:

a) El estado de necesidad de quien los pide.

Está referida al estado de imposibilidad de atender su propia subsistencia en que se encuentra el alimentista.

Aguilar (2016) señala que “quien solicita alimentos no debe encontrarse en posibilidad de atender a sus necesidades con sus propios recursos pues carece de ellos, lo que significa que el necesitado carece de ingresos derivados de cualquier fuente” (p. 502).

Esta situación puede darse porque no poseen bienes económicos ni renta alguna, debido a que no tienen profesión o actividad ocupacional, sea porque se halla incapacitado para trabajar por razones de minoría de edad, estudios, enfermedad, invalidez, o por cualquier otro motivo.

Cuando se trata de hijos menores el estado de necesidad se presume, mientras si no mayores ello debe probarse. En nuestro caso, se trata de analizar el régimen de visitas para padres deudores alimentarios, por lo que los alimentistas involucrados son menores de edad, por lo tanto su necesidad se presume.

b) Posibilidad económica del que debe prestarlos

Cuando el artículo 481° del Código Civil hace alusión a las posibilidades del que debe darlos, se “refiere a la capacidad económica del demandado” (Casación N° 3874-2007-Tacna, Sexto Considerando).

Este aspecto está referido a la capacidad económica con que cuenta el deudor alimentario, teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares, como tener otra carga familiar, precariedad en su salud, edad, etc.

Es importante tener en cuenta este aspecto, por cuanto el obligado alimentario no podría proveer para los alimentos de los hijos, si hacerlo ello pueda poner en riesgo su propia subsistencia. Como señala Aguilar (2016) “para calificar al deudor alimentario no solo debe tenerse en cuenta sus ingresos, sino igualmente las propias necesidades de éste, pues ello disminuirá sus posibilidades” (pp. 504-505).

Por ello, por ejemplo, en el caso del requisito que impone el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes para el régimen de vistas, exceptúa del requisito de cumplimiento de la obligación alimentaria, cuando éste demuestra la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.

c) La existencia de una norma legal que establezca la obligación alimentaria.

La obligación alimentaria debe estar claramente establecida en la ley, éste debe ser clara en señalar quiénes son los acreedores alimentarios y quiénes son los deudores.

Además de ello, conforme a nuestra legislación, es necesario que exista entre el deudor y el acreedor alimentario un parentesco en el grado que exige la ley, de lo contrario no procedería la obligación, puesto que la obligación nace en base a filiación y parentesco, y solo excepcionalmente, conforme se señala en la ley, entre personas que no guardan parentesco.

3.2.6. Padres deudores alimentarios

En la obligación alimentaria, como en cualquier otra obligación civil encontramos un acreedor y un deudor. El deudor generalmente es el padre o madre,

quienes son los legalmente llamados para proveer los alimentos a los hijos, y un acreedor, que viene a ser el alimentista, que generalmente son los hijos.

Si el obligado no cumple, el alimentista tiene derecho para exigir primeramente en la misma instancia, y de persistir podría ser en otras instancia según corresponda, por ejemplo en sede penal, mediante la denuncia por el delito de omisión a la asistencia familiar, presionar administrativamente inscribiéndolo en el registros de deudores alimentarios morosos.

Además de ello, nuestra legislación ha previsto el incumplimiento alimentario como desventajas para ejercer ciertos derechos, como es el caso de condicionar el otorgamiento del régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria, lo cual justamente es materia de discusión del presente trabajo de investigación.

3.3. El régimen de visitas

3.3.1. Definición

Cuando los padres de un niño o adolescente no viven juntos, sea por separación, divorcio o porque nunca convivieron, generalmente no existe la posibilidad de que los hijos vivan con ambos padres. En estos casos solo uno de los padres goza de la tenencia del hijo o la hija, mientras el otro mantendrá la continuidad de las relaciones con el hijo o la hija mediante visitas.

La visita, de manera general, está referida al hecho de ir a la casa de alguien, por ser un familiar, amigo o conocido, por amistad o cortesía y permanecer en dicho lugar por un periodo corto.

En el caso de visita de los padres a los hijos está referida al hecho de que el padre o madre va donde su hijo/a, en el domicilio donde se encuentre, o recibirlo en su propio domicilio, a fin de mantener la continuidad de las relaciones paternas.

Plácido (2003) considera a la visita de padres a hijos como “el derecho a conservar las relaciones personales con el menor con quien no se convive” (p. 513).

El padre o la madre no pueden efectuar las visitas cuando o como quieran, sino respetando ciertos horarios, por lo que se establece un régimen de visitas.

El régimen de visitas es “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” (Casación N° 0856-2000 Apurímac, Primer considerando).

El régimen de visitas tiene por objeto mantener “el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, logrando el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial” (Varsi, 2012, p. 311).

De esta manera, el régimen de visitas viene a ser el derecho que permite mantener la continuidad de las relaciones interpersonales entre el padre o la madre que no ejerce la patria potestad con sus hijos o hijas, manteniendo contacto y comunicación permanente, a fin de favorecer el desarrollo afectivo, emocional y físico del menor, así como la consolidación de la relación paterno filial que va marcar la identidad del menor.

3.3.2. Fundamento constitucional y legal del régimen de visitas

El régimen de visitas fluye a partir del artículo 6° de la Constitución, por cuanto éste al señalar que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6°), regula constitucionalmente la patria potestad y con ello todas las instituciones familiares vinculadas a ella.

La patria potestad otorga a los padres facultades para cuidar, orientar y dirigir el proceso de desarrollo de los hijos, así como administrar sus bienes mientras sean menores. Estas facultades se materializan a través de la tenencia, que puede ser fijado de mutuo acuerdo de los padres o judicialmente, en cualquier caso, para el padre que no logra la tenencia, se fija un régimen de visitas, a fin de que continúe manteniendo las relaciones interpersonales con sus hijos.

De esta manera, el régimen de visitas también constituye un atributo del ejercicio de la patria potestad, por lo que también nace a partir del artículo 6° de la Constitución y goza de una protección constitucional.

La regulación constitucional implícita del régimen de visitas, se ve reforzada por la norma contenida en el numeral 3) del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando establece que “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” (CDN, 1989, artículo 9.3°). Esta norma consagra de manera expresa el derecho de visitas de los hijos, la misma que al haber sido ratificado por el Estado peruano, tiene plena vigencia en nuestro país en calidad de norma constitucional, por lo tanto vinculante tanto para el Estados como para los particulares.

Estas normas constituyen el fundamento constitucional del régimen de visitas, entendido como un derecho-deber de los padres y de los hijos, de visitar y de ser visitado, que permite mantener la continuidad de las relacionales interpersonales entre los mismos. Por lo que, no se debe entender el derecho de visitas solamente como un derecho de los padres, sino más que nada de los hijos, porque como señala Varsi (2013) “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” (p. 311).

A nivel legal, encuentra su fundamento en el artículo 422° del Código Civil cuando señala que “los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias” (Código Civil, 1984, artículo 422°) y en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes cuando 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. 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 (CNA, 2000, artículo 88°).

A partir de estas normas, vemos que nuestra legislación establece que los padres tienen derecho de mantener relación interpersonal con sus hijos que no se encuentran bajo su cuidado, a fin de permitir que el menor se desarrolle en un ambiente familiar, aunque a partir del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, las visitas se encuentran condicionadas al cumplimiento de la obligación alimentaria, o en todo caso a la acreditación de la imposibilidad de hacerlo.

La regulación establecida por nuestras normas legales muestran al régimen de vistas como si fuera solamente el derecho de los padres, sin embargo ello no es así, pues siendo los niños y adolescentes los más favorecidos con las visitas, también es un derecho de los hijos. Las visitas no son para satisfacer el deseo de los padres de ver a sus hijos, sino es para favorecer el adecuado desarrollo de los hijos.

3.3.3. Personas legitimadas para solicitar el régimen de visitas

Respecto a las personas que tienen derecho a solicitar el régimen de visitas debemos tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes. En ella encontramos que los primeros legitimados son el padre o la madre que no tiene consigo al hijo o hija, seguidamente, en caso de fallecimiento de alguno de los padres, o de encontrarse fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, pueden solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

En el caso del padre o la madre que no tiene consigo al hijo o a la hija, el derecho de visitas permite a los padres e hijos de poder continuar manteniendo la

relación interpersonal y afianzar los lazos paternos filiales, toda vez que en los casos de separación de los padres, los más afectados son los hijos.

Cuando existe ruptura del hogar, uno de los progenitores se queda con los hijos, por lo que:

El padre o madre que no ejerce tenencia de su hijo debe tener acceso a éste, con la finalidad de que el menor sufra lo menos posible con la separación legal, divorcio, invalidez del matrimonio o separación de hecho de los padres, derecho de visita que implica la relación y comunicación con el hijo, de manera que ni siquiera la culpa en el divorcio podrá ser una razón suficiente para negar al cónyuge culpable este derecho (Aguilar, 2013, p. 344).

En el caso de que uno de los padres hubiera fallecido, o se encontrara fuera del lugar del domicilio o se desconociera su paradero, el régimen de visitas podrán solicitarlo los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre, como los abuelos, bisabuelos, hermanos, tíos, entre otros familiares. Ello nos hace ver que lo que se prioriza es el derecho de los hijos, el interés superior de los hijos, más no solo de los padres, por cuanto la especial protección requieren los hijos, no los padres.

3.3.4. El incumplimiento de la obligación alimentaria en el régimen de visitas

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” (CNA, 2000, artículo 88°).

A través de esta norma se señala como derecho de los padres que no ejercen la patria potestad visitar a sus hijos, pero exige que para ello tienen que estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, o en su defecto, acreditar la imposibilidad material de poder hacerlo.

En el primer supuesto, en caso que el padre no está cumpliendo con el pago de sus obligaciones alimentarias para el hijo o hija para quien pide régimen de

visitas, el Juez declarará improcedente el régimen de visita solicitado, lo que nos hace ver que a través de esta norma se estaría limitando el derecho de visita al padre que no cumple con los alimentos.

En el segundo supuesto, en caso que el padre se encuentra en la imposibilidad material de cumplir con sus obligaciones alimentarias, la norma exige demostrar con prueba suficiente dicha situación. Sin embargo, “si el padre o la madre que ejerce la tenencia del menor prueba que el otro puede dar alimentos, no podrá concedérsele el régimen de relación hasta que cumpla con dicha obligación” (Mejía y Ureta, 2005, p. 102).

En cualquiera de los casos, condicionar el régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria, no solo afecta al padre o madre que solicita, sino sobre todo al menor, pues es quien se encuentra en etapa de desarrollo y necesita de la continuidad de relaciones con su padre o madre con quien no vive, por lo que, el derecho de visita no debería estar condicionado al pago de las deudas alimentarias. En ese sentido se ha manifestado nuestra Corte Suprema cuando señala 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” (Casación N° 2204-2013-Sullana, Sexto Considerando).

Al respecto nos referiremos más ampliamente en el tercer capítulo, donde exponemos los resultados de la presente investigación.

4. Principio constitucional del interés superior del niño y el régimen de visitas

4.1. El principio del interés superior del niño

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, del 28 de febrero de 1924, es el primer documento internacional que reconoce la existencia de derechos específicos para los niños, y además establece la responsabilidad de las personas

adultas sobre su bienestar. Sin embargo, esta norma aun no hace referencia expresa al interés superior del niño.

La Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es la que por primera vez, en su principio 2, reconoce que el niño debe merecer una protección especial y que al promulgar leyes con este fin, debe hacerse atendiendo el interés superior del niño.

A partir de esta normativa el interés superior del niño ha tomado relevancia especial en las distintas regulaciones internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), así como en la legislación internas de los diferentes países, y se ha discutido mucho a nivel doctrinal y jurisprudencial sobre su alcance y aplicación, aunque a la fecha todavía no existe una definición uniforme sobre el mismo.

La Observación General N°14 (2013), del Comité del Niño de las Naciones Unidas, ha señalado que:

El interés superior del niño es un concepto triple: Es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento. Es un derecho porque se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta; es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, y es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños (Observación General N° 14, Fundamento 6).

A nivel de nuestra legislación la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, proporciona una definición interesante del interés superior del niño cuando nos dice que:

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos (Ley N° 30466, 2016, artículo 2).

A nivel jurisprudencial la Corte Suprema de la República, respecto al principio de interés superior del niño, ha señalado que:

El principio de intereses superior del niño implica que el desarrollo del niño 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 (Casación N° 4881-2009-Amazonas, 2011, Quinto Considerando).

El Tribunal Constitucional, tratando de hacernos ver los alcances de este principio, ha señalado que:

En virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 11).

A nivel doctrinal, tanto extranjera como nacional también se ha intentado definir al principio de interés superior del niño, o simplemente interés superior del niño. Así tenemos:

Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro (Cilleros, 1999, p. 7).

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 (Zermatten, 2003, p. 15).

El interés superior del niño es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc. que también influyen en los medios elegibles (Plácido, 2008, p. 171).

En ese sentido, por interés superior del niño debe entenderse a la vez como un derecho de los niños, que garantiza al niño un desarrollo integral y una vida digna, que obliga brindar al niño las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente, gozando del máximo bienestar posible, así también como un principio pues en caso de existir una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, y como una norma de procedimiento, pues en todo trámite judicial y administrativa, se dará prioridad al interés superior del menor. Como señala Sokolich (2013) “el principio del interés superior del niño debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (p. 89).

4.2. Fundamento jurídico del principio de interés superior del niño

4.2.1. Normas internacionales de derechos humanos sobre el principio de interés superior del niño

Como se ha notado en el punto anterior, el principio de interés superior del niño fue reconocido primeramente en las normas internacionales de derechos humanos, luego fueron reconocidos en normas nacionales.

Entre las normas internacionales de derechos humanos que constituyen el sustento del principio de interés superior del niño tenemos la Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Observación General N°14 (2013) de las Naciones Unidas sobre el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2, señala que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (DDN, 1959, principio 2).

Esta es la primera norma internacional que proclama la protección especial del niño y el principio de interés superior del niño a nivel de normas internacionales de derechos humanos, como un principio y derecho fundamental del niño que debe ser tenido como prioritario frente a cualquier otro derecho.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979), que en el literal b) de su artículo 5° señala que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de

que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos (CEDM, 1979, artículo 5).

Esta norma nos hace entender que el interés superior del niño, en caso de encontrarse en conflicto, prima sobre los derechos de los padres.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3°, señala 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” (CDN, 1989, artículo 3). Esta norma reitera la preeminencia del principio de interés superior del niño frente a cualquier otro derecho, dejando entender de manera explícita que tanto los organismos estatales y privados deben tener en cuenta este principio al momento de decidir sobre situaciones que involucren a niños y adolescentes. Asimismo, esta norma no solo considera al niño como sujetos de protección especial, sino de una protección integral.

A fin de asegurar la aplicación del principio de interés superior del niño consagrado en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ha elaborado la Observación General N° 14 (2013), con la finalidad de:

Garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten, para lo cual define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo (Observación General N° 14, 2013, fundamento 10).

El cumplimiento de los objetivos de esta Observación, como refiere el mismo Comité, tendrá impacto:

En los siguientes aspectos: a) La elaboración de todas las medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos; b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto; c) Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan; d) Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con los niños y para ellos, en particular los padres y los cuidadores (Observación General N° 14, 2013, fundamento 12).

4.2.2. Normas constitucionales y legales nacionales sobre el principio de interés superior del niño

La Constitución Política del Perú no consagra expresamente el principio de interés superior del niño, pero el Tribunal Constitucional ha precisado que el interés superior del niño viene a ser:

El principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ 11.).

De esta manera el principio de interés superior del niño encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política, pues al señalar que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (Constitución, 1993, artículo 4), ha consagrado el principio de especial protección del niño, y con ello el principio constitucional del interés superior del niño.

Por ello, como señala el Tribunal Constitucional:

El principio constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales (STC, Exp. N.º 04058-2012-PA/TC, FJ. 19).

En el plano legal, el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, ha establecido 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 (CNA, 2000, Artículo IX del TP).

De esta manera, conforme a la norma IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes el principio del interés superior del niño obliga a que en toda decisión que se adopte sobre los niños, sea por parte del Estado o de la sociedad en general, debe primar el interés superior del niño. Como señala la Corte Suprema:

El principio de interés superior del niño implica que el desarrollo del niño 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 (Casación N° 4881-2009-Amazonas, del 05/04/2011, quinto considerando).

Posteriormente, en atención a las recomendaciones efectuadas por la Observación General 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, se han operado a nivel de nuestra legislación cambios muy interesantes respecto a los derechos del niño. En ese marco se expide la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y

garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, promulgada el 27 de mayo del 2016, el mismo que consideró al interés superior del niño (también del adolescente) como:

Un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos (Ley 30466, 2016, artículo 2°).

De igual manera en el mismo año 2016 se promulga el Decreto Legislativo 1297, sobre la Protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, que señala que el interés superior del niño constituye un “derecho sustancial, principio de interpretación y norma de procedimiento, que asegura la protección y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente en su familia y en caso excepcional, prioriza un entorno familiar alternativo” (D. Leg. 1297, 2016, artículo 4.g).

Estas normas sintonizan de una mejor manera con las normas internacionales de derechos humanos referidos a los derechos de los niños y adolescentes, por lo que conciben al interés superior del niño como un derecho de los niños, como un principio de interpretación para la aplicación de las normas y como una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho para que su interés superior sea considerado prioritariamente en todas los trámites judiciales y administrativas, a fin de garantizar sus derechos fundamentales.

4.3. Características del principio de interés superior del niño

A nivel de nuestra legislación son dos las normativas más importantes referidas al principio de interés superior del niño y adolescentes, el Código de Niños y Adolescentes y la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

El primero de ellos en el artículo IX de su título Preliminar ha regulado el principio de interés superior del niño indicando 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 (CNA, 2000, artículo IX del TP).

La segunda ha definido el interés superior del niño señalando que éste:

Un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos (Ley 30466, 2015, artículo 2°).

A partir de esta regulación podemos notar como una primera y principal característica del interés superior del niño es que éste obliga que en todo trámite, acción o decisión que se tome respecto al niño, niña o adolescente, se respete prioritariamente su interés superior y se garantice sus derechos fundamentales.

Aguilar (2010), señala que en virtud de este principio:

En cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que antes de considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo (p. 219).

Sokolich (2013) también señala que “en todas las medidas, concernientes a los niños y adolescentes, a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su interés superior” (p. 82).

El Poder Judicial (2015), a través del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad 2016-2021, aprobada mediante la Resolución Administrativa 090-2016-CE-PJ, ha establecido que el principio de interés superior del niño:

Tiene las siguientes características:

- a.- El interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual.
- b.- Es un deber general.
- c.- Es aplicable en todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna.
- d.- Se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos).
- e.- La represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes (Poder Judicial, 2015, p. 25).

De esta manera, el principio del interés superior del niño se caracteriza de proteger a los niños de manera individual así como de manera colectiva, y constituye un deber con alcance general, por lo que toda persona y organismo, público o privado, está obligado a respetar el interés superior del niño en las decisiones que sobre asuntos de niños tome. Asimismo, el principio de interés superior debe ser tomado en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo, en toda instancia o etapa de los procesos.

4.4. Funciones del principio de interés superior del niño

A nivel de normas internacionales de derechos humanos, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), también ha señalado que el interés superior del niño es un concepto triple: Derecho sustantivo, principio jurídico y norma procedimental.

La misma Observación General N° 14, desarrollando cada uno de estos componentes del interés superior del niño nos dice:

- a) Un derecho sustantivo:** El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en

general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

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

c) Una norma de procedimiento: Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Observación General N° 14, fundamento 6).

Concordante con la Observación General N° 14 (2013) a nivel de nuestra legislación, el Decreto Legislativo 1297, sobre la Protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, ha señalado que el interés superior del niño constituye un “derecho sustancial, principio de interpretación y norma de procedimiento, que asegura la protección y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente en su familia y en caso excepcional, prioriza un entorno familiar alternativo” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 4.g).

Asimismo, la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, señala que:

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los

niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos (Ley N° 30466, 2016, artículo 2).

En ese sentido, el principio de interés superior del niño cumple una triple función:

- 1) Constituye un derecho sustantivo del niño y del adolescente, por lo que en todo conflicto de derechos o intereses donde esté involucrado los derechos del niño y del adolescente, se priorizará el interés superior del menor. Por ejemplo, cuando hay un conflicto entre los padres, por la tenencia del menor y el régimen de visitas para el que no tiene al niño o niña, aplicando los mandatos del principio de interés superior del niño, la tenencia se concederá a quien mejor garantice el bienestar del menor, y para el que no tiene se fijará el régimen de visitas, sin ninguna condición o exigencia, por cuanto el interés superior del niño de tener una familia y la continuidad de las interrelaciones y comunicaciones con sus padres es lo que debe primar.
- 2) Cumple la función de un principio, por lo que obliga que en todas las situaciones donde se involucren derechos de niños y adolescentes, las normas y las situaciones mismas se interpreten conforme al interés superior del niño y adolescente. Por ejemplo, las normas referidas a los derechos de los niños, no se debe interpretar para favorecer a los intereses de los padres, sino del interés superior del niño, como en los casos de tenencia, régimen de visitas, alimentos, entre otros.
- 3) Cumple la función de una norma de procedimiento que ordena que en toda medida o procedimiento se considere de manera primordial el interés superior del menor. Por ejemplo, si un organismo se efectúan trámites que afectan derechos de niños y otros de interés de personas adultas, debe darse prioridad al procedimiento que involucra a los niños.

4.5. Obligados por el principio de interés superior del niño.

El Comité de los Derechos del Niño (2013) con claridad ha expresado que “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Observación General N° 14, Fundamento 4). Esto es, el interés superior implica acciones y procesos enfocados en garantizar un desarrollo integral y una vida digna para los niños y adolescentes.

En ese sentido, la protección especial nuestra Constitución encarga a la sociedad y al Estado, y de manera similar el Código de Niños y Adolescentes a través del artículo IX del Título Preliminar se dirige tanto al Estado y a la sociedad. Ello nos hace ver que para la materialización de los derechos de los niños y el cumplimiento de los objetivos que persigue el principio del interés superior del niño, debe haber tres niveles de involucramiento, que tiene que ver con la familia, el Estado y la sociedad.

En primer lugar está la familia, especialmente los padres del niño, que constituyen la primera institución que debe velar por el desarrollo integral del niño y el adolescente, desde su nacimiento hasta su emancipación.

