

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA DE
LAS VIDEOLLAMADAS EN EL RÉGIMEN DE VISITAS”**

Tesis para optar el título profesional de Abogado

Autor (a): Rodríguez Revilla, Diana Jeniffer

Asesor (a): Castillo Saavedra, Erick Hamilton



Trujillo-Perú

2018

DEDICATORIA

A Dios, por haberme permitido llegar hasta este punto, quien me dio las fuerzas para seguir adelante y no desmayar ante los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder el optimismo de luchar por mis objetivos, ayudándome a aprender de mis errores y a no cometerlos otra vez. Es quien guía mi vida.

A mis padres, Chery y William, por haberme guiado y apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores y motivación constante que me ha permitido tener presente alcanzar esta meta.

A mi hermano William por estar siempre presente acompañándome y motivándome para poder realizarme.

A mi asesor, el Dr. Erick Hamilton Castillo Saavedra, que gracias a su dedicación y apoyo constante brindado me motivó para poder concluir mi tesis.

RESUMEN

La presente tesis se basa en realizar una investigación sobre determinar cuáles serían las razones jurídicas sobre la posibilidad de legislar en el ejercicio de la relación directa y regular las nuevas tecnologías específicamente las videollamadas como una modalidad que facilita la comunicación entre el menor y su progenitor analizándola como un hecho actual, que necesita de especial atención por parte del ordenamiento jurídico, ya que es una modalidad que permite la comunicación inmediata transmitiendo sensación de cercanía que resulta beneficiosa en la vida del niño, niña o adolescente.

ABSTRACT

This thesis is based on conducting an investigation to determine what would be the legal reasons on the possibility of legislating in the exercise of the direct and regular relationship of new technologies specifically video calls as a modality that facilitates communication between the child and his parent analyzing it as a current fact, which needs special attention by the legal system, since it is a modality that allows immediate communication transmitting a sense of closeness that is beneficial in the life of the child or adolescent.

ÍNDICE

DEDICATORIA	2
RESUMEN	3
ABSTRACT	4
CAPITULO I. INTRODUCCIÓN.....	9
1.1. Problema	9
1.1.1 Planteamiento del problema	9
1.1.2 Enunciado del problema.....	19
1.2. Hipótesis	19
1.3. Objetivos.....	20
1.3.1. Objetivo General.....	20
1.3.2. Objetivos Específicos.....	20
1.4. Justificación	20
CAPITULO II. MARCO TEÓRICO	22
2.1 Bases Teóricas.....	22
SUB-CAPITULO I.....	22
2.1.1. Fundamentos doctrinarios del principio del Interés Superior del Niño	22
1. Fundamentos doctrinarios del principio del Interés Superior del Niño	22
2. El Interés Superior del Niño en la legislación nacional	27
3. El Interés Superior del Niño en la legislación Española.....	31

SUB CAPITULO II.....	34
2.1.2 Alcances y límites del instituto jurídico del Régimen de Visitas en nuestra legislación.....	34
1. Instituciones relacionadas con el Régimen de Visitas	34
1.1. La Patria Potestad.....	34
1.2. La Coparentabilidad	36
1.3. La Guarda	37
1.4. La Custodia	39
1.5. Alimentos.....	39
2. Concepto del instituto jurídico del Régimen de Visitas	40
2.1. La visita de otros parientes y de terceras personas	42
2.2. La visita de los abuelos	43
2.3. La visita de otros parientes	44
2.4. La visita de terceros no parientes	44
3. Alcances del instituto jurídico del Régimen de Visitas en nuestra legislación	45
4. Límites del instituto del régimen de visitas en nuestra legislación.....	48
SUB - CAPITULO III.....	52
3.1.1. Razones que justifican la regulación de las videollamadas en el Régimen de Visitas	52
1. La Comunicación.....	52
2. La Comunicación como mecanismo de desarrollo de las relaciones humanas	52
3. Medios de Comunicación Electrónicos.....	53

3.1. Mensajería Instantánea	54
3.2. Redes Sociales.....	54
3.3. Videollamadas.....	55
4. Razones que justifican la regulación de las videollamadas en el Régimen de Visita.....	56
4.1 Como complemento a un régimen de relación directa y regular	59
4.2 Como primer paso a una vinculación o revinculación paterna.....	59
4.3 En caso que el progenitor o progenitora y sus hijos residan en distintos países o ciudades.....	60
4.4 Casos en que se limite judicialmente el contacto personal a través por ejemplo de Medidas de Protección.....	60
5. Propuesta de Regulación	63
5.1. Sujetos Legitimados	64
5.2. Objetivo del establecimiento de la relación directa y regular a través de medios electrónicos	64
5.3. Finalidad del establecimiento de la relación directa y regular a través de medios electrónicos	65
5.4. Criterios de atribución	66
5.4.1. La edad del niño o niña	66
5.4.2. La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda y la relación con sus parientes cercanos o terceros no parientes.	66

5.