El principio de interés superior del niño constituye un límite para el adecuado ejercicio de la patria potestad de parte de los padres, por lo que los padres deben considerar los derechos de sus hijos independientes de los propios, y cuando toman decisiones deben hacerlo pensando en favorecer a los hijos, no en favorecerse a sí mismos. Los padres ejercen la patria potestad, sin embargo tienen que tener en cuenta que ello no es para actuar arbitrariamente, sino sopesando lo favorable para el desarrollo de los hijos.

En segundo lugar, resulta obligado por el principio del interés superior del niño, el Estado, incluido sus distintos órganos. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, destinadas a la plena vigencia y aplicación de este principio. El legislativo al momento de emitir leyes debe tomar en cuenta el interés superior del niño, el poder judicial haciendo que las decisiones de

los tribunales de justicia en los que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del niño, y el ejecutivo, en todo trámite o emisión de normas reglamentarias o legislativas debe considerar el principio de interés superior del niño.

Finalmente, toda la sociedad también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño. El niño vive en la sociedad, por lo que la sociedad entera está obligada a velar por el respeto y la protección de los derechos del niño y del adolescente.

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

El Código de Niños y adolescentes, en su artículo 84° señala que:

En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño, niña o adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la Tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor (CNA, 2000, artículo 84).

A partir de esta norma podemos ver que en caso que los padres viven separados y deben decidir por la tenencia, y no existe acuerdo entre ellos, entonces el Juez decide con quien quedan los hijos. Mientras, el mismo Juez para el padre que no logra obtener la tenencia, fija un régimen de visitas. En cualquier caso se prioriza la tenencia a quien mejor garantice los derechos de los hijos a mantener contacto con el otro progenitor, es decir con quien no vive. Es decir, se debe tener en cuenta el interés superior del niño o del adolescente.

Ello es así, porque como ha señalado el Tribunal Constitucional:

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su

dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales (STC, Exp. N° 2132-2008-AA.).

En ese sentido en el otorgamiento de la tenencia de hijos, y en consecuencia el régimen de visitas para el otro padre, no tiene que cuidarse el interés de los padres, sino el de los hijos, a fin de favorecer su adecuado desarrollo.

Como señala Cilleros (2008):

Conforme a los artículos 5 y 18 de la Convención de los derechos del niño, se reconoce el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades (p. 13).

Debemos reconocer que uno de los aportes de la Convención sobre los Derechos de los Niños ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos o judiciales, pues ha extendido su alcance todas las autoridades, instituciones privadas y públicas, incluido a los padres.

El artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que “los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño” (CDN, 1989, artículo 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo 5° de la misma que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Al efectuar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y

dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

Por ello, la Convención sobre los derechos de los Niños en el numeral 3) de su artículo 9 señala que “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” (CDN, 1989, artículo 3). Pues los niños para crecer necesitan de la presencia de ambos padres.

En caso que los padres se encuentren separados, los hijos deben mantener relación y comunicación con sus padres, para ello es necesario el régimen de visitas. Nuestra Corte Suprema para estos casos ha señalado que en este tipo de situaciones “el juzgador debe disponer un régimen de visitas adecuado al interés superior del niño y del adolescente, pudiendo variarlo de acuerdo a las circunstancias en resguardo de su bienestar” (Casación N° 0856-2000-Apurimac), por lo que en un caso específico entendiendo que la resolución de vista “ha establecido en forma injusta e inhumana que sólo vea a su hija un día domingo de cada mes lo que quebranta el vínculo materno-filial entre la recurrente y la hija a quien se le causa un grave e irreparable daño en su formación” (Casación N° 0856-2000-Apurimac), ha declarado nula la sentencia de vista y ha ordenado que se emita nueva resolución teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Siendo así, el derecho a ser visitado constituye el interés superior del niño así como del padre, lo cual se traduce en la necesidad de mantener una comunicación cercana entre padres e hijos, lo que resulta imprescindible para el adecuado desarrollo integral del niño y/o adolescente y para el fortalecimiento del vínculo paterno-filial, por lo que para su otorgamiento debe priorizarse el interés superior del menor, más no solo ver el interés de los padres.

Respecto a la evaluación del interés superior en los diferentes procesos de familia, Plácido (2015) ha señalado que conforme a la Observación General N° 14:

“Los elementos que deben tenerse en cuenta para evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sea pertinente para la situación de que se trate, son los siguientes:

- 1.- La opinión del niño.
- 2.- La identidad del niño.
- 3.- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- 4.- Cuidado, protección y seguridad del niño.
- 5.- Situación de vulnerabilidad.
- 6.- El derecho del niño a la salud.
- 7.- El derecho del niño a la educación.

Por lo que, el Comité explica que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con del interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos”. (pp. 167-170).

Por otra parte, para la aplicación del principio de interés superior del niño en los procesos que involucren a los niños, entre ellos el régimen de vistas, la Ley 30466, ha establecido algunos parámetros. En su artículo 3°, señala que:

“Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

- 1.- El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
- 2.- El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
- 3.- La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 4.- El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 5.- Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo” (Ley 30466, 2016, artículo 3).

Asimismo la misma norma en mención, ocupándose de las garantías procesales en los procesos con niños y adolescentes, en su artículo 4° señala que:

“Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales:

- 1.- El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
- 2.- La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
- 3.- La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
- 4.- La participación de profesionales cualificados.
- 5.- La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
- 6.- La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
- 7.- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
- 8.- La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño” (Ley 30466, 2016, artículo 4).

En base a estas garantías, en los proceso de familia, entre ellos el régimen de visitas, los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, aplicando las pautas aquí señaladas, sobre todo en aquellos casos en que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes.

En ese sentido, en base al artículo 4° de nuestra Constitución, las normas legales y de la normatividad internacional sobre derechos humanos reseñados, en virtud al principio de interés superior del niño y del adolescente, las acciones que tomen el Estado, los integrantes de la sociedad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños, deben estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. Asimismo, en la elaboración,

interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deben estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

5. El derecho a la identidad del niño y adolescente

5.1. La identidad personal

El diccionario de la Real Academia Española señala que identidad es el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables señala que la identidad personal viene a ser:

La imagen de la persona que se proyecta a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella y que la diferencian de las demás; estos rasgos son invariables en el tiempo y permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es (MIMP, 2016, p. 1).

Fernández Sessarego (2015) afirma que la identidad personal:

Es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano” (p. 116).

En ese sentido, la identidad personal es el sello característico que lleva cada persona en su vida, que abarca aspectos culturales, lingüísticos, religiosos y sociales que conlleva a que la persona se identifique a sí misma y se distinga de las demás.

La identidad personal es muy importante en la vida de la persona, porque es lo que le hace único y diferente de los demás. Por lo que, como señala el Tribunal Constitucional:

Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), (STC, Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, FJ. 21).

5.2. Dimensiones de la identidad personal

La identidad personal nace junto con la persona y también fenecer con la muerte de la misma. En esa trayectoria, la identidad personal se manifiesta en dos facetas. En la fase estática se encuentran los atributos o características que no cambian con el transcurrir del tiempo, y en la faceta dinámica que cambia según el desarrollo y la maduración de la persona.

Al respecto Fernández Sessarego (2005) ilustra claramente diciéndonos que:

Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables a través de la existencia, se encuentran, entre otros, el código genético, el lugar y la fecha del nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, el nombre. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior por lo que a la persona se le identifica, de modo inmediato, mediante estos atributos. Mientras la identidad dinámica está compuesta por un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia y consistencia de la personalidad y la cultura de la persona. Se trata de las creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, la profesión, las opiniones, las actitudes, la inclinación política, la adhesión a ciertas soluciones

económico-sociales, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros atributos y calificaciones dinámicos de la persona (p. 54).

Es importante tener en cuenta estas dimensiones de la identidad personal, por cuanto ello nos hace ver que hay ciertas características o cualidades de la persona que no cambiará con el paso del tiempo, por ejemplo el lugar de nacimiento, color de la piel, el código genético, etc. Mientras, habrán ciertas cosas que irán cambiando con el correr del tiempo, por ejemplo las creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, las opiniones, el perfil psicológico, entre otros atributos que irán cambiando y acomodándose a las nuevas circunstancias de vida de que lleva la persona.

En caso de los hijos, la identidad estática como los apellidos, el color de la piel, lugar de origen, entre otros ya vienen conjuntamente con la persona, sin embargo ciertas características como los valores y principios morales, el sentido de pertenencia familiar, el carácter personal, entre otros deben ir formándose con el paso de los tiempos, y en ellos es muy importante la presencia de los padres, porque ello fortalece la formación de la personalidad y la identidad del menor.

5.3. Derecho a la identidad personal

Debemos distinguir el derecho a la identidad de la identidad misma. La identidad de una persona está conformada por todos aquellos atributos y características que hace que una persona sea uno mismo y no otro. Mientras el derecho a la identidad es el derecho de toda persona a que se le reconozca y se respete tal como es.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad personal viene a ser el “derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad” (STC, Exp. N° 1797-2002-HD/TC. FJ. 3).

La identidad de la persona tiene una trascendental importancia. Por ello, el numeral 1) del artículo 2 de nuestra Constitución expresamente señala que “toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (Constitución, 1993, artículo 2.1). Es decir, consagra constitucionalmente el derecho a la identidad, otorgándole el rango de derecho fundamental de la persona, por lo tanto tutelable en todos los ámbitos.

El Código de Niños y Adolescentes, en su artículo 6° ha establecido que “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad (...)” (CNA, 2000, artículo 6°).

De modo que, el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, concordante con el artículo 6° del Código de Niños y Adolescentes, debe ser entendido como:

El derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), (STC, Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, FJ. 21).

De esta manera nos damos cuenta que el derecho a la identidad consagrado legal y constitucionalmente, es un derecho complejo, por cuanto comprende un conjunto de derechos, entre ellos el derecho al nombre (que incluye los apellidos), derecho a la nacionalidad, el derecho de conocer a sus padres (filiación), de vivir con sus padres, de ser cuidado por ellos (filiación y pertenencia a una familia), etc. Por ello en todo momento, la identidad del menor debe ser protegida, por ser su derecho fundamental y superior interés.

5.4. Marco normativo nacional e internacional sobre el derecho a la identidad

5.4.1. Marco constitucional y normas internacionales de derechos humanos

Nuestra Constitución Política en el numeral 1) de su artículo 2° señala: “Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Constitución, 1993, artículo 2).

Mediante esta norma nuestra Constitución reconoce de manera expresa que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a tener un nombre y apellidos, así como conservarlos; conocer a sus padres; lo relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.

A nivel de normas internacionales de derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 6° señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (DDN, 1959, artículo 6).

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos de San José de Costa Rica en su artículo 3° señala que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y en su artículo 18° señala que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario” (CADH, 1969, artículo 18°).

También el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos en su artículo 16° señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y en su artículo 24° señala que:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de niño requiere,

tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (PIDCP, 1976, artículo 16°).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7° señala que:

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida (CDN, 1989, artículo 7).

Estas normas constituyen el sustento normativo constitucional del derecho a la identidad. Debe quedar claro que las cartas internacionales de derechos humanos descritos han sido ratificadas por el Perú, por lo que conforme al artículo 55° de la Constitución, forman parte de nuestro derecho nacional, por lo tanto, en nuestro país es derecho vigente y de rango constitucional, vinculante para todo organismo público y privado.

5.4.2. Marco legal

A nivel de nuestras normas legales, el Código de Niños y Adolescentes en su artículo 6° señala que:

Artículo 6.- A la identidad.- “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando

un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación (CNA, 2000, artículo 6).

A través de esta norma el Código de Niños y Adolescentes reconoce el derecho a la identidad del niño y adolescente “a tener un nombre, una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos” (Chunga. 2012, p. 73), es decir, es un derecho de los hijos de poder identificarse con una familia y los integrantes de esa familia, sobre todo con sus padres y desarrollar un sentido de pertenencia que le dé seguridad y confianza en la vida.

5.5. Protección del derecho a la identidad del niño

Cuando hablamos del derecho a la identidad de la persona, estamos refiriéndonos tanto a niños, adolescentes, jóvenes y adultos, puesto que conforme a nuestra legislación así como la legislación internacional de los derechos humanos, todos ellos son considerados sujetos de derecho.

La Constitución Política del Perú señala en su artículo 1° que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, lo que hace ver que la persona humana es el centro de atención de la sociedad y del Estado, y luego en su artículo 2°, señala que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en el numeral 1) de su artículo 1°, señala que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Lo descrito nos hace ver que el derecho a la identidad goza de una protección constitucional, y constituye un derecho fundamental que debe ser protegida sin distinción de ningún tipo, por lo tanto la sociedad y el Estado deben promover acciones que favorezcan la formación y la consolidación de la identidad, cuanto más si estos son niños o adolescentes.

Por otra parte, el Código de Niños y Adolescentes, a través de su artículo 6° también nos hace ver que brinda protección del derecho a la identidad de los niños y adolescentes, pues señala que:

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación (CNA, 2000, Artículo 6).

En ese sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido de una manera integral, pues es el derecho que permite a toda persona sea uno mismo y que todos le reconozcan como tal. En ese sentido, para que dicha identidad se forme de manera adecuada es necesario que los padres puedan apoyar activamente, interactuando con ellos y siendo sus guías.

5.6. El carácter fundamental del derecho a la identidad

Conforme señala Pérez (2002), debe quedar claro que existe consenso en que “se reserva el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto, que la fórmula ‘derechos humanos’ es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (p. 31). Es decir, entendemos que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados en las constituciones de cada país.

En el caso del derecho a la identidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 6° señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Es decir, el derecho a la identidad personal es un derecho humano de la persona, es algo inherente a toda persona, sean menores o mayores.

A nivel de nuestra Constitución, en el artículo 2° numeral 1) de la misma se ha establecido que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (Constitución, 1993, artículo 2). Por lo que ha consagrado constitucionalmente el derecho a la identidad.

De modo que, el derecho a la identidad fue consagrado a nivel de normas internacionales, por lo que es considerado un auténtico derecho humano, y el mismo derecho, al haber sido consagrado a nivel de nuestra Constitución, goza de la categoría de derecho fundamental.

En ese sentido, el derecho a la identidad, siendo un derecho fundamental, tiene preeminencia sobre cualquier otro derecho. Por lo que, si existe conflicto entre el derecho fundamental a la identidad y cualquier otro derecho, el derecho a la identidad debe prevalecer.

5.7. El derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana

La dignidad humana, como señala De Gasparín (2009), la dignidad humana constituye “un valor único e incondicional que reconocemos en la existencia de todo

individuo, independiente de cualquier cualidad accesorias que pudiera corresponderle” (p. 1). Es decir, la dignidad humana no está condicionada a ninguna instancia exterior o no esencial, como el estrato social, económico, raza, salud, etc. “La persona humana vale por el mero hecho de ser persona y no por ésta o aquella de sus características accidentales. Nuestro sentido de ser fin en nosotros mismos es una poderosa indicación de esta verdad” (Santa María, 2009, pp. 9-10).

García Toma, nos dice que la dignidad es:

El rango o la categoría que comprende al hombre como un ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado. Por ende, exige que sus congéneres o el Estado actúen frente a él conforme a su peculiar naturaleza. (...) Afectar la dignidad humana conlleva inescindiblemente a rebajar y desvalorizar la propia condición humana (pp. 22-23).

Por ello, nuestro Tribunal Constitucional, acertadamente ha señalado que:

La dignidad del ser humano no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento (STC, Exp. N° 02273-2005-PHC/TC, FJ 5).

Nuestra Constitución Política en su artículo 1° señala que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De manera que, reconoce a la dignidad humana de la persona como el valor supremo, principio nuclear o valor último del ser humano, por lo tanto como un principio o valor que debe ser considerado primordialmente cuando se discuta los derechos fundamentales de la persona.

La constitucionalización de la dignidad, como señala García (2012), genera las cinco consecuencias siguientes:

- 1) El respeto de la dignidad humana legitima el ejercicio del poder político,
- 2) El respeto de la dignidad humana promueve la objetivización de una sociedad más justa,
- 3) La normativización constitucional del concepto dignidad conlleva a que sea considerada como fuente de derecho y en principio de política legislativa,
- 4) El

establecimiento de un criterio sumo para la cobertura de las lagunas legislativas, y 5) La persona por el hecho efecto de ser ostentadora de dignidad se hace merecedora de la titularidad de los denominados derechos fundamentales (p. 51).

Por lo que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

La dignidad del ser humano no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento (STC, Exp. N° 02273-2005-PHC/TC, FJ. 5).

De esta forma, la dignidad de la persona se erige como principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, así como de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.

El reconocimiento nacional y supranacional de la dignidad, alcanza además a aquellos de naturaleza análoga como serían las derivadas del vínculo jurídico familiar, como es el caso de la formación de la identidad personal de los niños, lo cual surge con vivir en familia o mantener una continua interrelación y comunicación con los padres e integrantes de la familia. Por ejemplo, cuando los padres viven separados, es completamente necesario que los hijos mantengan una relación permanente con sus padres a través de régimen de visitas, por lo que no es correcto que las visitas se condicionen al cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de los padres.

CAPÍTULO II

MARCO OPERACIONAL

1. Problema de investigación

1.1. Determinación del problema

De la revisión de los expedientes referidos a los procesos de régimen de visitas en los archivos del Poder Judicial encontré que alrededor del 30% de las demandas sobre régimen de visitas son declaradas improcedentes, en otros casos rechazados por cuanto no se ha subsanado dentro del plazo la inadmisibilidad, porque los demandantes no han podido acreditar estar al día con el pago de la obligación alimentaria, en atención a los mandatos del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes que 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” (CNA, 2000, artículo 88°).

Ello nos hace ver que en el Poder Judicial de Arequipa muchos padres o madres que demandan el régimen de vistas para poder ver a sus hijos con quienes no viven, ven truncado sus aspiraciones, por cuanto no están cumpliendo con su deber de alimentar a dichos menores. En el otro extremo se encuentran los hijos que esperan ver a sus padres o madres con quienes no viven, sin embargo no pueden verlos, porque dicho padre o madre al no estar al día en pagar los alimentos no puede ir a visitarlos, claro está, en dicho incumplimiento no tiene ninguna responsabilidad estos menores, pero son ellos los más afectados por la carencia de afecto de ese padre o de esa madre. Entonces surge la pregunta ¿es correcto condicionar el otorgamiento del régimen de visitas a cuestiones económicas, como exigir a los padres estar al día con el pago de los alimentos?

En la situación de separación de los padres, generalmente también hay separación de los hijos de uno de los progenitores, donde la visita es la única forma de garantizar la continuidad de las relaciones interpersonales de los padres y los hijos que no viven juntos, lo que ayuda a que el niño, niña o adolescente se desarrolle integralmente y consolide su identidad personal, sin embargo esta situación parece no ser contemplado por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, el cual parece considerar las visitas como derecho exclusivo de los padres, y no de los hijos.

En ese sentido, es necesario determinar la naturaleza jurídica del régimen de visitas conforme a nuestro ordenamiento jurídico, tanto legal y constitucional, para ver si éste es un derecho exclusivo de los padres que no ejercen la patria potestad o también es derecho de los hijos, toda vez, si el régimen de visitas es derecho exclusivo de los padres entonces la previsión del artículo 88° del Código de niños y Adolescentes tendrá cabal sentido, pero si no es así, la condición que impone dicha norma a los solicitantes, estaría permitiendo la privación de un derecho del niño de ser visitados por sus padres que es su interés superior.

Por otra parte, condicionando el derecho de visita al cumplimiento de la obligación alimentaria del padre, incumplimiento que es totalmente ajeno a la voluntad del niño, niña o adolescente, se afecta el desarrollo psicoemocional de los mismos, por lo que se contraviene los mandatos del principio constitucional del interés superior del niño, en virtud del cual, como señala el tribunal Constitucional:

Las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 11.).

Sobre el principio de interés superior del niño existe uniforme jurisprudencia que considera su vital importancia, sin embargo no está completamente determinado cuál es el status jurídico de este principio, es de rango constitucional o legal. A nivel de nuestra legislación encontramos regulados en normas legales, sin embargo se habla de que este principio fluiría a partir del artículo

4° de la Constitución, como señala el Tribunal Constitucional en sus sentencias, lo que le daría el status constitucional, por lo que sería vinculante para todos los entes estatales y privados. A ello también corroboraría, su consagración en normas internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los cuales constituyen un problema pues “existe ausencia de conocimiento o solución frente a este hecho de la realidad social” (Paredes, 2014, p. 71) y es necesario llenar el vacío o buscar solución al problema detectado.

Ello nos hace ver que existe un problema por analizar y en base a ello “buscar la solución a un problema, que es la finalidad que cumple toda tarea de investigación” (Hernández, 2014, p. 4).

Es en ámbito que nos planteamos la presente investigación, pretendiendo estudiar la afectación del derecho a la identidad y del principio constitucional del interés superior del niño con la aplicación de los requisitos de procedibilidad dispuestos por el artículo 88 del Código de Niños y Adolescentes en las demandas de régimen de visitas interpuesto por padres deudores alimentarios, vistas como derecho del hijo y no del padre, en los Juzgados de Familia de Arequipa.

1.2. Enunciado del problema

Enunciar un problema consiste en declarar o expresar el problema de investigación. En realidad es una proposición que sintetiza el problema de investigación, como título de la investigación, que servirá de guía al investigador hasta la ejecución de la investigación.

No hay unanimidad en la forma como debe enunciarse el problema, sin embargo, dos son las alternativas más aceptadas, pues puede ser efectuada de manera “declarativa o interrogativa” (Paredes, 2014, p. 58). En nuestro caso utilizaremos la forma declarativa, por lo que el enunciado de nuestra investigación quedaría redactado de la siguiente forma:

“Afectación del principio constitucional del interés superior del niño por la aplicación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas. Arequipa 2015 al 2018”.

1.3. Descripción del problema

1.3.1. Campo, área y línea de investigación

- a) **Campo.-** La presente investigación se desarrolla en el **campo jurídico**, pues se ocupa de determinar la afectación del principio constitucional del interés superior del niño, así como el derecho a la identidad del mismo, por la aplicación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas, lo que se encuentra inmerso necesariamente dentro del campo jurídico.
- b) **Área.-** El objeto de estudio de la presente investigación se circunscribe en el área del **Derecho Constitucional y Derecho de Familia**, por cuanto nuestro objetivo es determinar la afectación del principio constitucional del interés superior del niño por la aplicación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas, los que se abordan desde un enfoque constitucional y en el ámbito del Derecho de Familia.
- c) **Línea.-** La línea que abarca nuestra investigación está referida a la vigencia del **principio constitucional del interés superior del niño** en el otorgamiento del régimen de visitas a padres deudores alimentarios, en base al análisis del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes.

1.3.2. Operacionalización de las variables

La variable viene a ser una característica o atributo de un hecho o fenómeno que se desea investigar, el mismo que es susceptible de ser medido u observado. Es decir, “son características, propiedades, atributos o cualidades de la realidad susceptibles de asumir diferentes valores” (Ríos, 2017, p. 91).

Las variables por constituir unidades de medición en la investigación, necesitan ser operacionalizadas “descomponiéndola en sus elementos integrantes, denominados indicadores (Aranzamendi, 2015, p. 231). Por ello en la presente investigación se ha descompuesto la variable en indicadores y sub indicadores. El mismo es como sigue:

Variable independiente:

Principio constitucional del interés superior del niño

Variable dependiente:

Los requisitos de procedibilidad en las demandas de régimen de visitas interpuesta por padres deudores alimentarios

La operacionalización de las variables es el siguiente:

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<p>Variable Independiente PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO “Es un derecho, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento, que busca la satisfacción integral, simultánea y armónica de los derechos del niño, por lo que cuando existan conflictos sobre los derechos e intereses de los niños y otros derechos e intereses igualmente legítimos, se atiende el Interés Superior de la niña, niño o adolescente como consideración primordial”.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principio de interés superior del niño en nuestro ordenamiento legal y constitucional. • Principio de interés superior en los procesos de régimen de visitas. • El derecho a la identidad del niño y adolescente 	<ul style="list-style-type: none"> - Status jurídico del principio de interés superior del niño. - Funciones normativas del interés superior del niño. - Aplicación del principio de interés superior en procesos de familia sobre menores. - El principio de interés superior del niño en los procesos de régimen de visitas. - Desarrollo integral de la personalidad del niño - Presencia de la figura paterna y materna en la vida del niño.
<p>Variable Dependiente LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LAS DEMANDAS DE RÉGIMEN DE VISITAS INTERPUESTA POR PADRES DEUDORES ALIMENTARIOS “Son los requisitos que exige el artículo 88° del CNA que contravienen el principio constitucional del interés superior del niño al calificar las demandas de régimen de visitas”.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Requisitos de demanda de régimen de visitas • El principio de interés superior en la calificación de la procedibilidad de las demandas de régimen de visitas 	<ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurídica del régimen de visitas - Requisitos de la demanda de régimen de visitas. - Mecanismos para el cumplimiento de las deudas alimentarias. - En la calificación de procedibilidad de la demanda de régimen de visitas - En el otorgamiento del régimen de visitas

1.3.3. Tipo de investigación

Toda investigación no siempre es el mismo, ni sigue los mismos pasos ni utiliza las mismas estrategias, eso va depender de la tipología de la investigación. Así, Paredes (2014) nos dice que una investigación “podrían ser de campo, de laboratorio o de biblioteca, la que incluye archivos de todo tipo” (p. 64).

En el campo jurídico podemos hablar de investigaciones de campo, documentales o de laboratorio, dependiendo donde y con qué insumos trabajaremos. Por ejemplo en el caso de una investigación de documental trabajaremos con documentos, que generalmente son materiales escritos.

En ese sentido, la presente investigación es una de carácter documental, por cuanto se realiza apoyándose en fuentes de carácter documental como resoluciones judiciales y sentencias casatorias.

1.3.4. Nivel de investigación

El nivel de investigación está referido al grado de profundidad con que analizamos la problemática abordada en la investigación. Como señala Ríos (2017) es el “grado de profundidad con que se aborda un fenómeno o problema de investigación” (p. 102).

La investigación responde al nivel descriptivo-explicativo, por cuanto mediante la descripción y análisis de las resoluciones y las sentencias, se dará respuesta a las interrogantes planteadas y se brindará una solución adecuada al problema investigado.

1.4. Interrogantes de la investigación

Las interrogantes de la investigación constituyen las preguntas que se plantea el investigador frente al problema de investigación. Como señala Espejo (2019) “la investigación buscará dar respuesta a un problema y la forma de presentar

un problema es en forma interrogativa, pues su estructura predispone a la respuesta” (p. 68).

En tal sentido en la presente investigación nos hemos planteado las siguientes interrogantes o preguntas:

1.4.1. Pregunta General

¿Se afecta el principio constitucional del interés superior del niño con la aplicación de los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas?

1.4.2. Preguntas Específicas

- 1) ¿Cuál es la naturaleza jurídica del régimen de visitas en el ordenamiento jurídico peruano?
- 2) ¿Cuál es el status jurídico del principio de interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento jurídico peruano?
- 3) ¿Los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas vulnera el principio de interés superior del niño?
- 4) ¿Los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas afectan la identidad del niño al no favorecer el desarrollo integral de la personalidad del niño o adolescente?
- 5) ¿Las demandas de régimen de visitas interpuesta por padres deudores alimentarios, en los Juzgados de Familia de Arequipa, se resuelve aplicando los mandatos del principio constitucional del interés superior del niño?

2. Justificación

En nuestro país, a nivel de nuestra normatividad, el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes, establece el régimen de visitas para los padres o las madres que no ejercen la patria potestad, esto es para los padres o madres que no tienen a sus hijos a su lado, incluso da la posibilidad de que los parientes hasta cuatro grado de consanguinidad pueden solicitar la visitas en caso el padre o la madre haya fallecido, no se encuentre en el lugar del domicilio o que se desconozca su paradero. Sin embargo, la misma norma condiciona el otorgamiento del régimen de visitas a que el padre o la madre que lo solicita esté al día en el pago de los alimentos, o en todo caso demuestre que le es imposible pagar.

El requisito de estar al día en los pagos de las pensiones alimentarias al final termina constituyéndose en una traba para el otorgamiento del régimen de visitas, pues los padres que no están al día en el pago de los alimentos no van a poder obtener el régimen de visitas, con lo cual los más perjudicado son los hijos, pues ellos son los que más necesitan de la presencia de sus padres o comunicarse con sus padres para poder desarrollarse plenamente.

Por otra parte, a partir de la redacción de la norma comentada, el régimen de visitas está concebida como un derecho exclusivo de los padres que no ejercen la patria potestad, sin embargo, la naturaleza del régimen de vistas nos hace entender que este favorece más a los hijos que al padre, porque al permitir la continuidad de las relaciones entre padres e hijos que no viven juntos, ayuda en el desarrollo psicoemocional de los hijos. Por ello, no es posible que el régimen de visitas sea limitado por causa del incumplimiento de los padres, incumplimiento en que los hijos no tienen ninguna responsabilidad.

A este respecto, existe pronunciamientos de la Corte Suprema, como el caso de la Casación N° 4253-2016-La Libertad, que señala que “condicionar el régimen de visitas con el pago de pensión de alimentos, vulnera el principio del interés superior del niño y del adolescente” (Séptimo Considerando).

Por los motivos expuestos, la presente investigación se justifica por las siguientes razones:

Relevancia Científica, porque la presente investigación, en base a un análisis sistemático de nuestra normatividad, de los procesos de régimen de visita, de la doctrina y jurisprudencia, va permitirnos comprender la naturaleza jurídica del régimen de visitas, los requisitos de su otorgamiento, el interés superior del niño, derecho de identidad, y en base a ello, se planteará nuevas tendencias de interpretación y aplicación de la normatividad respecto al otorgamiento del régimen de visitas para los padres o madres deudores alimentarios, respetando los mandatos del interés superior del niño.

Relevancia Humana, pues por la razones antes expuestas, los resultados de la presente investigación beneficiará a los niños y adolescentes que no se encuentran con uno de sus padres, y que no pueden acceder al derecho de visitas por el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del padre con quien no vive, propiciando con ello la continuidad de la interrelación paterno filial que favorecerá el desarrollo integral de los niños/as, así como la formación correcta de su identidad.

Relevancia Contemporánea, porque el tema que analizamos es actual, toda vez que siempre existirán fracturas familiares donde necesariamente tienen que verse la situación de los hijos, buscando el ejercicio del régimen de visitas en salvaguarda del interés superior del niño, sin condicionamientos que afecten los derechos de los mismos.

Las razones expuestas hacen que analizar las posibilidades de otorgamiento del régimen de visitas a los padres que no ejercen la patria potestad a pesar que no estén cumpliendo con el pago de las pensiones de alimentos, cobra importancia para el derecho y para la sociedad, lo que demuestra que “el estudio es necesario e importante” (Hernández, 2014, p. 40).

3. Objetivos

Los objetivos “suponen el logro que se espera de la investigación y, por ello, son el propósito del trabajo de la investigación” (Ríos, 2017, p. 69). Es decir, tienen la finalidad de señalar a lo que se aspiramos o qué es lo que queremos lograr con la investigación.

En ese sentido, con el presente trabajo de investigación nuestra aspiración ha sido lograr los siguientes:

3.1. Objetivo general

Determinar si se afecta el principio constitucional del interés superior del niño con la aplicación del requisito de procedibilidad establecido por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas.

3.2. Objetivos específicos

- 1) Establecer la naturaleza jurídica del régimen de visitas según el ordenamiento jurídico peruano.
- 2) Establecer el status jurídico del principio de interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento jurídico peruano.
- 3) Precisar si la aplicación de los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas vulnera el principio de interés superior del niño.
- 4) Demostrar que la aplicación de los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas afectan la identidad del niño al no favorecer el desarrollo integral de la personalidad del niño o adolescente
- 5) Evaluar si las demandas de régimen de visitas interpuesta por padres deudores alimentarios, en los Juzgados de Familia de Arequipa, se resuelve aplicando los mandatos del principio constitucional del interés superior del niño.

4. Hipótesis

La hipótesis constituye “una formulación lógica y coherente de aquello que estamos buscando o tratando de probar en nuestro trabajo” (Ramos, 2018, p. 126).

En ese sentido, la hipótesis constituye una explicación anticipada que nos permite acercarnos a la realidad, la misma que se expresa como una proposición verificable, que establece relaciones entre hechos.

La explicación anticipada que se da al problema, no necesariamente tiene que ser verdadera, pues “en el desarrollo de la investigación se confirmara o no dicha hipótesis” (Valdivia, 2017, p. 40).

La estructura formal de la hipótesis está constituida por un fundamento o principio y otra de deducción o respuesta. En ese sentido, nos hemos planteado la siguiente hipótesis:

“**DADO QUE**, en los Juzgados de Familia de Arequipa, las demandas de régimen de visitas interpuestas por padres que no acreditan cumplir con el pago de los alimentos son declaradas improcedentes, o en todo caso rechazadas por no subsanar la inadmisibilidad por el mismo motivo, aplicando el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, **ES PROBABLE QUE**, con la aplicación del requisito de procedibilidad de las demandas de régimen de visitas, establecido por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, se vulnere el principio constitucional del interés superior del niño, puesto que no favorece el desarrollo integral del niño o adolescente y la adecuada formación y fortalecimiento de su identidad”.

5. Métodos empleados en el análisis

5.1. Método sistemático

Sabemos que nuestro ordenamiento jurídico constituye una unidad que implica la interconexión de las normas jurídicas, por lo que, frente a un problema jurídico es necesario aplicar de manera coordinada distintas normas, interpretando unos en concordancia con los otros.

En ese sentido, en la realización de la presente investigación se ha tenido en cuenta esa unidad e interconexión de las normas que regulan el régimen de visitas, analizando de manera sistemática sus alcances y detectando los casos en los que los requisitos exigidos podrían ser vulneratorios del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, y en base a ello proponer soluciones.

5.2. Método histórico sociológico

En la realización de la presente investigación también ha sido necesario ver las situaciones socio económico y legal que hayan motivado la forma como se ha regulado el régimen de visitas en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente para condicionar su otorgamiento al pago de las deudas alimentarias.

Asimismo se ha tenido en cuenta la actual situación de la regulación del derecho de familia, así como el enfoque que se viene dando a nivel jurisprudencial, que responden a la actual situación de la familia y las tendencias mundiales de protección especial del niño, niña y adolescente.

5.3. Método Funcional

En la ejecución de la investigación también nos hemos acercado al problema y buscado la soluciones en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y fallos de los Juzgados de Familia sobre el régimen de visitas, pues consideramos que es allí donde se encuentra el derecho viviente, que va analizando conforme va evolucionando el derecho de familia y los cambios que vienen produciéndose en la sociedad.

5.4. Método inductivo-deductivo

Mediante el análisis de la forma de regulación del régimen de visitas en nuestro país, así como de las resoluciones judiciales que califican las demanda de régimen de visitas, se ha deducido que estas normas vulneran derechos de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto no favorecen el desarrollo integral y la consolidación de su identidad personal de los menores, por lo que contravienen los mandatos del principio de interés superior del niño.

6. Técnicas, instrumentos y materiales de verificación

6.1. Técnicas

Las técnicas de investigación constituyen “formas de actuación concreta para conocer las variables e indicadores” (Paredes, 2014, p. 120).

La técnica que se ha utilizado en la presente investigación es la observación documental, pues la investigación se ha efectuado a través de la revisión y análisis de las resoluciones judiciales que deniegan el pedido de régimen de visitas a padres deudores alimentarios.

6.2. Instrumentos

Las técnicas de investigación o de verificación podemos materializar mediante los instrumentos de verificación, que “son medios auxiliares y operativos de la técnica, constituyen mecanismos que usa el investigador para recoger y registra la información” (Paredes, 2014, p. 122).

Concordante con la técnica empleada, como instrumentos hemos utilizado la ficha de observación documental estructurada, especialmente elaborada por la investigadora.

7. Campo de verificación

7.1. Ubicación espacial

La presente investigación abarca el ámbito nacional, sin embargo por cuestiones de lugar, nos hemos enfocado más en datos e informaciones encontrados en la ciudad de Arequipa, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

7.2. Ubicación temporal

La presente investigación ha abarcado el periodo comprendido entre los años 2015 al 2018, por cuanto se ha analizado resoluciones judiciales que califican las demandas de régimen de visitas correspondientes a ese periodo.

7.3. Unidad de estudio

Las unidades de estudio están constituidas por las Resoluciones y Sentencias de los Juzgados de Familia de Arequipa, sobre régimen de visitas.

Universo:

El universo de estudio para la presente investigación está conformado por las demandas y los procesos de régimen de visitas tramitados en los Juzgados de Familia de Arequipa, entre los años 2015 al 2018, que en total son 164.

Muestra:

Siendo la cantidad de expedientes que conforman nuestro universo, la muestra será igual al universo.

8. Estrategia de recolección de datos

8.1. Organización

- Para efectos de la recolección de datos, se coordinará con el Director de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa y profesores de las maestrías.
- Se efectuará las coordinaciones correspondientes con el Poder Judicial, así como con otras instituciones si es que fuera necesario.

- Para la recolección de datos se utilizará fichas de observación documental estructurada. Una vez recolectado los datos, estos se sistematizarán estadísticamente para efectuar el análisis, interpretación y conclusiones finales.

8.2. Validación del instrumento

Para la recolección de información se ha utilizado una ficha de observación estructurada, por lo que la validación de ello se hizo a través de una prueba piloto en una pequeña población conformada por resoluciones judiciales, a través del cual se han corregido algunos errores que se presentaron. Por ello, en la ejecución de la investigación se ha usado las Fichas ya corregidas y ha tenido buena funcionalidad.

8.3. Criterios para el manejo de resultados

Los datos recolectados primeramente se han organizado en grupos y categorías conforme a las variables y los objetivos de la investigación, luego se sistematizarán en cuadros y gráficos estadísticos, para presentarlo adecuadamente el informe. Para la elaboración de los cuadros y gráficos nos hemos apoyado con un ordenador y el programa EXCEL.

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Análisis de la naturaleza jurídica del régimen de visitas en el ordenamiento jurídico peruano.

En este apartado nos ocuparemos de determinar la naturaleza jurídica del régimen de visitas conforme a nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que actualmente no existe unanimidad al respecto, pues existen sectores que consideran que es un derecho exclusivo del padre o madre que no tiene consigo a su hijo o sus hijos, y otro sector que consideran que éste es derecho de los padres y de los hijos.

La determinación de la naturaleza jurídica del régimen de visitas es de vital importancia para determinar la afectación o no del principio constitucional del interés superior del niño con la aplicación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de otorgamiento de régimen de visitas.

Con ese propósito analizaremos tres aspectos, la regulación constitucional, la regulación legal y el tratamiento jurisprudencial que se viene dando al régimen de visitas.

1.1. Análisis de la regulación constitucional del régimen de visitas

Para analizar la regulación constitucional del régimen de visitas en nuestro país tenemos que ocuparnos de los dispuesto por la Constitución Política del Perú, así como de las normas internacionales de derechos humanos, los cuales en virtud del artículo 55° de la Constitución forman parte de nuestro derecho interno y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (STC, Exp. Exp. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 26).

TABLA N° 01

Normas constitucionales que regulan el régimen de vistas en el Perú

DENOMINACIÓN	NORMA CONSTITUCIONAL
Constitución Política del Perú	Artículo 6°. “(...) Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6).
Declaración de los Derechos del Niño	Artículo 3.- “(...) 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (DDN, 1959, artículo 3).
	Artículo 6.- “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (DDN, 1959, artículo 6).
Convención sobre los Derechos del Niño	Artículo 9.- “(...) 3. 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” (CDN, 1989, artículo 9).
	Artículo 18.- “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (CDN, 1989, artículo 18).
	Artículo 19.- “(...) 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo” (CDN, 1989, artículo 19).

FUENTE: Elaboración Propia

En la Tabla N° 01, observamos que nuestra Constitución no define ni hace referencia expresa al régimen de visitas. Sin embargo, en su artículo 6° señala que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los

hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6), con lo que reconoce de manera implícita la institución de la patria potestad, entendida como “un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquellos” (Aguilar, 2016, p. 395).

Esta consagración nos hace ver que la patria potestad, como institución familiar, en nuestro país, goza de un reconocimiento constitucional. Reconocimiento que es respaldada por normas internacionales de derechos humanos, como la Declaración de los Derechos del Niño, que obliga a los estados partes garantizar la protección y el cuidado del niño, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, y así garantizar la supervivencia y el bienestar del niño, así como las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente cuando señala que “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (CDN, 1989, artículo 18°). Estas normas internacionales, al haber sido ratificado por el Estado peruano forman parte de nuestro derecho interno y tienen rango constitucional.

Debemos tener en cuenta que la patria potestad, conforme a la concepción clásica se consideraba como un atributo exclusivo de los padres, lo que en nuestros tiempos ha variado sustancialmente, lo que puede verse desde la redacción del artículo 6° de la Constitución, pues regula como un derecho-deber recíproco, es decir no solo como derecho de los padres, sino también de los hijos. Ello es así, porque como señala Varsi (2011) “la concepción tradicional de la patria potestad que entendía que la misma otorgaba derechos a los padres, ha sido superada, pues hoy la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y también de los hijos” (p. 320).

Conforme a nuestra legislación, la patria potestad otorga a los padres ciertas facultades para que cuiden, orienten y dirijan el proceso de desarrollo de sus hijos menores de edad, así como, administrar sus bienes hasta que lleguen a la mayoría de edad, los mismos que se concretizan mediante la tenencia y, para aquellos que no

tienen consigo a sus hijos, se fija un régimen de visitas, entendida éste último como “el derecho de los padres y los hijos (y viceversa) a relacionarse, contactarse y comunicarse debido a que no existe una convivencia constante entre ellos” (Vásquez, 2013, p. 45).

Siendo que el régimen de visitas un atributo de la patria potestad, también nace a partir del artículo 6° de la Constitución Política, por lo tanto tiene la naturaleza de constituir un derecho-deber de los padres y los hijos, y goza de protección constitucional. La regulación constitucional implícita del régimen de visitas, se ve reforzada por la norma contenida en el numeral 3) del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando establece que “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”.

En ese sentido, conforme a la regulación constitucional el Régimen de Visitas en nuestro país, no constituye solamente derecho de los padres, sino sobre todo derecho de los hijos. Es decir, la naturaleza jurídica del régimen de visitas es de ser un derecho-deber de los padres y de los hijos, que permite la conservación y continuidad de las relaciones personales entre ellos.

1.2. Análisis de la regulación legal del régimen de visitas

A nivel de nuestra normatividad legal, encontramos dos cuerpos normativos que se ocupan de los derechos de las personas en el ámbito familiar. El Código Civil, que regula de una manera genérica los derechos familiares, y el Código de Niños y Adolescentes, que se ocupa de manera específica de los derechos de los niños y adolescentes, entre ellos del régimen de visitas.

A continuación nos ocuparemos de las normas específicas que se ocupan del régimen de visitas:

TABLA N° 02

Regulación legal del régimen de visitas

DENOMINACIÓN	NORMA LEGAL
Código Civil	<p>Artículo 418°.- “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (CC, 1984, artículo 418).</p> <p>Artículo 422°.-“En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias” (CC, 1984, artículo 422).</p>
Código de Niños y Adolescentes	<p>Artículo 84°.- “En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño, niña o adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la Tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor” (CNA, 2000, artículo 84).</p> <p>Artículo 88°.- “Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento 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” (CNA, 2000, artículo 88).</p>

FUENTE: Elaboración Propia

En la Tabla N° 02, observamos las normas legales del Código Civil y del Código de Niños y Adolescentes que se ocupan del régimen de visitas.

El artículo 418° del Código Civil señala que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. De modo que, si los padres viven juntos, ambos ejercen la patria potestad, entonces también la tenencia, por lo que no habría necesidad de discutir sobre el régimen de visitas. Mientras, cuando existe separación de los padres, sólo uno de ellos tiene la tenencia y el otro debe gozar de un régimen de visitas, en virtud del artículo 422° del mismo cuerpo legal, a fin de conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales.

La última norma referida es la base legal del régimen de visitas, que regula como un derecho que permite mantener la continuidad de las relaciones personales del padre o la madre con el hijo con quien no convive, y viceversa, como derecho de los hijos con la finalidad de asegurar el desarrollo integral y la correcta afirmación de su identidad personal del niño, niña o adolescente.

El Código de los Niños y Adolescentes, a través de su artículo 88°, ratifica que los padres que no ejercen la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos. Sin embargo, esta norma condiciona el régimen de visitas del padre al cumplimiento de la obligación alimentaria, situación en la que los hijos no tienen ninguna responsabilidad y no tiene por qué perjudicarse su derecho de ser visitados por su padre o madre con quien no vive. Asimismo, faculta al Juez, a disponer dicho régimen de visitas, respetando en lo posible el acuerdo de los padres y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, incluso de variarlo conforme a las circunstancias, en resguardo del bienestar del niño, niña o adolescente.

Por otra parte, en el literal c) del artículo 84° del mismo Código de Niños y Adolescentes, refiriéndose a las facultades del Juez en el proceso de Tenencia señala que para el padre o la madre “que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el

derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”. Esta norma nos hace ver que el régimen de visitas se otorga al padre que no obtuvo la tenencia, con la finalidad de mantener la continuidad de las relaciones entre padres e hijos o hijas que no conviven y así garantizar el interés superior y el bienestar del niño.

La norma citada es clara en recalcar que la tenencia se otorga al padre o la madre que mejor garantice el contacto con el otro progenitor, esto es, respetando el derecho de visitas, entendida como derecho del padre y del hijo, toda vez que, cuando uno de los padres no vive con su hijo o hija, la única forma de mantener contacto con ese hijo o hija es a través de las visitas, las que a nuestro parecer no debería condicionarse al cumplimiento o incumplimiento de las obligación alimentaria como lo hace el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, pues en ella los hijos no tienen ninguna responsabilidad.

En ese sentido, conforme a nuestra normativa legal, el régimen de visitas constituye un derecho-deber que permite conservar las relaciones personales del padre con su hijo/hija con quien no convive, y viceversa. Como señala Plácido (2003) el régimen de visitas es entendida como “aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerce la patria potestad y sus hijos” (p. 513), así como el “típico derecho subjetivo familiar mediante la cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad” (Canales, 2014, p. 8).

1.3. Análisis del tratamiento jurisprudencial del régimen de vistas

A nivel de jurisprudencia, la Corte Suprema es la que mayormente se ha pronunciado sobre el régimen de visitas, sobre todo relacionado al otorgamiento del régimen de visitas cuando el padre o madre no esté cumpliendo con el pago de la obligación alimentaria. Sin embargo, también el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en algunas de sus sentencias sobre el régimen de visitas.

TABLA N° 03

**El régimen de visitas en la Jurisprudencia del Poder Judicial y
Tribunal Constitucional**

INSTANCIA	JURISPRUDENCIA
Corte Suprema	<p>“El régimen de visitas es 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, conforme lo dispone el primer párrafo del artículo ochentiocho de la Ley veintisiete mil trescientos treintisiete -Código de los Niños y Adolescentes-, en concordancia con el artículo cuatrocientos veintidós del Código Civil” (Casación N° 0856-2000 Apurímac, Primer Considerando).</p> <p>“Mediante el régimen de visitas se permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerza patria potestad y sus hijos, conforme lo prescribe el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes” (Casación N° 2606-2016 Lima Este, 2017, Cuarto Considerando).</p>
Tribunal Constitucional	<p>“El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar (...) ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto” (STC, Exp. N° 1817-2009-PHC/TC, FJ 15, 20).</p> <p>“Las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, impide el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal (física, psíquica y moral), protegida por el artículo 2° .1 de la Constitución y el artículo 25° .1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional, a tenor del artículo 4° de la Constitución” (STC, Exp. N° 1317-2008-PHC/TC, FJ 45).</p>

FUENTE: Elaboración Propia

En la Tabla 03 observamos dos jurisprudencias de la Corte Suprema y dos jurisprudencias del Tribunal Constitucional referido al régimen de visitas, los cuales nos ilustran respecto a la naturaleza jurídica de esta institución del derecho de familia.

La Corte Suprema ha señalado de una manera clara que el régimen de visitas permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerce la patria potestad y sus hijos. Por lo que queda claro que el régimen de visitas no es un derecho exclusivo de los padres, sino también de los hijos, y sobre todo de éstos últimos, quienes están en un proceso de formación y buscando la afirmación de su identidad.

Al respecto la Sala N° 6 de la Corte Superior de Familia de Lima, desde hace más de dos décadas ya viene señalado que:

El régimen de vistas, más que un derecho de los padres, resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral, por lo que deben fijarse, en atención a sus circunstancias conforme al artículo 422° del Código Civil y son sujetos a variación” (Exp. N° 1015-1997, del 23 de junio del 1997, Tercer considerando).

De esta manera confirma que el régimen de visitas es un derecho familiar que permite mantener la relación entre padres e hijos que no conviven.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no encontramos una definición del régimen de visitas, sin embargo vemos que el régimen de visitas se considera como una forma de garantizar el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos, el mismo que constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, pues aunque los padres estén separados, la convivencia familiar con sus hijos debe encontrarse garantizada, y ello se concretiza mediante el régimen de visitas.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por

lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia” (STC, Exp. N.º 02892-2010-PHC/TC, FJ 6). Es decir, es necesidad de los hijos menores mantener relación interpersonal con sus padres, porque es la única manera de mantener los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, que coadyuvan en su desarrollo integral y la formación de su identidad.

En otra sentencia, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que:

La eficacia del derecho de los menores de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, ha señalado que este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos” (STC, Exp. N.º 01905-2012-PHC/TC, FJ. 6).

Por ello, para garantizar el adecuado crecimiento de los niños y adolescentes, se necesita garantizar que las relaciones parentales sean los más óptimos, buscando sobre todo satisfacer las necesidades y las demandas del niño, niña o adolescente, más no solo de los padres.

Con ello se confirma que el régimen de visitas es un derecho familiar de carácter subjetivo que permite mantener la continuidad de las relaciones interpersonales entre padres e hijos, cuando estos no viven juntos, con la finalidad de garantizar el bienestar y el interés superior del niño.

1.4. La naturaleza jurídica del régimen de vistas conforme a nuestra legislación y jurisprudencia

Como se ha visto en los puntos anteriores, tanto a nivel de nuestras normas constitucionales y legales, así como la jurisprudencia expedida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, existe unanimidad sobre naturaleza jurídica del régimen de visitas, que es considerado como un derecho familiar, de carácter subjetivo, que

permite la continuidad de las relaciones interpersonales entre los padres y sus hijos, cuando los padres no ejercen la patria potestad respecto a los mismos.

Es decir, el régimen de visitas constituye un derecho familiar que permite la continuidad de la relación personal entre padres e hijos que no conviven, a fin de propiciar el desarrollo, crecimiento y consolidación de los lazos familiares, que favorecen al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes que es su interés superior y fortalecer la formación de su identidad personal. Por lo tanto, se trata de un derecho-deber de padres e hijos, sobre todo un derecho de los hijos más que de los padres.

Al respecto, concordando con Varsi (2011) consideramos que:

El régimen de visitas es un derecho subjetivo familiar, en el sentido que existe el derecho de ambas partes -menor y padres- de relacionarse, de estar en conjunto e integrarse. Las partes gozan de similar interés legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad, exige su consagración. Este derecho permite ello. Pero no sólo robustece las relaciones familiares, sino que en muchos casos las hace nacer, surgir, al integrar a la relación personal a sujetos apartados o distantes (p. 313).

2. Status jurídico del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano

Para determinar el status jurídico del principio de interés superior del niño, también analizaremos las normas constitucionales, legales y la jurisprudencia que se ocupa sobre este principio.

2.1. Regulación constitucional del Principio de Interés Superior del Niño

TABLA N° 04

Normas constitucionales sobre el principio de Interés Superior del Niño

DENOMINACIÓN	NORMA CONSTITUCIONAL
Constitución Política del Perú	Artículo 4°.- “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)” (Constitución, 1993, artículo 4).
Declaración de los Derechos del Niño	Principio 2.- “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (DDN, 1959, Principio 2).
Convención sobre los Derechos del Niño	Artículo 3.- “1. 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” (CDN, 1989, artículo 3). Observación general N° 14 (2013).- “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño)” (Numeral 4).

FUENTE: Elaboración Propia

En la Tabla N° 04 presentamos las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos, que al haber sido ratificados por el Estado peruano, forman parte de nuestro derecho interno, y que tienen rango constitucional, como ya señalamos anteriormente.

La Constitución Política del Perú, no regula expresamente el principio de interés superior del niño, sin embargo éste nace a partir de su artículo 4° cuando señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio” (Constitución, 1993, artículo 4°). El mandato de proteger de una manera especial al niño y adolescente es pues la manifestación del principio de interés superior del niño y adolescente, lo que nos hace ver que este principio tiene raigambre constitucional.

Ese parecer también ha manifestado el Tribunal Constitucional cuando señala que el principio de interés superior del niño:

Se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 11.).

En el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, el principio de interés superior del niño primeramente fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), aprobada el 20 de noviembre de 1959 y fue ratificada por el Perú, por lo que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, forma parte de nuestro derecho interno y es una norma con rango constitucional, pues estas normas “no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (STC, Exp. Exp. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 26).

La Declaración de los Derechos del Niño, constando la situación de vulnerabilidad de los niños, señala que éste goza de una protección especial y debe disponer de oportunidades y servicios, para que el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social sea de manera saludable y normal, respetando las condiciones de libertad y cuidando sobre todo respetando la dignidad del menor. Por ello, todo

estado al promulgar leyes con esta finalidad o en cualquier acción que involucre a niños, tiene que ser considerando fundamentalmente el interés superior del niño.

Con posterioridad, pero sobre la base de la Declaración de los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989, se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por el Perú el 03 de agosto de 1990 (Resolución Legislativa N° 25278), entonces también forma parte de nuestro derecho interno y con rango constitucional, como ya señalamos.

El numeral 1) del artículo de la Convención de los Derechos del Niño, ordena a todos los estados parte, entre ellos el Perú, para que en todas las medidas o decisiones que se tomen concernientes a los niños, sea por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, sea teniendo una consideración primordial el interés superior del niño.

La Convención de los Derechos del Niño, hoy por hoy, constituye un referente obligatorio para casi todos los Estados del mundo, por lo que muchas legislaciones, entre ellos el Perú, han adoptado el principio de interés superior del niño como parte de su ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta la importancia del Principio de Interés Superior del Niño, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha elaborado la Observación General N° 14, del 29 de mayo del 2013, referido al artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño. En ella ha establecido que el objetivo del concepto de interés superior del niño consiste en garantizar el pleno y efectivo disfrute de todos los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, así como garantizar es desarrollo holístico del niño, esto es velar por el “desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (Observación general N° 5, párr. 12).

En ese sentido, siendo que el principio de interés superior del niño fluye a partir del artículo 4° de la Constitución y de las normas internacionales de derechos humanos, es innegable su status constitucional y su carácter vinculante para todos los órganos estatales y privados, así como para la sociedad en general.

2.2. Regulación del Principio de Interés Superior Del Niño a nivel legal

A nivel de nuestra normativa con rango de ley que regula el principio de interés superior del niño tenemos los siguientes:

TABLA N° 05

Normas legales que regulan el principio de Interés Superior del Niño a nivel de nuestro ordenamiento jurídico

DENOMINACIÓN	NORMA LEGAL
Código de Niños y Adolescentes	Artículo IX del Título Preliminar.- “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” (CNA, 2000, artículo IX del TP).
Ley N° 30466, Ley que fija parámetros para garantizar el interés superior del niño.	Artículo 2.- “El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Ley N° 30466, 2018, artículo 2).
Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos.	Artículo 4.g.- “Este derecho sustancial, principio de interpretación y norma de procedimiento, asegura la protección y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente en su familia y en caso excepcional, prioriza un entorno familiar alternativo. A fin de determinar el interés superior del niño, se respetan los vínculos familiares y se favorece el apoyo a la familia de origen como medida de protección prioritaria. En ningún caso su aplicación puede disminuir o restringir los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes. Cuando exista conflicto entre el interés superior de un niño y otros intereses o derechos, la autoridad competente analiza y pondera los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho de la niña, niño y adolescente a que su interés superior es una consideración primordial” (Decreto Legislativo N° 1297, 2018, artículo 4).

FUENTE: Elaboración Propia

En la Tabla N° 05, vemos tres normas básicas del ámbito de derecho de familia que se ocupan de la regulación del principio de interés superior del niño y del adolescente.

La primera y la más antigua de las normas legales nacionales que expresamente se refiere al principio de interés superior del niño es el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, el cual siguiendo la línea de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que en toda medida referida al niño y al adolescente que adopte el Estado peruano a través de cualquiera de sus poderes, ya sea el poder ejecutivo, legislativo y judicial, o los órganos constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, El Ministerio Público, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), entre otros con estrecha relación con los niños y adolescentes, los gobiernos regionales, locales y sus demás instituciones, así como la sociedad en general (que incluye a los padres, los familiares o cualquier otra persona), se tendrá una especial consideración el principio del interés superior del niño y del adolescente, así como respetar sus derechos.

A través de esta normatividad lo que se busca es garantizar que en toda decisión que se tome, donde se discute los intereses de los niños y adolescentes, debe ser teniendo en cuenta el interés superior del niño y adolescente. Como señala Aguilar (2018), este principio “debe tenerse como un derrotero criterio orientador para resolver conflictos de derecho en que puedan verse involucrados los infantes” (p. 66).

Concordante con lo expresado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, la Convención de los Derechos del Niño y sobre todo en atención a lo dispuesto por la Observación General N° 14 (2013), en nuestro país se ha expedido la Ley N° 30466, del 27 de mayo del 2016, mediante la cual se establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, que establece éste tiene una triple naturaleza, de un derecho (de los niños y adolescentes), un principio (de rango constitucional que orienta la toma de las decisiones más apropiadas) y una norma de procedimiento (que establece los procedimientos a seguir en la aplicación de este principio), que otorga al niño y al adolescente el derecho para que se considere de manera primordial su interés

superior en todas las medidas que directa o indirectamente puedan afectarle, garantizando sus derechos fundamentales.

La Ley N° 30466, con el objeto de establecer los parámetros y garantías procesales para que el interés superior del niño sea considerado primordialmente en los procesos, procedimientos y demás actuaciones del Estado o entidades privadas que involucren a niñas, niños y adolescentes, ha sido reglamentado mediante el Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, el mismo que nos dice que el principio de interés superior del niño:

Es de aplicación en el ámbito nacional a las entidades públicas y privadas cuando se adopten medidas o decisiones, o cuando se diseñen e implementen políticas, programas, servicios y proyectos que afecten, directa o indirectamente, a las niñas, niños y adolescentes dentro del territorio nacional (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, artículo 2°).

La promulgación de la Ley N° 30466 y su Reglamento, demuestran la importancia del principio de interés superior del niño y la preocupación del Estado peruano por la adecuada aplicación de este principio, señalándonos su naturaleza y sus alcances. De manera que, es considerado como derecho fundamental de los niños, como un principio orientador y una norma de procedimiento, que cuando se trata de tomar decisiones sobre derechos de las niñas, los niños y adolescentes, éstas sean tomadas teniendo en cuenta primordialmente su interés superior y garantizando sus derechos. Por ejemplo, en el caso del régimen visitas, ésta sea determinada considerando que constituye un derecho fundamental del niño de mantener una relación personal con su padre o madre con quien no vive y así desarrollarse integralmente.

Otra norma que regula el principio de interés superior del niño es el Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos, el mismo que también señala que el principio de interés superior del niño tiene naturaleza de un derecho sustancial, de principio de interpretación y de norma de procedimiento, que permite asegurar la protección y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente en

su familia y en caso excepcional, prioriza un entorno familiar alternativo. Nos aclara que en ningún caso su aplicación puede disminuir o restringir los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, señala que cuando exista conflicto entre el interés superior de un niño y otros intereses o derechos, la autoridad competente analiza y pondera los derechos de todos los interesados, siempre teniendo en cuenta que el interés superior del niño o adolescente sea considerado primordialmente.

De esta manera, nuestras normas legales, no contradicen los mandatos constitucionales sobre el principio de interés superior del niño, sino reafirman su status constitucional, reconociendo que constituye un derecho sustancial, un principio de interpretación y norma de procedimiento, por lo que en cualquier conflicto que involucren derechos de niños y adolescentes, éstos deben ser resueltas cuidando y protegiendo el interés superior de los menores. Por ejemplo, en un caso de régimen de visitas, antes de discutir solamente como derechos de los padres, primordialmente debemos preocuparnos por dar cuidado especial a los niños.

2.3. El status jurídico del principio de interés superior del niño en la jurisprudencia

A fin de determinar el status del principio de interés superior del niño es necesario revisar algunas jurisprudencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

TABLA N° 06

El Principio de Interés Superior del Niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional

INSTANCIA	JURISPRUDENCIA
Corte Suprema	<p>“El interés 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” (Casación N° 4881-2009-Amazonas, Quinto Considerando).</p> <p>“Aunado a todo lo dicho precedentemente, respecto al principio del interés superior del niño y del adolescente (...) en el plano interno y en una línea muy semejante a la legislación supranacional, resulta de particular relevancia lo dispuesto en el artículo 4° de nuestra Constitución Política de 1993: ‘La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono’ y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes” (Casación N° 4253-2016-La libertad, Cuarto Considerando).</p>
Tribunal Constitucional	<p>“El artículo 4° de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger especialmente al niño. En este precepto reside la constitucionalización del denominado ‘interés superior del niño’, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos” (Exp. N° 0012-2010-PI/TC. FJ. 30.b).</p> <p>“De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales” (Exp N° 4058 2012-PA/TC. FJ. 19, precedente Constitucional Vinculante).</p>

FUENTE: Elaboración Propia

En la Tabla 06 presentamos dos jurisprudencias de la Corte Suprema y dos jurisprudencias del Tribunal Constitucional referido al principio del interés superior del niño y adolescente, los cuales nos ilustra respecto a la naturaleza y el estatus jurídico de este principio.

Como podemos ver, tanto a nivel de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional no existe discrepancia respecto al status del principio de interés superior del niño, pues en ambos casos se reconoce que este principio nace del artículo 4° de la Constitución y de las normas internacionales de derechos humanos, haciendo referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo tanto el principio de interés superior del niño, conforme a nuestra legislación y jurisprudencia, goza de rango constitucional.

Nuestra Corte Suprema desde la década anterior viene uniformemente señalando que “el interés superior del niño y adolescente y el respeto de sus derechos debe considerarse en cualquier medida adoptada por el Estado y en la acción de la sociedad, conforme lo regula el artículo noveno del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes” (CAS. N° 0856-2000-Apurímac, Segundo Considerando).

La misma Corte Suprema resalta que en todo proceso de familia que involucren niños y adolescentes, y sobre todo en los procesos de tenencia y régimen de visitas:

Debe procurarse que la decisión judicial se ampare en el respeto a los principios de protección especial e interés superior de los niños y adolescentes, reconocidos tanto por el derecho internacional como por el derecho interno. Aunque uno de los padres ejerza la tenencia y el otro progenitor, ostente un régimen de visitas, ambos deben coadyuvar con lograr un adecuado desarrollo integral de los niños que, involuntariamente, se encuentran sometidos a este tipo de procesos (Casación N° 2179-2013-Ica).

Por su parte, el Tribunal Constitucional señala que este principio constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Constitución. Cuando señala que la comunidad y el Estado protege de manera especial al niño y al adolescente, se establece:

La constitucionalización del denominado ‘interés superior del niño’, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos (STC, Exp. N° 0012-2010-PI/TC, F. J. 30.b).

En ese sentido, el principio del interés superior del niño tiene un rango de norma y principio constitucional, que busca garantizar el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos, por lo que debe ser considerado como criterio rector para la aplicación de las normas en lo referido a asuntos que involucren derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por lo que en todo proceso que involucre a los niños y adolescentes, este principio constituye un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, a la realidad de cada caso.

2.4. Status jurídico del Principio de Interés Superior del Niño

Conforme hemos visto en los puntos anteriores, el principio de interés superior del niño goza de rango constitucional, puesto que nuestra Constitución al señalar en su artículo 4° que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”, de manera implícita ha consagrado constitucionalmente el principio de interés superior del niño, lo cual ha sido reconocida expresamente por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la naturaleza constitucional del principio de interés superior del niño también queda demostrada por su consagración en las normas internacionales de derechos humanos, como la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, que por haber sido ratificados por el Perú, forman parte de nuestro derecho interno y gozan de rango constitucional. De modo que, el principio de interés superior del niño constituye un principio constitucional.

De esta forma, queda claramente establecido que el status jurídico del principio del interés superior del niño es de ser un principio de rango constitucional, por lo tanto vinculante para todos los poderes del Estado, para todas las entidades estatales y privadas, así como para toda la sociedad en general. Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado tajantemente que:

La Constitución ha expresado claramente a través del ya mencionado artículo 4°, que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...) la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4°, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el aspecto internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3°, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (STC, Exp. N° 6165-2005-HC/TC, FJ. 12).

En ese sentido, en todo proceso que involucre los derechos de niños y adolescentes la prioridad es el interés superior del niño, niña y adolescente, sea que dicho proceso se tramite en la vía administrativa o judicial, privado o público. En ese sentido, en el caso de los procesos de régimen de visitas, debe primar el interés superior del niño ante los derechos de los padres, y si existiese algún conflicto se debe optar por lo que más le favorece al niño, niña o adolescente.

2.5. Alcances del principio constitucional del Interés Superior del Niño

Está claramente demostrado que el principio de interés superior del niño es un principio de raigambre constitucional, por lo tanto es vinculante a todos los organismos públicos y privados. Por ello, en todo los procesos o procedimientos donde se discutan derechos de los niños, sean esto a nivel de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos constitucionales autónomos, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, necesariamente debe tenerse por prioridad este principio.

El rango constitucional del principio de interés superior del niño y adolescente hace que este se caracterice por:

Irradiar sus efectos de manera transversal. El deber de considerar sus alcances, es cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de éstos una actuación ‘garantista’, de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos (STC, Exp. N° 01665-2014-HC/TC, FJ. 16).

En ese sentido, el principio de interés superior del niño obliga a todos, tanto a entes estatales y privados. Esquematizando esta situación, podemos hablar de tres niveles de obligados:

1) **El principio de interés superior del niño primeramente obliga a los padres del niño, niña o adolescente, lo que incluye a la familia.** La familia debe ser:

La primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño (STC, Exp. 01817-2009-PH/TC, FJ. 15).

Entonces en el entorno familiar, los padres son los primeros llamados a velar por el bienestar de sus hijos, convivan o no convivan con ellos, deben procurar brindarles un ambiente saludable para desarrollarse adecuadamente, y en caso de presentarse algún conflicto entre los padres, deben tener en cuenta que sus derechos debe ceder al interés superior del niño y adolescente.

2) **En segundo lugar, el principio del interés superior del niño obliga al Estado,** por lo que tanto a nivel del poder legislativo, ejecutivo o judicial, y los órganos constitucionales autónomos, debe primar el interés superior del niño.

En virtud del principio de interés superior del niño, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas destinadas a la plena vigencia y aplicación de este principio. De modo que, la política legislativa relacionada con los niños, niñas y adolescentes debe estar predominantemente guiada por este principio. Por ejemplo, como es materia de este análisis, no se puede regular o no se puede mantener una regulación que limite al niño mantener una relación personal con sus padres, sobre todo con aquellos con quienes no convive.

La actividad y las decisiones judiciales en los que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del niño. Por ejemplo, cuando se discuta sobre el régimen de visitas para el padre o madre que no vive con el niño, éste no podría estar condicionado a circunstancias que no tiene que ver con el niño.

De igual manera, las normas reglamentarias o los programas que se establezcan a través del poder ejecutivo, debe regirse por el principio de interés superior del niño y adolescente.

- 3) **El tercer obligado es la sociedad.** La sociedad es obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño, por cuanto la sociedad entera se encuentra comprometida a velar por el respeto y la protección de los derechos del niño y del adolescente.

Por algo, la constitución Política en su artículo 4° señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente”. Esa comunidad somos todos, todos tenemos la obligación de velar por la protección de los derechos de los niños y adolescentes.

En ese sentido, concordando con el Tribunal Constitucional señalaríamos que, en virtud a este principio, “ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes” (STC, EXP. N° 02132-2008-PA/TC, FJ. 11).

De manera que, el principio constitucional de interés superior, constituye “un principio garante que obliga a las autoridades competentes a asegurar la efectividad de los derechos que abarca y que tal es su importancia que debe tenerse siempre presente a la hora de emitir una decisión y que esta no vulnere ni restrinja derecho alguno” (Rivera, 2018, p. 238). En el caso de establecimiento del régimen de visitas, no debe primar el derecho de los padres, sino el derecho y el interés superior de las niñas, los niños o adolescentes respecto a quienes se discute este derecho.

Lo descrito nos hace ver la vital importancia del principio de interés superior del niño, niña y adolescente para garantizar los derechos de éstos, por cuanto es un principio troncal que irradia su protección sobre cualquier proceso, sea judicial o no judicial, con lo única condición que estos involucren a los niños, niñas y adolescentes y sus derechos.

3. Demandas de régimen de visitas interpuestas por padres deudores alimentarios

En esta sección nos ocuparemos de revisar los procesos judiciales sobre régimen de visitas, y en forma particular de aquellos que fueron tramitados por padres deudores alimentarios, en los Juzgados de Familia de Arequipa, así como el tratamiento que ha dado la Corte Suprema a este tipo de pretensiones.

3.1. Demandas de régimen de visitas en los juzgados de familia de Arequipa

En esta parte nos ocuparemos de los procesos judiciales sobre régimen de visitas que se han tramitado en los Juzgados de Familia de Arequipa entre los años 2015 al 2018, enfocándonos en aquellos procesos donde se haya declarado improcedente o rechazada la demanda por no acreditar el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante, pues pretendimos cuestionar la aplicación del artículo 88° del Código de Niños y adolescentes en el caso de visitas para padres deudores alimentarios.

Con esa finalidad se ha solicitado la información correspondiente en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Arequipa, Sede Central, sobre los procesos de Régimen de Visitas tramitadas durante los años 2015 al 2018.

Debe tenerse presente que, en el periodo de nuestra investigación, los Cuatro Juzgados de Familia conocían procesos de las especialidades de Familia Civil y Familia Tutelar, pues aun no existían los Juzgados especializados en Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar, que actualmente conocen los procesos de la especialidad de Familia Tutelar. Sin embargo, en esta parte hago constar de manera genérica que en el periodo analizado se han tramitado un total de 30643 procesos de familia, de los cuales 12 158 (39.7%) son de la especialidad de Familia Civiles y 18 485 (60.3%) son procesos de la especialidad Familia Tutelar.

En la presente investigación solo nos ocuparemos sobre los de la especialidad Familia Civil.

3.1.1. Procesos de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018

Tabla N° 07

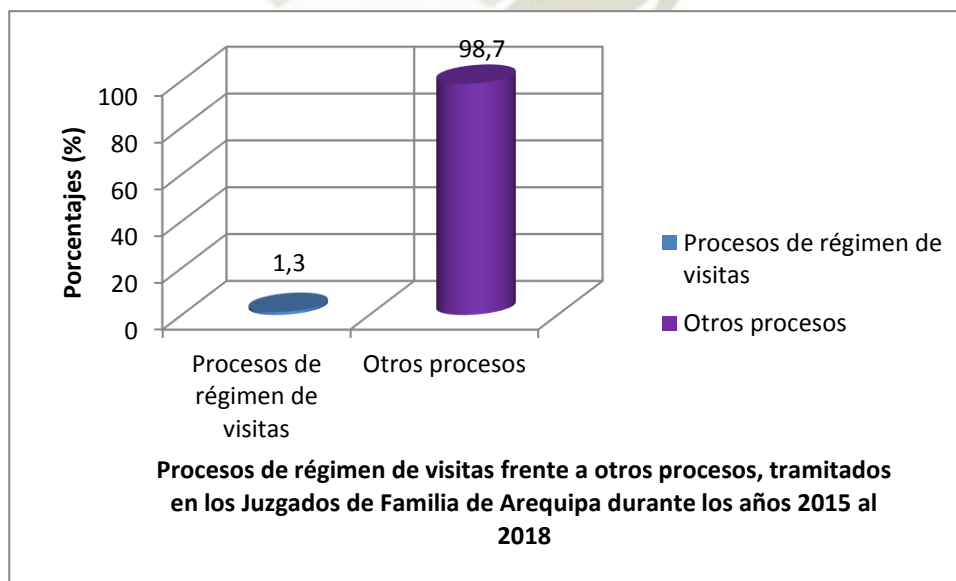
Procesos de régimen de visitas frente a otros procesos, tramitados en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018

PROCESOS	TOTAL	
	N	%
Procesos de régimen de visitas	164	1.3
Otros procesos	11 994	98.7
TOTAL	12 158	100.0

Fuente: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

GRÁFICO 01

Procesos de régimen de visitas frente a otros procesos, tramitados en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018



Fuente: Tabla N° 07

En la Tabla N° 07 y su gráfico, observamos que del total de las demandas presentadas en los Juzgados de Familia de Arequipa, entre los años 2015 al 2018, el 1.3% de las mismas son de régimen de visitas y el 98.7% son de otros procesos como divorcio, nulidad de matrimonios, reconocimiento de uniones de hecho, curatela, pérdida de patria potestad, tenencias, variación de tenencia, entre otros.

Por la naturaleza de nuestra investigación, en el presente caso mayormente nos interesa los 164 procesos de régimen de vistas que fueron tramitados entre los años 2015 al 2018, pues entre estas encontraremos las demandas que fueron declaradas improcedentes por cuanto el demandante no se encuentra al día en el pago de las pensiones alimentarias, o han sido declarados inadmisibles por la misma razón y no fueron subsanados, por lo tanto merecieron su rechazo.

Ello nos interesa porque en el caso de los procesos de régimen de vistas, al negar la tramitación del proceso, porque el padre o madre solicitante no está al día en el pago de las pensiones de alimentos, también se afecta intereses y derechos de los niños, de gozar de la visita de sus padres, por lo que se contraviene el principio constitucional de interés superior del niño.

3.1.2. Calificación de demandas de régimen de visitas en los juzgados de familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018

Tabla N° 08

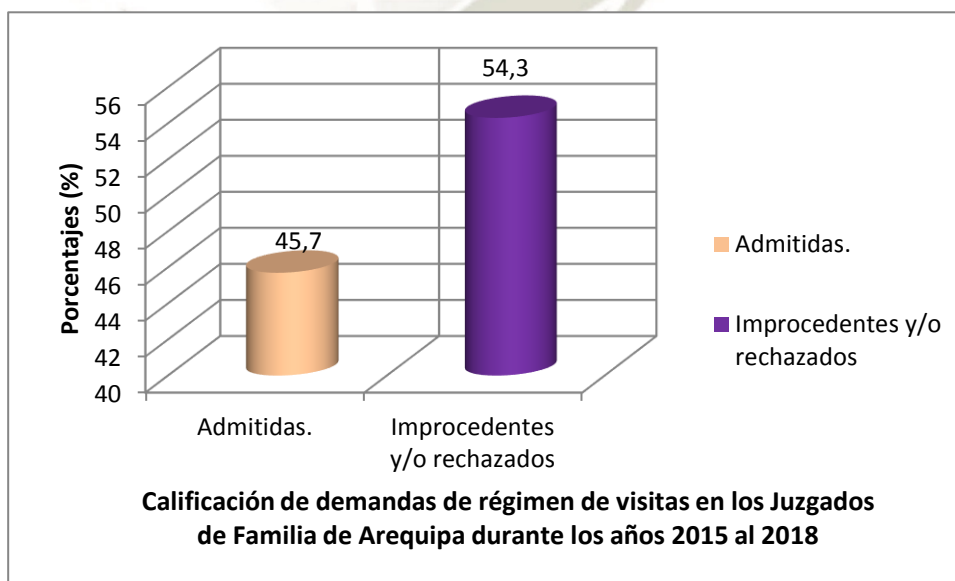
Calificación de demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018

ESTADO DE DEMANDAS	TOTAL	
	N	%
Admitidas.	75	45.7
Improcedentes y/o rechazados	89	54.3
TOTAL	164	100.0

Fuente: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

GRÁFICO N° 02

Calificación de demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018



Fuente: Tabla N° 08

En la Tabla N° 08 y su gráfico, observamos que del total de los procesos de régimen de visitas presentados en los Juzgados de Familia de Arequipa, el 45.7% fueron admitidos a trámite; mientras un total de 54.3 % fueron declarados improcedentes, o han sido declarados primeramente inadmisibles y al no ser subsanados en el plazo otorgado fueron rechazados.

En la presente investigación nos enfocaremos solamente en las demandas que fueron declarados improcedentes, o han sido declarados primeramente inadmisibles y al no ser subsanados en el plazo otorgado fueron rechazados, porque entre estos se encuentran las demandas que merecieron esta calificación debido a que él o la solicitante no estaba cumpliendo con el pago de las obligaciones alimentarias, es decir, por el condicionamiento del régimen de visitas al pago de la obligación alimentaria, conforme a lo dispuesto por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes.

3.1.3. Causal de improcedencia de demandas de otorgamiento de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa, años 2015 al 2018.

Tabla N° 09

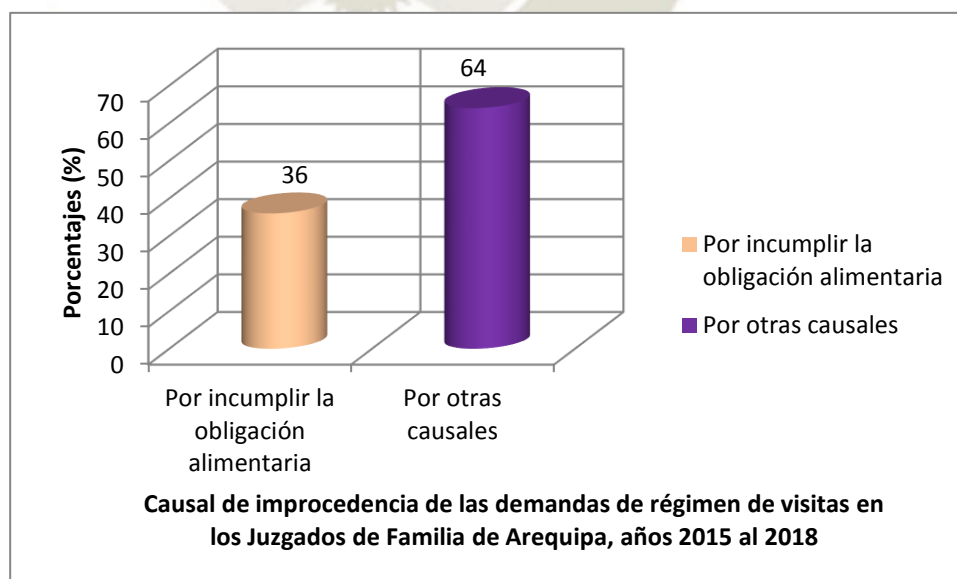
Causal de improcedencia o rechazo de las demandas de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el años 2015 al 2018

CAUSALES DE IMPROCEDENCIA/RECHAZO	TOTAL	
	N	%
Por incumplir la obligación alimentaria	32	36
Por otras causales	57	64
TOTAL	89	100.0

Fuente: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

Grafico N° 03

Causal de improcedencia de las demandas de otorgamiento de régimen de visitas en los Juzgados de Familia de Arequipa, años 2015 al 2018



Fuente: Tabla N° 09

En la Tabla N° 09 y su gráfica observamos que del total de las demandas de régimen de visitas que fueron declaradas improcedentes y/o rechazadas por no haber subsanado la inadmisibilidad, el 36% de la demandas fueron declarados improcedentes o rechazados porque el demandante no acreditó estar cumpliendo con su obligación alimentaria y el 64% fueron declarados improcedentes o rechazados porque están incursas en otras causales de improcedencia.

A partir de la descripción anterior podemos ver que, un buen porcentaje de las demandas sobre régimen de visitas fueron denegados al momento de calificar la demanda (improcedentes o rechazos), por cuanto el padre o la madre que solicita no cumple con el pago de las obligaciones alimenticias, aplicando el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes.

Es en este último caso donde se restringe el derecho de visitas al padre o a la madre que solicita, por no estar al día en el pago de su obligación alimentaria, y es ello materia de la presente investigación.

En estos casos, como ya tenemos señalado, el régimen de vistas no es solo derecho de los padres, sino también de los hijos, por cuanto son ellos los que más necesitan, por lo que al condicionar el otorgamiento del régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria, que es ajena a la voluntad de los niños y adolescentes, se priva a estos últimos la posibilidad de mantener la continuidad de relaciones con sus padres, lo que afecta su desarrollo integral y la consolidación de su identidad, por lo que se vulnera los mandatos del principio de interés superior del niño.

Por otra parte, si se quiere presionar al padre o madre para que cumpla con la pensión de alimentos, existen otros mecanismos más efectivos, como es el caso de la denuncia penal por el delito de omisión a la asistencia familiar, que solo afecta al padre o a la madre que incumple, más no a los hijos que no tienen ninguna responsabilidad en el incumplimiento de los padres. Asimismo, el sistema peruano también tiene otro mecanismo de presión, como es el caso de inscripción del padre o madre incumplidor (a) en el Registro de Deudores

Alimentarios Morosos, que también afecta solo a los padres o madres que no cumplen con su obligación, y no al hijo.

Siendo que el derecho de visita constituye un derecho fundamental de comunicación y relación que tienen los hijos con sus padres, por lo que los padres que tienen al menor bajo su cuidado, tienen también el deber de asegurar la relación de los hijos con el padre o la madre con quien no convive, lo que encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 9.3. de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando señala que “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”.

3.1.4. Argumento para declarar improcedencia o rechazo de demandas de otorgamiento de régimen de visitas interpuesta por deudores alimentarios.

Tabla N° 10

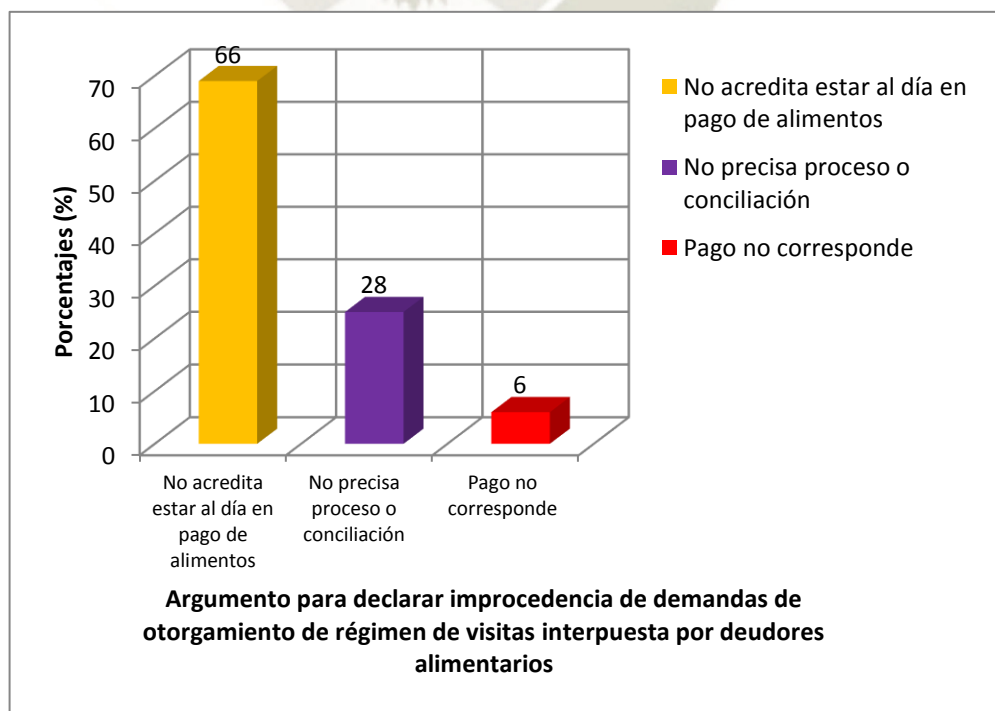
Argumento para declarar improcedencia o rechazo de demandas de otorgamiento de régimen de visitas interpuesta por deudores alimentarios en los Juzgados de Familia de Arequipa, años 2015 al 2018

CAUSALES DE IMPROCEDENCIA	TOTAL	
	N	%
No acredita estar al día en el pago de pensión alimentaria	21	66
No precisa si existe proceso judicial o conciliación extrajudicial sobre alimentos	09	28
Pago no corresponde / fecha atrasada	02	6
TOTAL	32	100.0

Fuente: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

Gráfica N° 04

Argumento para declarar improcedencia de demandas de otorgamiento de régimen de visitas interpuesta por deudores alimentarios en los Juzgados de Familia de Arequipa, años 2015 al 2018



En la Tabla N° 10 y su Gráfica, nos hace ver los argumentos que utilizan en los Juzgados para declarar improcedentes las demandas de otorgamiento del régimen de visitas o rechazar las mismas por no haber sido subsanado en el plazo correspondiente.

En ella observamos que el 69% han sido declarados improcedentes o rechazados por falta de subsanación en el plazo por no acreditar estar al día en el pago de la pensión alimentaria; 25% por no señalar o precisar si existe proceso judicial de alimentos o conciliación extrajudicial; y 6% porque el Juzgado a partir de los documentos adjuntados observa que éstos no corresponde con pago de pensión de alimentos o son de fechas demasiado antiguas.

Los tres argumentos que con cierta frecuencia encontramos en las resoluciones de improcedencia o rechazo de demandas, constituyen una sola cosa, el incumplimiento de la obligación alimentaria. El que no está al día con los pagos de la pensión de alimentos, o aquel que no señala la existencia de un proceso o conciliación extrajudicial de alimentos, o aquel que adjunta alguna constancia de pago que no concuerda con la pensión de alimentos, no subsana la observación por cuanto no está cumpliendo con las pensiones de alimentos.

En cualquiera de las razones expuestas como fundamento para declarar improcedente o inadmisibles la demanda, luego al no ser subsanado se rechazó, en el fondo del asunto se encuentra el no encontrarse cumpliendo con la obligación alimentaria, que constituye un requisito de procedibilidad según dispone el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes. Por lo que, esta norma se constituye en un obstáculo para que aquellos niños, niñas y adolescentes cuyos padres con quienes no viven, no pueda visitarlos, debido a una situación económica en que los hijos no tienen responsabilidad alguna.

3.1.5. Análisis de casos de demandas de régimen de visitas improcedentes interpuesta por padres deudores alimentarios en los Juzgados de Familia de Arequipa, años 2015 al 2018.

En esta sección nos ocuparemos en analizar algunas resoluciones judiciales que califican la demanda, en las que se ha declarado improcedente la demanda de régimen de visitas, o la misma ha sido rechazada por cuanto la inadmisibilidad del régimen de visitas no ha sido subsanada en el plazo otorgado, en cualquiera de los casos porque el padre o madre solicitante no logra acreditar que está cumpliendo con el pago de las pensiones alimentarias.

Las resoluciones analizadas nos mostrarán las causales por los que se ha declarado improcedente o rechazado la demanda, así como el razonamiento del Juez del Juzgado de Familia de Arequipa, para tomar la decisión que señalamos. Ello demostrará que en estos casos se está negando al solicitante la posibilidad de poder visitar a su hijo o hija, y con ello también al hijo o hija la posibilidad de ser visitado por su padre o madre, negativa que en nada favorece a los hijos.

3.1.5.1. Expediente N° 04723-2014-0-0401-JR-FC-04

TABLA N° 11

Análisis de Resoluciones emitidas en el Expediente N° 04723-2014-0-0401-JR-FC-04

ÓRGANO JUDICIAL : 4° Juzgado de Familia RESOLUCIÓN : Resolución 01 y 03 MATERIA : Régimen de visitas DEMANDANTE : José Marthean Alarcón Mostajo DEMANDADA : Daniela Wendy Medina Angulo		
PRETENSIÓN	OBSERVACIÓN Y FUNDAMENTO DEL JUZGADO	DECISIÓN
“En el presente caso el padre de una menor demanda solicitando otorgamiento del régimen de visitas, la misma que se tramita ante el Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa”.	“El Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa, al calificar la demanda (Resolución N° 01) declara inadmisibile la demanda, observando entre otras: <i>f) <u>En cuanto a las obligaciones alimentarias para con su menor hija, señalar el monto mensual de la misma, forma de pago y si ha sido establecida judicial o extrajudicialmente y acreditar que se encuentra al día en el cumplimiento de las mismas, conforme con lo dispuesto en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes.</u></i> Luego le concede al demandante el plazo de tres días para subsanar los defectos y omisiones anotadas, bajo apercibimiento de rechazarse la misma y disponerse el archivo del expediente”.	“El demandado no subsana la demanda en el plazo de ley, por lo que mediante la Resolución N° 03, el Juez resuelve rechazar la demanda de régimen de visitas presentada por José Marthean Alarcón Mostajo y dispone que una vez consentida la presente se proceda a devolver los anexos al actor como solicita”.

FUENTE: Expediente N° 04723-2014-0-0401-JR-FC-04 - Elaboración propia

En la Tabla N° 11, observamos la demanda interpuesta por el padre de una menor solicitando otorgamiento del régimen de visitas, la que se tramitó ante el Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa.

En el séquito del proceso, inicialmente se declara inadmisibles las demandas, observando entre otras causales, respecto al cumplimiento de la obligación alimentaria para con su menor hija, solicitando que señale el monto mensual de la misma, forma de pago y si ha sido establecida judicial o extrajudicialmente y acreditar que se encuentra al día en el cumplimiento de las mismas, conforme con lo dispuesto en el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, por lo que le concede al demandante el plazo de tres días para subsanar los defectos y omisiones anotadas, bajo apercibimiento de rechazarse la misma y disponerse el archivo del expediente.

El demandado no subsana las observaciones en el plazo, por lo que la demanda fue rechazada, entendiéndose que es por no subsanar las observaciones respecto al cumplimiento de las obligaciones alimentarias, por cuanto las demás observaciones eran de fácil subsanación, por ejemplo días y horas específicas de visita, señalar la dirección de la Fiscalía, adjuntar acta de conciliación y medio probatorio señalados que no aparecen en el anexo.

Por ello el Juez del Cuarto Juzgado de Familia, resuelve rechazar la demanda, pues el demandante no ha cumplido con subsanar la demanda respecto al cumplimiento de la obligación alimentaria.

Esta resolución es una clara muestra de que el requisito de procedencia dispuesto por el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes, de exigir al demandante estar al día en el cumplimiento de la pensión de alimentos, es una traba para lograr el régimen de vistas por parte de los padres o madres deudores alimentarios, con lo que los más afectados son los hijos que están en pleno desarrollo de su personalidad y formación de su identidad, que requieren del afecto paternal o maternal para su adecuado crecimiento.

3.1.5.2. Expediente N° 01641-2015-0-0401-JR-FC-04

TABLA N° 12

Análisis de Resoluciones emitidas en el Expediente N° 01641-2015-0-0401-JR-FC-04

ÓRGANO JUDICIAL : 4° Juzgado de Familia RESOLUCIÓN : Resolución 01 y 02 MATERIA : Régimen de visitas DEMANDANTE : Janio Mauricio Reinoso Del Carpio DEMANDADA : Lesley Sue García Cervantes		
PRETENSIÓN	OBSERVACIÓN Y FUNDAMENTO DEL JUZGADO	DECISIÓN
“En el presente proceso el Señor Jano Mauricio Reinoso Del Carpio padre de un menor, interpone demanda solicitando Régimen de Visitas, la que se tramita ante el Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa”.	“El Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa, al calificar la demanda (Resolución N° 01), observa entre otros: “ <i>b) <u>En cuanto a las obligaciones alimentarias para con su menor hijo, señalar el monto mensual de la misma, forma de pago y si ha sido establecida judicial o extrajudicialmente y acreditar que se encuentra al día en el cumplimiento de las mismas, conforme con lo dispuesto en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes</u></i> ”. Por ello declara inadmisibles la demanda de régimen de visitas, concediendo al demandante el término de tres días para que subsane las omisiones advertidas, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y disponerse el archivo del proceso. Reservándose el juicio de procedibilidad”.	“El demandado no subsana la demanda en el plazo concedido, por lo que mediante la Resolución N° 02, resuelve rechazar la demanda de régimen de visitas presentada por Jano Mauricio Reinoso Del Carpio y dispone que una vez consentida la presente se proceda a devolver los anexos al actor”.

FUENTE: Expediente N° 01641-2015-0-0401-JR-FC-04 -Elaboración propia

En la Tabla N° 12, observamos la demanda interpuesta por Janio Mauricio Reinoso Del Carpio, padre del menor, solicitando Régimen de Visitas, la que se tramita ante el Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa.

Al calificar la demanda el Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa primeramente declara inadmisibile, observando al demandante entre otros, cumplir con precisar “en cuanto a las obligaciones alimentarias para con su menor hijo, señalar el monto mensual de la misma, forma de pago y si ha sido establecida judicial o extrajudicialmente y acreditar que se encuentra al día en el cumplimiento de las mismas, conforme con lo dispuesto en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes”, concediéndole el término de tres días para subsanar, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y disponerse el archivo del proceso.

Frente a esta observación, el demandante no logra subsanar, creemos que es por no estar al día en las pensiones alimenticias, por cuanto las otras dos observaciones son sencillas: Señalar la dirección de la Fiscalía de Familia y precisar el domicilio correcto de la demandada y de su menor hijo.

En ese sentido, al no poder subsanar el demandante solicita el rechazo y la devolución de los anexos, por lo que el Juzgado rechaza la demanda de régimen de visitas de conformidad con el artículo 426 del Código Procesal Civil, con lo que el demandante queda sin posibilidad de continuar con el proceso.

En este caso, al negar al padre el derecho de visitar a su hijo también se niega el derecho del niño de ser visitado, y con ello se afecta el derecho del niño de poder relacionarse con su padre, que es un derecho constitucionalmente reconocido.

No considero correcto este condicionamiento de la admisión de la demanda del régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria, por cuanto en ella el niño no tiene ninguna responsabilidad. Si se quiere presionar al padre, en nuestra legislación existen otros mecanismos mucho más efectivos para hacerlo, como es promover una denuncia penal por el delito de omisión a la asistencia familiar o la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, sin afectar derechos fundamentales del niño ni su bienestar.

3.1.5.3. Resoluciones emitidas en el Expediente N° 01066-2016-0-0401-JR-FC-01

TABLA N° 13
Resoluciones emitidas en el Expediente N° 01066-2016-0-0401-JR-FC-01

ÓRGANO JUDICIAL : 1° Juzgado de Familia RESOLUCIÓN : Resolución 01 y 02 MATERIA : Régimen de visitas DEMANDANTE : Renzo Raúl Valdivia Cárdenas DEMANDADA : Claudia María Bermejo Solis		
PRETENSIÓN	OBSERVACIÓN Y FUNDAMENTO DEL JUZGADO	DECISIÓN
“En el presente proceso el Señor Renzo Raúl Valdivia Cárdenas padre de una menor, interpone demanda solicitando Régimen de Visitas, la que se tramita ante el Primer Juzgado de Familia de Arequipa”.	“El Juez del Primer Juzgado de Familia de Arequipa, al calificar la demanda (Resolución N° 01), observa: “a) <i>Que se debe acompañar el recibo del arancel judicial por concepto de ofrecimiento de pruebas. b) Precise los días y lugar donde se realizaran las visitas y/o si solicita el externamiento de la niña. c) <u>Debe acreditar estar al día en los alimentos a favor de la menor hasta el momento de interposición de la demanda:</u>”.</i> Por ello declara inadmisibile la demanda de régimen de visitas, concediendo al demandante el término de tres días para que subsane las omisiones advertidas, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y disponerse el archivo del proceso”.	“El demandado no subsana la demanda en el plazo concedido, por lo que mediante la Resolución N° 02, resuelve rechazar la demanda de régimen de visitas presentada por Renzo Raúl Valdivia Cárdenas en contra de Claudia María Bermejo Solis, señalando expresamente que “la parte demandante no ha cumplido con subsanar las observaciones anotadas en el plazo concedido, <u>conforme se tiene ordenado en la resolución uno ya que no solamente se dispuso el pago del arancel judicial correspondiente</u> ”, y dispone el archivo del expediente y la devolución de anexos”.

FUENTE: Expediente N° 01066-2016-0-0401-JR-FC-01- Elaboración propia

En la Tabla N° 12, observamos la demanda interpuesta por Renzo Raúl Valdivia Cárdenas, padre de una menor, solicitando régimen de visitas, la misma que se tramita ante Primer Juzgado de Familia de Arequipa.

Al calificar la demanda el Juzgado observando ciertas omisiones: a) No acompaña el recibo del arancel judicial por concepto de ofrecimiento de pruebas, b) No precisa los días y lugar donde se realizarán las visitas y/o si solicita el externamiento de la niña y c) Debe acreditar estar al día en los alimentos a favor de la menor hasta el momento de interposición de la demanda. En base a ello declara inadmisibles las demandas, y concede al demandante el plazo de tres días para subsanar las omisiones advertidas, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y disponerse el archivo del proceso.

En la indicada resolución podemos observar que de las tres omisiones advertidas, considero que la tercera es la que ofrece mayor dificultad para subsanar, porque si el padre solicitante no está cumpliendo con el pago de las pensiones alimentarias, prácticamente es imposible subsanarlo.

El demandado no logra subsanar la demanda en el plazo concedido, respecto a la obligación alimentaria, por lo que el Juez rechaza la demanda y expresamente señala que “la parte demandante no ha cumplido con subsanar las observaciones anotadas en el plazo concedido, conforme se tiene ordenado en la resolución uno ya que no solamente se dispuso el pago del arancel judicial correspondiente, por lo que debe hacerse efectivo el apercibimiento decretado en la resolución ya mencionada; considerandos de conformidad con el último párrafo del artículo 426 del Código Procesal Civil” (El subrayado es nuestro).

Como podemos observar en este caso la demanda es rechazada por cuanto el padre de la menor no se encuentra al día en el pago de su obligación alimentaria. Sin embargo, dicha situación no es responsabilidad de la hija, sino de entera responsabilidad del padre, por lo que no considero correcto que la menor se vea privada de su derecho de ser visitado por su padre por situaciones ajenas a ella.

Los casos analizados nos hacen ver que a nivel de nuestros Juzgados de Familia de Arequipa, que debe ser similar en otros Juzgados a nivel nacional, existen casos de demandas de régimen de visitas que son declaradas improcedentes, o rechazadas por no subsanar la inadmisibilidad, por cuanto el/la demandante no acredita con prueba suficiente estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, con lo cual no sólo se está afectando al padre o madre incumplidor (a), sino también al hijo o hija que nada tiene que ver con irresponsabilidad de los padres.

El artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, al exigir como requisito de la demanda el cumplimiento de la obligación alimentaria, pretende que los padres cumplan con proveer para los alimentos para los hijos, que es un derecho fundamental de los menores, en el entendido que un padre que no cumple con esta obligación no podría pretender alegar afecto o preocupación por el hijo o hija. Sin embargo, esta postura sería válida solamente si vemos al régimen de visitas como un derecho exclusivo de los padres, más no cuando consideramos al régimen de visitas como un derecho de los hijos, más que de los padres, pues el régimen de visitas, como ha señalado nuestra Corte Suprema, “más que un 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” (Casación N° 5201-2007-Pasco, Séptimo considerando).

En ese sentido, debemos entender que el derecho de visitas o derecho de relación, no es un derecho propio de los padres, sino mayormente de los hijos, por lo que la institución del régimen de visitas “debe atenderse básicamente al interés del niño y del adolescente, pues tiene por objeto el bienestar moral, físico y el desarrollo personal integral de los mismos, frente a cualquier otro interés ajeno a este” (Casación N° 1166-2014-Lambayeque, Octavo considerando). Por lo que, debe privilegiarse las visitas como derecho de los hijos, como derecho fundamental de mantener la continuidad de comunicación y relación con el padre con quien no convive.

Por ello, teniendo en cuenta que el derecho de visitas no solo es derecho de los padres, sino básicamente de los hijos, en el caso del régimen de visitas, los hijos son sujetos y titulares es este derecho, el mismo que se encuentra amparado por nuestra Constitución cuando dice que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente” (Constitución, 1993, artículo 4°) y por las cartas internacionales cuando señalan que “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” (CDN, 1989, artículo 9).

Por lo que, teniendo en cuenta que “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” (Varsi, 2011, p. 320), no puede condicionarse su otorgamiento solamente a cuestiones materiales o económicos, en perjuicio del derecho fundamental de los niños de ser visitados, lo que es su interés superior y apoya a su desarrollo integral, resguardando su integridad personal (física, moral y psicológica), así como propiciar la adecuada formación de su identidad personal.

Asimismo, debemos reiterar que si el interés del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes es presionar al padre o madre que no cumple con su obligación alimentaria, nuestro sistema jurídico cuenta con otros mecanismos más efectivos, como es el caso de denuncia penal por el delito de omisión a la asistencia familiar, que es un mecanismo que solo afecta al padre. Asimismo, contamos con el sistema de inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM). Por lo que el requisito de procedibilidad impuesto a través del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, no se justifica, y vulnera el principio de interés superior del niño y Adolescentes.

3.2. Análisis de casaciones que permiten el otorgamiento de régimen de visitas a padres deudores alimentarios

En esta sección analizaremos algunas casaciones expedidas por la Corte Suprema de la República, así como sentencias de vista de salas superiores, en las que se otorga el régimen de visitas a padres deudores alimentarios, en salvaguarda del principio de interés superior del niño.

En ella vamos a encontrar los argumentos que ha desarrollado la Corte Suprema para otorgar el régimen de visitas a padres deudores, donde claramente se ve que las visitas no solo son derecho de los padres, sino sobre todo de los hijos, por lo que no se puede condicionar a situaciones patrimoniales la procedencia o no de este derecho, más teniendo en cuenta que en ellas los hijos no tienen ninguna responsabilidad.

3.2.1. CASACIÓN N° 3841-2009-LIMA

TABLA N° 14

ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 3841-2009-LIMA, SOBRE RÉGIMEN DE VISITAS

<p>ÓRGANO JUDICIAL : LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA</p> <p>RESOLUCIÓN : Sentencia casatoria</p> <p>MATERIA : Régimen de visitas</p> <p>DEMANDANTE : Angélica María Asencios Trinidad,</p> <p>DEMANDADA : W.V.G</p>		
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA	FALLO
<p>“Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Angélica María Asencios Trinidad, contra la sentencia de vista expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la apelada que declaró fundada la demanda, revocándola en la parte que fija el horario y la forma del régimen de visitas”.</p> <p>“Denunciando que I) La Sala ha vulnerado el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en razón que le ha concedido al demandante un régimen de visitas con externamiento, sin que haya sido solicitado por éste al demandar y II) La inaplicación de los artículos 1, 14, 15 y 88 del Código de los Niños y Adolescentes”.</p>	<p>“Respecto a la primera infracción, la Sala ha otorgado el régimen de visitas con externamiento, atendiendo al principio de interés superior del niño, principio que debe prevalecer sobre cualquier otra, por lo tanto sobre el artículo VII del Título Preliminar que consagra el principio de congruencia, procurando lo más conveniente en favor de los intereses del menor”.</p> <p>“Respecto a la segunda infracción, señala que si bien el artículo 88° del CNA 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 acreditar la imposibilidad de cumplir dicha obligación, y además, ante el conflicto de esta naturaleza, corresponde al juzgador resolver aplicando el Principio del Interés Superior del Niño, el que fue adecuadamente observado”.</p>	<p>“En base a dichos fundamentos, declararon infundado el recurso de casación interpuesto por doña Angélica María Asencios Trinidad, en consecuencia, no casaron la sentencia de vista, expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaraba fundada el otorgamiento de régimen de visitas a un padre deudor alimentario”.</p>

FUENTE: Casación N° 3841-2009-Lima - Elaboración propia

En la Tabla N° 14, presentamos el análisis de la Casación N° 3841-2009-Lima, donde se declara infundada el recurso de casación interpuesto por doña Angélica María Asencios Trinidad, en contra de la sentencia de vista expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaraba fundada el régimen de visitas solicitado por un padre deudor alimentario.

En el presente caso, el demandante interpone demanda solicitando se le conceda régimen de visitas sin externamiento respecto a su menor hija M.B.V.A., de 01 año y 11 meses de edad, los días miércoles y viernes de 15 a 19:30 horas de la noche, así como, los sábados y domingos de 09 de la mañana a 18 horas, de modo intercalado, un fin de semana el sábado y el otro fin de semana el domingo, en el mismo horario, argumentando que la madre no lleva una relación estrecha con su hija, por cuanto por motivos de trabajo pasa mayor parte del tiempo lejos de la hija, residiendo en la ciudad de Ayacucho.

La demandada contesta la demanda señalando que el demandante no cumple con su obligación alimentaria. Agrega que debido a la conducta violenta del demandante contra ella, se vio obligada a suspender las visitas que éste efectuaba, llegando a denunciarlo por violencia familiar. Que es cierto que ella trabaja para solventar los gastos de la menor, pero ello no la desacredita como madre.

El Juez de primera resolvió declarar fundada en parte la demanda, concediendo régimen de visitas al demandante los días miércoles desde las 04 hasta las 05 de la tarde sin externamiento y el tercer y cuarto domingo del mes y el primer y segundo sábado del mes, en el horario de 10 am a 12 del mediodía, con externamiento, sustentando su decisión en la evaluación psicológica realizada al demandante, donde se aprecia que no existe ningún impedimento para que pueda interactuar con la menor, así como en aplicación del Interés Superior del Niño y Adolescente, previsto en el inciso 3) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concordante con el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente.

Apelada la sentencia, la Sala Superior confirma la sentencia de primera instancia, además revocando el extremo que fijaba horario de régimen de visitas, amplía el externamiento para los días sábados y domingos, advirtiendo que es necesario que el niño mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, y que de la evaluación psicológica y otras pruebas aportadas está acreditada que la madre

radica la mayor parte del tiempo en la ciudad de Ayacucho, por lo que los periodos de ausencia materna deben cubrirse con la imagen paterna, en aplicación del principio de interés superior del niño, consagrado en el numeral 3) del artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

La demandada recurre en casación la sentencia de Vista, denunciando que I) La Sala ha vulnerado el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por cuanto le ha otorgado un régimen de visitas con externamiento sin haber sido solicitada y II) La inaplicación de los artículos 1, 14, 15 y 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

La Corte Suprema, sobre el primer causal señala que la Sala Superior otorgó el régimen de visitas con externamiento a favor del demandante, observando las circunstancias del caso concreto, aplicando el principio interés superior del niño, el mismo que prevalece sobre cualquier otra, por lo que, no se habría quebrantado el principio de congruencia procesal.

Asimismo, la Suprema Corte, sobre la segunda causal ha señalado que si bien el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes exige acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, dicho numeral no exige imperativamente dicho cumplimiento, por lo que permite que los padres pueden solicitar acreditando la imposibilidad de cumplir, por lo que cuidando el interés superior del niño, es procedente otorgar el régimen de visitas al padre que no esté cumpliendo con los requisitos exigidos por dicha norma.

En base a ello declara infundado el recurso de casación, confirmando implícitamente el régimen de visitas, otorgado en primera instancia, en salvaguarda del principio de interés superior del niño, lo que consideramos correcto, porque el interés superior del niño debe primar sobre cualquier otro derecho, y asimismo, los alcances de este principio no pueden ser condicionados a la obligación de los padres, en los que los hijos nada tienen que ver.

3.2.2. EXPEDIENTE N° 00150-2009-0-1801-JR-FC-16 (CASACIÓN N° 01621-2012-LIMA)

TABLA N° 15

ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 00150-2009-0-1801-JR-FC-16 (CASACIÓN N° 01621-2012-LIMA)

ÓRGANO JUDICIAL : Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima RESOLUCIÓN : Sentencia de Vista MATERIA : Régimen de visitas DEMANDANTE : José Luis Raimundo Salazar Quintana DEMANDADA : María Milagros Quesada Seminario		
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA	FALLO
“La demandada interpone recurso de apelación en contra de la sentencia que declara fundada la demanda sobre Régimen de visitas interpuesta por José Luis Raimundo Salazar Quintana, estableciendo un régimen de visitas a favor del demandante. La apelante sustenta su impugnación en que el actor no cumple con su obligación alimentaria conforme exige el artículo 88° del CNA, pues ha sido condenado por delito Omisión de Asistencia Familiar hasta en dos veces y persiste en incumplir y es una persona con trastornos de personalidad”.	“La Sala señala que si bien el artículo 88° señala que los padres para visitar a sus hijos que no los tienen deben acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, sin embargo no exige imperativamente dicho cumplimiento. En el presente caso se advierte la voluntad del actor de cumplir con el pago de la pensión alimenticia dispuesta, no solo por los montos depositados mensualmente, sino también por las sumas depositadas, de modo alguno puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales, derecho que no solo corresponde a los padres sino también a los propios hijos de ver y relacionarse con sus padres, tanto más si en autos no obra resolución que disponga la privación o suspensión de la patria potestad respecto del demandante; institución esta última que establece el derecho que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos conforme lo dispone el artículo 418 del Código Civil; por lo tanto dicho derecho del actor se encuentra vigente” (Exp. N° 00150-2009-0-1801-JR-FC-16).	“En base a los fundamentos expuestos, la Sala decide confirmar la sentencia apelada que declara Fundada la demanda sobre Régimen de Visitas interpuesta por el progenitor, en consecuencia establece a su favor un régimen de visitas a cumplirse con todo lo demás que al respecto contiene, y establece un régimen de visitas con fechas y tiempos específicos”.

FUENTE: Expediente N° 00150-2009-0-1801-JR-FC-16 - Elaboración propia

En la Tabla N° 15, presentamos el análisis de la Sentencia de vista recaída en el Expediente N° 00150-2009-0-1801-JR-FC-16, emitida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima, que confirma la resolución de primera instancia que declaraba fundada el régimen de visitas solicitado.

En este caso, José Luis Raimundo Salazar Quintana interpone demanda de régimen de visitas en contra de María Milagros Quesada Seminario, respecto de su menor hijo G.A.S.Q., fundamentando que cumple con abonar a favor de su hijo una pensión alimenticia de S/. 400.00 soles mensuales habiendo conciliado con la demandada por S/. 700.00 mensuales, sin embargo es todo lo que puede pasar por no tener trabajo.

La demandada contesta indicando que el demandante no cumple con el requisito para solicitar régimen de visitas, de estar cumpliendo con los alimentos, pues no cumple con lo acordado en la conciliación efectuada en el Primer Juzgado de Paz Letrado de Barranco y Miraflores, por S/. 700.00 mensuales, y a la fecha existen liquidaciones de pensiones devengadas no pagadas. También señala que el demandante tiene costumbre de consumir bebidas alcohólicas y drogas, lo cual no es una buena influencia para su hijo, y en dos oportunidades ha denunciado por Violencia Familiar.

El Juez de primera instancia declaró fundada la demanda, la que fue apelada por la demandada argumentando que se ha inaplicado la norma contenida en el artículo 88° del Código De Niños y Adolescentes, pues el demandante no cumple con sus obligaciones alimentarias, incluso fue sentenciado en dos procesos penales por delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Sin embargo, la Sala ha desestimado la apelación, argumentando que:

Si bien el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes 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 es cierto que esta norma no tiene carácter imperativa, pues permite que los padres que acreditan la imposibilidad de cumplir dicha obligación soliciten el régimen de visitas y más teniendo en cuenta que en este tipo de conflicto corresponde al Juzgador resolver lo conveniente para el menor aplicando el Principio del Interés Superior del Niño (Expediente N° 00150-2009-0-1801-JR-FC-16, Fundamento 3).

Asimismo la Sala Superior, al resolver la apelación impuesta por la demandada, ha señalado que:

De autos se advierte la voluntad del actor de cumplir con el pago de la pensión alimenticia dispuesta, no solo por los montos depositados mensualmente, sino también por las sumas depositadas conforme consta de la copia de los certificados de fojas doscientos setenta y nueve y doscientos ochenta; por lo que de modo alguno puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales, derecho este, que no solo corresponde a los padres sino también a los propios hijos de ver y relacionarse con sus padres, tanto más si en autos no obra resolución que disponga la privación o suspensión de la patria Potestad respecto del demandante; institución esta última que establece el derecho que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos conforme lo dispone el artículo 418 del Código Civil; por lo tanto dicho derecho del actor se encuentra vigente (Expediente N° 00150-2009, Fundamento 4).

Respecto al comportamiento violento del demandante, valorando de manera conjunta y razonada los medios probatorios aportados, la Sala concluye que:

Las visitas solicitadas no resultarían ser perjudiciales para el menor, y que estas deben fijarse en forma proporcional, adecuada, que permita su ejecución, y sobre todo que permita la participación de ambas figuras parentales en los diferentes momentos y actividades recreacionales que debe tener el menor, por lo que la fijada en primera instancia deberá regularse en tal contexto (Expediente N° 00150-2009, Fundamento 7 y 8).

Casación N° 01621-2012-Lima

La sentencia de vista ha sido recurrida en casación, sin embargo la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 01621-2012-Lima, del 24 de agosto del 2012, declaró infundado el recurso de casación, por los mismos fundamentos que la sentencia de vista, señalando que la Sala Superior ha interpretado correctamente el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, y su fallo se encuentra arreglado a derecho, debidamente sustentado en pruebas aportadas, por lo que implícitamente se confirma lo resuelto por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima.

Ello nos hace ver que la sentencia de vista y la casación emitida en este proceso son antecedentes que hacen ver la procedencia del régimen de visitas sin que sea condición determinante que el demandante esté al día en los pagos de las pensiones.

3.2.3. CASACIÓN N° 2195-2010-LIMA.

TABLA N° 16

ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 2195-2010-LIMA.

<p>ÓRGANO JUDICIAL : Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República RESOLUCIÓN : Sentencia casatoria MATERIA : Régimen de visitas DEMANDANTE : Luis Ernesto Sarco Valdez DEMANDADA : María Mercedes Izquierdo Otaegui</p>		
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA	FALLO
<p>“La demandada María Mercedes Izquierdo Otaegui interpone recurso de casación en contra de la Sentencia de Vista que confirma la apelada que declara fundada la demanda de régimen de visitas interpuesta por Luis Ernesto Sarco Valdez, quien no venía cumpliendo cabalmente con el pago de las pensiones de alimentos. La recurrente invoca como causal la infracción normativa del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, argumentando que el demandante no cumple con el deber de alimentar y velar por los hijos, que le fue impuesta legalmente”.</p>	<p>“La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al calificar la casación señala que el recurso en la forma propuesta no podría prosperar, toda vez que no acredita la infracción normativa denunciada. Además señala que los fundamentos vertidos por la recurrente constituyen una postura de defensa sobre cómo debería resolverse la pretensión, pues discrepa de las conclusiones arribadas por la Sala Superior, alegando hechos que ya fueron debidamente dilucidados en la sentencia de vista, donde se determinó que el cumplimiento parcial de la prestación de alimentos no debe afectar el derecho de visitas del que goza el menor, pues lo contrario significaría crear un debate sobre el aspecto factico del proceso, lo que no se corresponde con los fines de la casación”.</p>	<p>“En base al argumento señalado, La Sala Suprema declara improcedente la casación interpuesta por María Mercedes Izquierdo Otaegui en contra de la Sentencia de Vista que confirma la apelada que declara fundada la demanda de régimen de visitas solicitadas”.</p>

FUENTE: Casación N° 2195-2010-Lima - Elaboración propia

En la Tabla N° 16, tenemos el análisis de la Casación N° 2195-2010-Lima que declara improcedente un recurso de casación interpuesta contra la sentencia de vista que confirmó una Sentencia de primera instancia que otorgó el régimen de visitas con externamiento, a un padre que no cumplía cabalmente con el pago de las pensiones de alimentos.

Mediante esta sentencia, al igual que en la anterior que comentamos, expresamente se señala que el cumplimiento parcial de la prestación de alimentos no debe afectar el derecho de visitas del que goza o debe gozar el menor, y sobre esa base declara improcedente el recurso de casación, con ello de manera implícita confirma la sentencia apelada que otorgó el régimen de visitas con externamiento a favor del padre, quien no venía cumpliendo con el pago de las pensiones de alimentos.

Esta es una sentencia casatoria que también señala que el régimen de visitas más que un derecho de los padres, es derecho de los hijos, por lo que no se puede afectar este derecho condicionando el régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria, toda vez que para el adecuado desarrollo de los hijos, no basta las cuestiones materiales, sino también la presencia de ambos padres en su vida, el lado afectivo es importante, pues le da seguridad y permite el desarrollo integral del niño, y refuerza la formación de su identidad.

3.2.4. CASACIÓN N° 2204-2013-SULLANA

TABLA N° 17
ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 2204-2013-SULLANA

ÓRGANO JUDICIAL : Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República RESOLUCIÓN : Sentencia casatoria MATERIA : Régimen de visitas DEMANDANTE : Walter Joel Gamero Hair DEMANDADA : Karen Jhanet Pérez Clavijo		
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA	FALLO
“Se trata del recurso de casación interpuesto por Karen Jhanet Pérez Clavijo contra la sentencia de vista que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda fijando visitas al menor a favor del demandante. La recurrente como causal del recurso invoca: a) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo IX del Título Preliminar y 88 del Código de los Niños y Adolescentes, por cuanto el demandante no estaría cumpliendo con la obligación alimentaria; b) Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 del Código Procesal Civil, por cuanto no se valoró los medios probatorios ofrecidos por no pago de la pensión de alimentos; y c) Infracción normativa por inaplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil, no se valoró la opinión referencial del menor” (Casación N° 2204-2013-Sullana).	“La Sala Suprema al calificar la demanda señala que, si bien la impugnante invoca la interpretación errónea de los artículos IX del Título Preliminar y 88° del Código de los Niños y Adolescentes, no demuestra de qué manera sus argumentos incidirían en la modificación del fallo adoptado por las instancias de mérito. Por lo que, por el carácter extraordinario, formal y excepcional del recurso de casación, considera que los agravios expuestos por la recurrente, como es el incumplimiento del pago de pensión de alimentos, no sería revisable en dicha sede. Por lo que la Sala de casación concluye que la sentencia de vista ha sido expedida bajo los parámetros del debido proceso, pues a pesar que el demandante no cumple en forma total con la pensión de alimentos, 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 desestima el recurso de casación”.	“Bajo dichos argumentos, la Sala Suprema declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Karen Jhanet Pérez Clavijo, en los seguidos por Walter Joel Gamero Hair sobre Régimen de Visitas. Con ello quedaría confirmado el fallo de la primera instancia que declaraba fundada el régimen de vistas a pesar que el padre cumplía parcialmente con la obligación alimentaria”.

FUENTE: Casación N° 2204-2013-Sullana - Elaboración propia

En la Tabla N° 17, presentamos el análisis de la Casación N° 2204-2013-Sullana, donde la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Karen Jhanet Pérez Clavijo contra la sentencia de vista que confirma la sentencia apelada que declaraba fundada la demanda de régimen de visitas que fue interpuesta por Walter Joel Gamero Hair.

En esta Casación, la Sala Suprema manifiesta que a pesar de que el demandante cumple solo parcialmente con asistir al menor con la pensión establecida, dicho incumplimiento no debe tomarse como determinante para revocar el régimen de visitas, en virtud del interés superior del niño.

La Sala Suprema señala que si bien la impugnante invoca la interpretación errónea del artículo IX del Título Preliminar y artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes, los agravios expuestos, como el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos, que atentaría contra la integridad de su menor hijo, no serían revisables en dicha sede, por cuanto el recurso de casación tiene carácter extraordinario, formal y excepcional.

Es en base a dicho argumento que la Sala Suprema concluye que la sentencia de vista ha sido expedida bajo los parámetros del debido proceso, pues en dicha sentencia se ha efectuado una debida interpretación de las normas que se denuncian que se habrían infringido, toda vez señaló:

Que si bien el demandado no cumple en forma total con la pensión de alimentos fijados, también es cierto 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 (Casación N° 2204-2013-Sullana, Considerando Sexto).

La casación analizada también nos muestra que el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes tiene que aplicarse teniendo en cuenta de manera prioritaria el interés superior del niño, por cuanto el papel de los padres no solo es cumplir materialmente con los alimentos, sino que tal igualmente importante es mantener una relación constante con los hijos, pues ello les ayuda a crecer sanos emocionalmente y teniendo la seguridad de que sus padres están para apoyarlos.

3.2.5. CASACIÓN N° 4253-2016-LA LIBERTAD

TABLA N° 18

ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 4253-2016-LA LIBERTAD

ÓRGANO JUDICIAL : Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República RESOLUCIÓN : Sentencia casatoria MATERIA : Reconocimiento de custodia y tenencia DEMANDANTE : Rosa Liliana Sánchez Velarde DEMANDADA : Juan Carlos Padilla Concepción		
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA	FALLO
“Es el recurso de casación interpuesto por el emplazado Juan Carlos Padilla Concepción contra la sentencia de vista que confirma la sentencia de primera instancia en el extremo que resuelve dejar a salvo el derecho del demandado de solicitar el régimen de visitas, por cuanto no está cumpliendo con el pago de los alimentos. Interpone la casación invocando como causales: i) Infracción normativa de los artículos 84, literal c) y 88 del Código de Niños y Adolescentes, por atentar contra el interés superior del niño al negarle el régimen de visitas, ii) Infracción normativa de los artículos 9, 18 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional, que protegen el derecho de los niños de tener contacto con sus padres”.	“Después de examinar la infracción de las normas nacionales e internacionales denunciadas, la Sala Suprema señala que la Sala Civil Superior no ha tomado en cuenta primeramente el interés superior del niño, porque, por más que el padre no se encuentre al día en las pensiones alimentarias, eso no quiere decir que esta situación pueda estar por encima del derecho del padre a relacionarse con su hija, y que también es una necesidad que el mismo no desatienda las necesidades emocionales y espirituales de la menor, y el papel de este no se agota con la sola provisión de alimentos, pues su objetivo final es el contacto directo con su hija. Por ello, pretender fijar un régimen de visitas supeditado a una pensión de alimentos de ninguna forma supone preservar el interés superior de la menor, por el contrario la menoscaba y perjudica. Además, debe tenerse presente que el artículo 88 del CNA es aplicable a los padres que no ejercen la patria potestad, lo que en este caso no se da, más aún si el artículo 84, literal c) del CNA, dispone que el juez debe fijar un régimen de visitas para el padre que no tenga la tenencia del menor”.	“En base a los fundamentos señalados declararon fundado el recurso de casación interpuesto por el emplazado Juan Carlos Padilla Concepción, en consecuencia, casaron la sentencia de vista recurrida, declarándola nula, así como insubsistente la sentencia de primera instancia y ordenaron que el juez de la causa emita nuevo fallo, conforme a las consideraciones expuestas en la presente sentencia”.

FUENTE: Casación N° 4253-2016-La Libertad - Elaboración propia

En la Tabla N° 18, tenemos el análisis de la Casación N° 4253-2016-La Libertad que resuelve declarando fundado el recurso de casación interpuesto por Juan Carlos Padilla Concepción contra la sentencia de vista que confirma la sentencia de primera instancia que ampara la demanda de reconocimiento de tenencia interpuesta por Rosa Liliana Sánchez Velarde, sin fijar el régimen de visitas para el padre, sino solamente expresando que deja a salvo el derecho del demandado de solicitar el régimen de visitas, por cuanto este no cumple con el pago de la obligación alimentaria para con su hija.

La contienda judicial inicia cuando Rosa Liliana Sánchez Velarde demanda el reconocimiento de tenencia de su menor hija A.V.P.S. a fin que se otorgue la tenencia a su favor, toda vez que problemas personales tuvieron que separarse y que el padre no cumple con su obligación alimentaria, por lo que ha tenido que interponer una demanda de alimentos.

El demandado al contestar la demanda niega los hechos alegados por la demandante, manifestando que con su hija mantenía una relación constante, hasta que tuvo un accidente, por lo que ya no pudo pasar alimentos y la demandante le ha cortado la relación interpersonal con su hija.

En primera instancia, el Juez declara fundada la demanda, y reconoce la tenencia de la niña a favor de su madre, manteniéndose el ejercicio de la patria potestad por ambos padres, sin otorgar el régimen de visitas que ordena el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, sino dejando a salvo el derecho del demandado de solicitar el régimen de visitas, por cuanto éste no está cumpliendo con los alimentos. El demandado apela, sin embargo la Sala Civil Superior de La Libertad confirma la sentencia, por los mismos fundamentos.

Al ser recurrido en casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema revisa el contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial relacionado al tema y en base a ello señala que:

La Sala Civil Superior no ha tomado en cuenta primeramente el interés superior del niño, puesto que, por más que el padre no se encuentre al día en las pensiones alimentarias, eso no quiere decir que esta situación pueda estar por encima del derecho del padre a relacionarse con su hija, puesto que, también es una necesidad que el mismo no desatienda las necesidades emocionales y espirituales de la 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 hija; por consiguiente, pretender fijar un régimen de visitas supeditado a una pensión de alimentos de ninguna forma supone preservar el interés superior de la menor, muy por el contrario la menoscaba y perjudica (Casación N° 4253-2016-La Libertad, Considerando Quinto).

Asimismo la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, analizando la sentencia recurrida, señala que:

Conforme a lo resuelto por el A quo en la sentencia, ambos padres mantienen la patria potestad, sin embargo, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes es aplicable a los padres que no ejercen la patria potestad, por ende, cuando el juzgador aplica dicho dispositivo legal va en contra de lo resuelto en la sentencia, así como vulnera el interés superior del niño, más aún si la normatividad aplicable al caso, esto es, el artículo 84, literal c) del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que el juez debe fijar un régimen de visitas para el padre que no tenga la tenencia del menor (Casación N° 4253-2016-La Libertad, considerando Sexto).

Es por ello que la Sala Suprema afirma que se ha demostrado que al efectuar un análisis y aplicación errónea del artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes, se han vulnerado los derechos de la menor, lo que también implica la vulneración del principio del interés superior del niño y el adolescente, consagrado en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, por lo que no se ha buscado el bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano.

Esta casación es una muestra de que en la aplicación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, al no permitir a los padres deudores alimentarios acceder al régimen de visitas, se vulnera el principio de interés constitucional del niño, recogidos en nuestra norma constitucional y normas internacionales de derechos humanos.

4. La aplicación de los requisitos de procedibilidad del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes y la vulneración del principio de interés superior del niño

Conforme a la Tabla N° 09, vemos que de las 89 demandas de régimen de visitas que fueron declarados improcedentes, 32 de ellas (36% de las demandas) fueron declaradas así porque el solicitante no se encuentra al día con el pago de la pensión de alimentos. Ello se corrobora con lo señalado en la Tabla N° 10, donde se ven los fundamentos utilizados por el Juez de Familia para declarar improcedente dichas demandas y con las resoluciones analizadas en el punto 3.1.5. de la parte de resultados de la investigación. En estos casos, al negar a los padres la posibilidad de obtener el régimen de vistas, también se niega ese derecho a los hijos.

Esta situación ocurre porque el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes 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” (CNA, 2000, art 88). Es decir, en caso de que el padre o madre que solicita no está al día en el pago de las pensiones de alimentos, no tiene derecho de visitar a sus hijos, y consecuentemente, el derecho de los hijos de ser visitados por sus padres tampoco puede materializarse.

El problema es que esta norma reconoce el régimen de visitas solamente como derecho de los padres que no ejercen la patria potestad. Es decir, reconoce el derecho de visitas como derecho absoluto del padre o madre que no tiene a su hijo o hijos, por lo que condiciona el goce de este derecho a que el padre o madre acredite con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Lo que importa es que el padre o madre que solicita visitas esté cumpliendo con los alimentos, más no el derecho del hijo o hija que también desea ser visitado, de poder relacionarse o comunicarse con su padre o madre con quien no vive.

Esta norma lo que busca es presionar al padre o la madre deudor (a) alimentario limitando la posibilidad de visitar a su hijo o hija, como ya señalamos, porque considera el régimen de visitas como derecho exclusivo de los padres. Sin embargo, el régimen de visitas no solo es derecho de los padres, sino mayormente de los hijos, porque por encontrarse su personalidad en pleno desarrollo, son ellos los que necesitan de la presencia de los padres.

Los hijos menores son los que necesitan de la presencia y compañía de sus padres para desarrollarse plenamente.

Al respecto, muy acertadamente la Sala Superior Mixta de Chincha, de la Corte Superior de Justicia de Ica, cuando afirma que:

El Régimen de Visitas judicial, es una medida de protección que busca fortalecer la relación jurídica familiar entre padres e hijos; que se identifica como un derecho-deber a la continua comunicación entre padres e hijos cuando no existe cohabitación permanente entre ellos. Este derecho no es exclusivo del progenitor sino que básicamente es un derecho indispensable del hijo para su desarrollo integral. Como derecho subjetivo familiar responde a la necesidad de que el menor y sus familiares se relacionen e integren, y, ninguno de los progenitores puede monopolizar este derecho de integración familiar, pues el niño es el primer beneficiario antes que el padre que no lo tiene en su poder ya que necesita de la orientación y apoyo de ambos padres para desarrollarse, crecer, e integrarse en la familia y en la sociedad (Expediente N° 51-2010, Séptimo Considerando).

Por ello, siendo el régimen de visitas derecho de padres e hijos, la limitación impuesta por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, que intenta limitar su derecho de visitas al padre o madre que no cumple con la obligación alimentaria, perjudica más a los hijos, quienes se encuentran en pleno desarrollo y formación. Los hijos menores, el derecho y necesidad de compartir con sus padres, de pasar tiempo con ellos, y nada tiene que ver este derecho con la irresponsabilidad de los padres.

Por las razones expuestas, el régimen de visitas no puede condicionarse al pago de las obligaciones alimentarias. Pues como señala la Corte Suprema el papel de los progenitores “no se agota con la sola provisión de alimentos, pues su objetivo final es el contacto directo con su hijo” (Casación N° 2204-2013-Sullana, Quinto considerando).

En esa línea también se ha manifestado la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima, cuando dice que:

De modo alguno puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales, derecho este, que no solo corresponde a los padres sino también a los propios hijos de ver y relacionarse con sus padres, tanto más si en autos no obra resolución que disponga la privación o suspensión de la patria Potestad respecto del demandante; institución esta última que establece el derecho que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos

conforme lo dispone el artículo 418 del Código Civil; por lo tanto dicho derecho del actor se encuentra vigente (Exp. N° 00150-2009-0-1801-JR-FC-16, Considerando 4, y Casación N° 01621-2012-Lima).

En atención a lo referido, el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes debe entenderse y aplicarse concordando con los mandatos del principio de interés superior del niño, pues como señala la Corte Suprema cuando en la Casación N° 3841-2009-Lima:

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 (Décimo Cuarto Considerando).

A pesar que existe jurisprudencia de la Corte Suprema que dan pautas de orientación para la interpretación y aplicación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, no se aplican en ese sentido en todos los Juzgados de Familia, lo que puede verse en la cantidad de demandas rechazadas en los Juzgados de Familia de Arequipa. En estos casos, debido a la forma que se ha regulado los requisitos de procedibilidad para el régimen de visitas, a través de la norma en mención, se limita el derecho de los padres a acceder a este derecho, así como se limitan el derecho de visita de los hijos, negándoles de poder mantener la continuidad de la comunicación y relación con el padre o madre con quien no convive.

Con las limitaciones señaladas, se vulnera claramente el principio constitucional del interés superior del niño, consagradas en el artículo 4° de la Constitución, por lo que la comunidad y el Estado están obligados a proteger de manera especial y prioritaria al niño y al adolescente, y los mandatos de normas internacionales de derechos humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño que a través del numeral 3) de su artículo 9 obliga a los Estados partes respetar y proteger los derechos del niño o niña que esté separado de uno o de ambos padres, a fin de que pueda mantener relaciones personales y contacto directo regularmente con ambos padres, a menos que ello sea perjudicial para los niños.

Al respecto de una manera clara la Observación General N° 14°, de la Convención de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, ha señalado que:

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5) (Observación General N° 14, 2013, p. 14).

La misma Observación General N° 14°, refiriéndose a la importancia de preservar la unidad familiar, señala:

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige ‘que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del niño’. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (art. 9, párr. 3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha (p. 15).

Ello significa que cuando existe separación de los padres, como en el caso de divorcios, separaciones de hecho, ruptura de uniones de hecho, o simplemente porque sus padres nunca vivieron juntos, el Estado debe garantizar la continuidad de las relaciones de los hijos con sus padres, y ello se logra a través de los regímenes de visitas, sin embargo el artículo 88° del Código de Niños y adolescentes, lejos de propiciar dicha unidad, impone una condición que aleja al padre o madre deudor del hijo que necesita el afecto paternal o maternal, por lo que con ella se vulnera el principio constitucional del interés superior del niño.

5. La aplicación de los requisitos de procedibilidad del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes y la afectación de la integridad e identidad personal del niño

Como en el caso anterior, también de la misma Tabla N° 09, vemos que de las 89 demandas de régimen de visitas que fueron declarados improcedentes, 32 de ellas, que hacen el 36% fueron declarados por que el solicitante no se encuentra al día en el pago de la pensión de alimentos, a partir de ella se tiene que en estos casos al negar a los padres la posibilidad de obtener el régimen de vistas, también se niega ese derecho a los hijos, y con ello se pone barrera a la continuidad de las relaciones interpersonales de padres a hijos, lo que perjudica el desarrollo personal y la formación y consolidación de la identidad de los menores.

La continuidad de las relaciones de padres e hijos, permite que el niño, niña y adolescente, se forme una identidad familiar, de pertenecer a una familia y adquirir una solidez emocional a través del afecto y cariño de los padres. La idea de pertenencia a una familia le da al niño, niña o adolescente la tranquilidad y seguridad emocional, lo que le permite enfrentar los retos de la vida, porque sabe que detrás de él o ella, hay una familia que lo sostiene y no le va abandonar. Sin embargo, privando a los hijos de esa relación, afectamos ese derecho de tener una familia y conservar ese entorno familiar, lo que afecta la formación y consolidación de su identidad personal.

El derecho a la identidad en nuestro país se encuentra regulado constitucional y legalmente. La Constitución Política ha señalado expresamente que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (Constitución, 1993, artículo 2°). Lo que nos hace ver el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente es su derecho fundamental constitucionalmente protegido.

Concordante con ello, respecto al derecho a la identidad el Código de Niños y Adolescentes señala que:

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad o que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad (CNA, 2000, artículo 6).

En ese sentido, el derecho a la identidad del niño, implica que éste pertenezca a una familia y permanecer en ella, y en caso de que no se da esa situación porque los padres viven

separados, deberían buscarse mecanismos que permitan mantener relación frecuente con el padre o madre con quien no vive, y ello se materializa mediante las visitas.

La vida que lleva el niño debe favorecerle al desarrollo integral de su personalidad, porque es la forma se afirma la integridad del niño. Por ello el Tribunal Constitucional ha señalado que

Las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución, que dice que ‘toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)’ (STC, Exp. N° 00325-2012-PHC/TC).

De manera que, privar el contacto del niño, niña o adolescente con sus padres, vulnera el desarrollo integral de la personalidad del niño, niña o adolescente.

La Corte Suprema también ha señalado que el incumplimiento de alimentos no puede impedir que al padre se le conceda un régimen de visitas, pues “el menor debe mantener una relación cercana con su progenitor aunque este haya cumplido en forma parcial con el pago de la pensión de alimentos” (Casación N° 2204-2013-Sullana). Lo que nos hace ver que se debe privilegiar el derecho del menor de mantener una relación directa con el progenitor, pues ello es interés superior del niño.

Asimismo, como señala el artículo 3° del Código de Niños y Adolescentes debe procurarse que el niño y el adolescente puedan vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, respetando su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Sin embargo con los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas, en el caso de los padres deudores alimentarios, no se permite la continuidad de relación personal del hijo con su padre o madre con quien no vive, por lo que se afectan la identidad del niño al no favorecer el desarrollo integral de su personalidad, que es su interés superior, por lo que amerita su modificación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La naturaleza jurídica del régimen de visitas conforme nuestra legislación es un derecho familiar que permite la continuidad de la relación personal entre padres e hijos que no conviven, a fin de propiciar el desarrollo, crecimiento y consolidación de los lazos familiares, que favorecen al desarrollo integral del niño, niña y adolescente, que es su interés superior, así como para fortalecer la formación y consolidación de su identidad personal. Es decir, se trata de un derecho-deber de padres e hijos, sobre todo es un derecho de los hijos más que de los padres.

SEGUNDA: El principio de interés superior del niño, de carácter primordial para resolver conflictos donde se discuten derechos de menores, en nuestro país goza de rango constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 4° de la Constitución cuando establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente; en las normas internacionales de derechos humanos como la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño que forman parte de nuestro derecho; así como la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que reconoce la constitucionalidad de este principio, por lo que es un principio de observancia obligatoria para todas las entidades públicas y privadas cuando se trata de asuntos referidos a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

TERCERA: A partir del análisis de nuestra legislación, la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, no existe justificación valedera para la exigencia del requisito de procedibilidad consistente en acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, impuesta por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, por cuanto el régimen de visitas no es derecho exclusivo de los padres sino también de los hijos, por lo que su otorgamiento no puede condicionarse a cuestiones económicas en las que los hijos no tienen ninguna responsabilidad, por lo que dicho condicionamiento vulnerara los derechos de los hijos o las hijas y la vigencia del principio constitucional del interés superior del niño y adolescente.

CUARTA: Los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos de régimen de visitas, condicionando el régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria del padre o madre que lo pide, no permite la continuidad de las relaciones interpersonales de los padres con sus hijos con quien no vive,

lo que afecta la formación de la identidad del niño al no favorecer el desarrollo integral de la personalidad del niño, niña o adolescente.

QUINTA: Teniendo en cuenta que en los Juzgados de Familia de Arequipa el 36% de demandas de régimen de visitas (Tabla N° 09 y 10) que son declaradas improcedentes, o son rechazados al no subsanar la inadmisibilidad dentro del plazo concedido, por no poder acreditar el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, se demuestra que en los Juzgados de Familia de Arequipa en estos casos no se está aplicando adecuadamente los mandatos del principio constitucional del interés superior del niño, que prioriza los derechos de los hijos a cualquier otra condición, por lo que ameritaría incorporar cambios en la normatividad correspondiente.

SEXTA: Teniendo en cuenta que en los Juzgados de Familia de Arequipa hay un considerable porcentaje de demandas de régimen de visitas que son declaradas improcedentes, o son rechazados al no subsanar la inadmisibilidad, porque el demandante no acredita estar cumpliendo con su obligación alimentaria, lo que no permite la continuidad de relaciones interpersonales de padres e hijos que no conviven, demuestra que el principio constitucional del interés superior del niño se ve afectado con la aplicación del requisito de procedibilidad establecido por el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Con la finalidad de determinar adecuadamente la naturaleza jurídica, así como los supuestos de otorgamiento del régimen de visitas en nuestro ordenamiento jurídico, recomiendo que las Universidades, el Poder Judicial, el Ministerio Público especializado en Familia, los Colegios de Abogados, Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, entre otras entidades interesadas organicen cursos de capacitación sobre temas de Derecho de Familia, sobre todo referidos a los temas de tenencia y régimen de visitas.

SEGUNDA: Se debe propiciar estudios e investigaciones sobre los alcances del principio de interés superior del niño, a fin de conocer sus alcances, y aplicar en salvaguarda de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, de cuya organización podrían encargarse las Universidades, Poder Judicial, Fiscalías de Familia, Colegios de Abogados, Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, entre otras instituciones.

TERCERA: Es necesario generar un amplio debate sobre el requisito de procedibilidad establecido por el artículo 88° del Código de niños y Adolescentes, a fin de evaluar su razonabilidad teniendo en cuenta que en este caso no solo se discute derechos de padres sino mayormente de los hijos.

CUARTA: Siendo que la Corte Suprema en varias de sus Casaciones ha inaplicado el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes para favorecer el interés superior del niño o adolescente, otorgando régimen de visitas a padres deudores alimentarios, la misma Corte Suprema debería emitir un precedente jurisprudencial vinculante para estos casos.

QUINTA: Teniendo en cuenta que el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes para demanda de visitas interpuesta por padres deudores alimentarios, es vulneratorio del principio de interés superior del niño, dicha normativa debe ser modificada.

SEXTA: A fin de materializar la modificación del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes respecto a las demandas de régimen de visitas por padres deudores alimentarios, se propone el siguiente proyecto de Ley:

PROYECTO DE LEY**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 84° Y 88° DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES Y EL ARTÍCULO 422° DEL CÓDIGO CIVIL.**

PROYECTO DE LEY N°: _____

Proyecto de ley que propone la modificación del artículo 84° y 88° del Código de Niños y Adolescentes, y el artículo 422° del Código Civil, referido al régimen de Vistas y su otorgamiento a padres deudores alimentarios.

El Congresista de la República que suscribe, _____, miembro del Grupo Parlamentario _____, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**1.1. El régimen de visitas de padres deudores alimentarios en Perú**

Si revisamos sobre las demandas de régimen de visitas en los archivos del Poder Judicial nos damos cuenta que más del 30% de ellas han sido declaradas improcedentes, o en todo caso fueron rechazadas al no subsanar la inadmisibilidad, por cuanto el demandante no se encuentra al día con el pago de la obligación alimentaria, en atención a la disposición del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, que 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” (CNA, 2000, artículo 88°).

En ese sentido, los padres que no pueden acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, no ejercen el derecho de visitas. Sin embargo, debemos entender que el régimen de visitas está pensado para garantizar la continuidad de la relación del hijo con el padre que no lo tiene y ayudar en la consolidación de la identidad del menor. De modo que, las visitas no constituyen sólo derecho del padre, sino sobre todo del hijo de ser visitado por su padre o madre, de mantener

continuamente relación con sus padres y desarrollarse integralmente, en salvaguarda de su interés superior.

La condición impuesta mediante el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, afecta el derecho de los padres de visitar a sus hijos, pero sobre todo priva al niño de su derecho de ser visitado, afectando su interés superior.

1.2. Legislación peruana respecto al régimen de visitas y la necesidad de su modificación

El Código Civil en su artículo 418° establece que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (CC, 1984, artículo 418). En ejercicio de la patria potestad es que los padres cuidan de sus hijos, entre ellos está el derecho-deber de visitas, a fin de llenar esa necesidad de los hijos de relacionarse y comunicarse con sus padres.

A fin de viabilizar el derecho de visitas, el artículo 422° del Código Civil señala que “en todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias” (CC, 1984, artículo 422°), reconoce ese derecho como relaciones personales con los hijos que no están bajo su patria potestad, sin embargo hace falta precisar que este ejercicio debe efectuarse atendiendo prioritariamente al interés superior del niño, niña o adolescente.

En medio de todo ello, 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” (CNA, 2000, artículo 88°).

Es esta norma que impone el requisito de procedibilidad de estar al día en el pago de las pensiones alimentarias para poder solicitar el régimen de vistas, o en todo caso acreditar la imposibilidad de poder pagar, con lo que se ha vuelto prácticamente imposible que los padres o madres que no están pasando regularmente los alimentos, a pesar que existan motivos comprensibles para ello, no puedan ejercer el derecho de vistas, a pesar que el mayor beneficiado con ello son los hijos.

Por otra parte, esta norma reconoce el régimen de visitas solo como derecho de los padres, más no como derecho de los hijos, por lo que es necesario introducir cambios en la misma, eliminando el requisito de procedibilidad e introduciendo que el régimen de visitas es también derecho de los hijos.

Por otra parte tenemos el caso del artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes que regula las facultades del Juez en los procesos de tenencia, y en su literal c) señala:

En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: (...) c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente, debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor (CNA, 2000, artículo 84).

Esta norma establece que el padre que no tenga a su hijo debe gozar del régimen de vistas. Sin embargo, de su texto fluye que el régimen de visitas es considerado como un derecho del padre, más no como derecho del hijo, por lo que muchas veces en los procesos judiciales, los hijos son considerados como botín de guerra, como premio al ganador del proceso, lo que debe cambiar, estableciendo una regulación que más favorezca al niño ya adolescente, y su interés superior.

Las modificaciones que se deben incorporar en las indicadas normas deben obedecer a los mandatos constitucionales como “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6) y que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (Constitución, 1993, artículo 4°), así como los mandatos de las normas internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño que señala “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” (CDN, 1989, artículo 9.3).

1.3. La jurisprudencia nacional sobre el régimen de visitas para padres deudores alimentarios que favorecen la modificación de ciertas normas legales

A nivel de nuestra jurisprudencia, sobre a nivel de la Corte Suprema, encontramos que el régimen de visitas ya no se entiende como derecho exclusivo de los padres sino sobre todo como derecho de los hijos.

Refiriéndose al otorgamiento del régimen de visitas la Casación N° 5201-2007-Pasco señala que:

El artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes establece los supuestos de hecho para solicitar un régimen de visitas; y que más que un 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 no vive con él) una relación afectiva necesaria para garantizar el desarrollo integral del niño o el adolescente; siendo facultad del Juez -aun cuando hubiera acuerdo entre los padres- determinar el régimen de visitas que resulte más conveniente a los intereses del menor (Casación N° 5201-2007- Pasco, Séptimo considerando).

Este fallo del más alto tribunal judicial nos hace ver que es ese el sentido en que se debe entender los mandatos del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, considerando al régimen de vistas no como derecho de los padres solamente, sino como derecho de los hijos. Sin embargo, mucho mejor es incorporar esta interpretación expresamente en el mismo artículo 88° señalado.

Similarmente, a través de la Casación N° 2204-2013-Sullana, la Corte Suprema ha señalado que el incumplimiento de alimentos no puede impedir que a un padre deudor alimentario se le niegue el régimen de visitas, pues las visitas privilegian el derecho del menor de mantener una relación directa con su padre, que es su interés superior, propiciando que el niño goce de una familia.

En otra sentencia, la Corte Suprema, manteniendo la misma línea de enfoque ha señalado que:

La Sala Civil Superior no ha tomado en cuenta primeramente el interés superior del niño, puesto que, por más que el padre no se encuentre al día en las pensiones alimentarias, eso no quiere decir que esta situación pueda estar por encima del derecho del padre a relacionarse con su hija, puesto que, también es una necesidad que el mismo no desatienda las necesidades emocionales y espirituales de la 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 hija; por consiguiente, pretender fijar un régimen de visitas supeditado a una pensión de alimentos de ninguna forma supone preservar el interés superior de la menor, muy por el contrario la menoscaba y perjudica (Casación N° 4253-2016-La Libertad, Considerando Quinto).

Estas jurisprudencias casatorias nos hacen ver que el régimen de visitas más que derecho de los padres, es derecho de los hijos, por lo tanto no es correcto condicionar su otorgamiento al cumplimiento de la obligación alimentaria del solicitante, responsabilidad ajena a los niños y adolescentes inmersos en medio de esta situación.

En ese sentido, no se encuentra justificado el requisito de procedibilidad que se impone a través del artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, más al contrario esta norma no permite un desarrollo integral de la personalidad del niño y adolescente, así como no ayuda a la formación de la identidad de los menores, lo que muestra la vulneración del principio constitucional del interés superior del niño.

1.4. La vigencia del principio de interés superior del niño, niña y adolescente en el régimen de vistas

La Convención sobre los Derechos del Niño, que en el numeral 1) de su artículo 3°, 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” (CDN, 1989, artículo 3.1.).

Nuestra legislación ha establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes ha establecido 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 (CNA, 2000, artículo IX TP).

La Ley N° 30466, Ley que fija los parámetros para garantizar el interés superior del niño, en su artículo 2° ha señalado que:

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos (Ley N° 30466, 2016, artículo 2).

Por ello, este principio tiene plena vigencia en los proceso de régimen de visitas. Sin embargo, con el requisito de procedibilidad impuesta por el artículo 88° del Código de Niños y adolescentes se contraviene este principio, así como los derechos de los hijos e hijas de ser visitados por sus padres, al no permitir que los padres e hijos puedan mantener la continuidad de las relaciones interpersonales, ello afecta el desarrollo integral de los hijos y la adecuada formación de su identidad filial, toda vez que no mantener contacto con la figura paterna o materna afecta en el desarrollo del menor, por lo que lo mejor sería modificar el indicado artículo 88°, para que en salvaguarda del principio de interés superior del niño y adolescente, se pueda viabilizar el acceso a la justicia a los padres deudores alimentarios para poder tramitar el régimen de visitas.

II. FÓRMULA LEGAL

Por lo expuesto, se propone el siguiente texto legal:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley Siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 84° Y 88° DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES Y DEL ARTÍCULO 422° DEL CÓDIGO CIVIL.

Artículo 1°.- Modificación de los artículos 84 y 88° del Código de Niños y Adolescente

Modifíquese el artículo 84° y 88° del Código de Niños y Adolescentes, los cuales quedan redactados de la siguiente forma:

“Artículo 84° Facultad del Juez.-

En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

- b) El hijo menor de tres (03) años permanecerá con la madre; y
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño, niña o adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener la continuidad de las relaciones personales con su padre o madre con quien no vive, mediante el régimen de visitas, en salvaguarda del interés superior del niño” (CNA, 2000, artículo 84°).

“Artículo 88.- Las visitas

El padre o la madre que no ejerce la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, así como los hijos tienen derecho de visitar o recibir la visita de su padre o madre con quien no vive.

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” (CNA, 2000, artículo 88°).

Artículo 2°.- Modificación del artículo 422° del Código Civil

Modifíquese el artículo 422° del Código Civil, que quedará redactado de la siguiente forma:

“Artículo 422.- Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad

En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias, *adecuado al principio de interés superior del niño, niña y adolescente” (CC, 1984, artículo 422°).*

III. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA

El presente proyecto de ley tiene por objeto viabilizar la procedencia del régimen de visitas para los padres que no están cumpliendo con la obligación alimentaria, teniendo

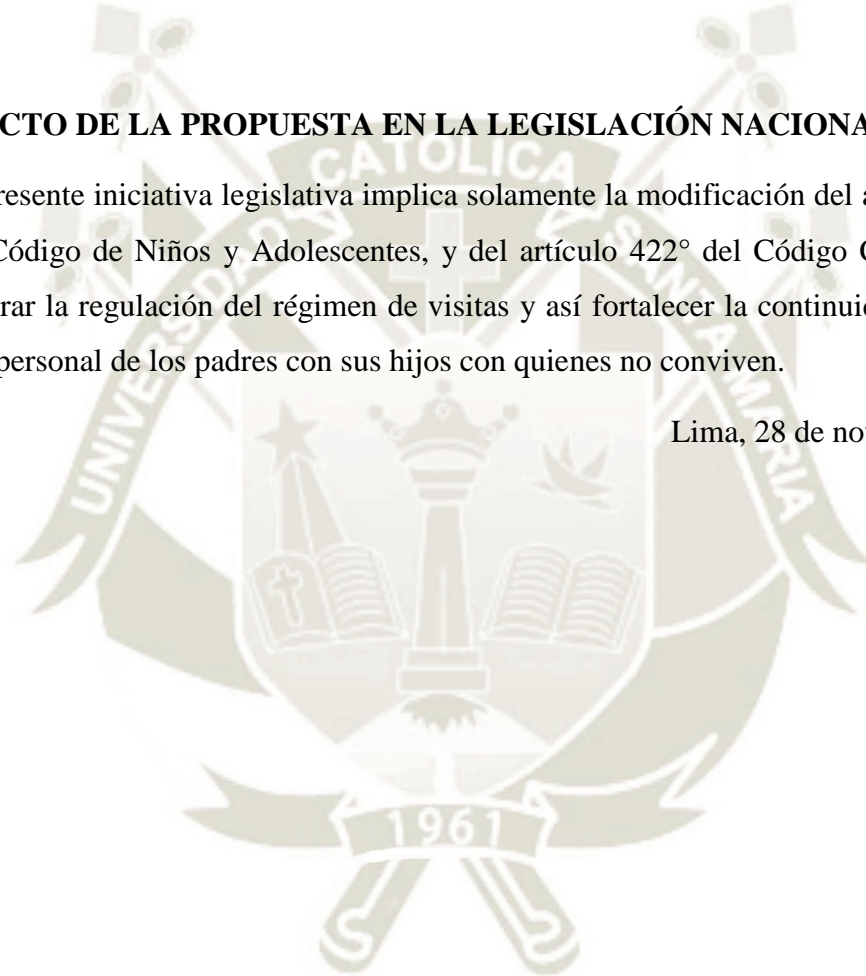
en cuenta que las visitas favorecen más a los hijos que a los padres, privilegiando el principio del interés superior del niño.

En ese sentido, su ejecución no significaría gasto para el Estado, más al contrario busca fortalecer las relaciones parentales entre padres e hijos, pues permite la continuidad de relación entre padres e hijos, por lo que el derecho de visitas no debería estar condicionada a cuestiones económicas, como el estar al día en el pago de las pensiones alimentarias, más teniendo que ello es completamente ajeno a la voluntad de los hijos.

IV. EFECTO DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa implica solamente la modificación del artículo 84° y 88° del Código de Niños y Adolescentes, y del artículo 422° del Código Civil, a efecto de mejorar la regulación del régimen de visitas y así fortalecer la continuidad de relaciones interpersonal de los padres con sus hijos con quienes no conviven.

Lima, 28 de noviembre del 2019



REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Aguilar, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Alegre, S.; Hernández, J. y Rogers, C. (2005). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Buenos Aires: Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina.
- Aranzamendi, L. (2015). *Investigación Jurídica. De la ciencia y del conocimiento científico*. Lima: GrijLey.
- Belluscio, C. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Décima Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bermúdez, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (2016). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Calderón, J. (2014). *La Familia Ensamblada en el Perú*. Lima: Andrus Editores.
- Canales, C. (2014). *Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Canales, C. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Chunga, F. (2012). *Derecho de Menores*. Lima: Editorial Jurídica GrijLey.
- Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano*. Décima Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores SRL.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2007). *Acceso a la justicia de familia y criterios jurisprudenciales*. Comisión de capacitación - Área de familia. Lima-Perú.
- Danieli, M. (2012). *Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes: recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad civil*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Fernández, C. (2015). *Derecho a la identidad personal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández, M. (2013). *Manual de Derecho familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- Gaceta Jurídica (2005). *Constitución Política Comentada*. Tomo I y II. Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Gaceta Jurídica (2010). *Código Civil Comentado*. Tomo II y III. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Gaceta Jurídica (2013). *Código Civil en su Jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gaceta Jurídica (2018). *Compendium de Familia & de los Niños y Adolescentes*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gallegos, Y. y Jara, R. (2014). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Jurista Editores.
- Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. Sexta Edición. México: Mc Graw Hill.
- Kemelmajer, A. (2014). *Tratado de derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mejía, P. (2009). *La Patria Potestad*. Lima: Librería y Ediciones jurídicas.
- Meza, Y. (Coord.) (2018). *Código de Niños y Adolescentes Comentado*. Lima: Jurista Editores.
- Noguera Ramos, Iván (2014). *Guía para elaborar una tesis de Derecho*. Lima: GrijLey.
- Paredes Núñez, Julio E (2014). *Manual de la Investigación Científica*. Arequipa: Décima Edición. UCSM-EPG.
- Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Idemsa.
- Plácido, A. (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2008). *Manual de Derecho de Familia. Un enfoque de estudio de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Plácido, A. (2015). *Manual de Derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.
- Plácido, A. (2016). *El principio de Interés Superior del Niño*. Lima: Academia de la Magistratura.

Rodríguez, M. (2010). *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia*. Chile: Abelodo Perrot.

Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución política de 1993*. Tomo I y II. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Valdivia, J. (2017). *La Caja de Herramientas. Investigación jurídica integral*. Arequipa: Fondo Editorial Francisco Mostajo.

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV*. Lima: Gaceta Jurídica.

ARTÍCULOS

Aguilar, B. (2010). Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho. En *Revista Gaceta Constitucional*. Tomo 35. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Aguilar, B. (2014). Patria Potestad. En *Patria Potestad, Tenencia y alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.

Aguilar, B. (2018). Interés superior del niño y adolescente. En *Código de los Niños y adolescentes comentado*. Lima: Jurista Editores.

Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1.

Bermúdez, M. (2012). La mejor cualidad como condición para ponderar la tenencia de menor cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos. En *Dialogo con la Jurisprudencia*. Tomo 164. Lima: Gaceta Jurídica

Calderón, J. (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.

Canales, C. (2014). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia. En *Patria Potestad, Tenencia y alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.

Cárdenas, L. (2011). Opinión vertida en Dialogo con la Jurisprudencia sobre la Casación 3841-2009-Lima. En *Dialogo con la Jurisprudencia*. Tomo 149. Lima: Gaceta Jurídica.

- Hernández, C. (2010). Comentarios al artículo 474 del Código Civil: Obligación recíproca de prestar alimentos. En *Código Civil Comentado*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2002). Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia. En *Actualidad Jurídica*. N° 100. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. En *Revista Derecho* N° 71. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rivera, K. (2018). La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est. En *Revista Derecho & Sociedad* N° 50. Lima: PUCP.
- Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. En *Revista Vox Juris* N° 25. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Vásquez, H. (2013). El régimen de visitas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *El derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Zermatten, J. (2003). El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico, Informe de Trabajo, 3-2003, pp. 1-30. Disponible En http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf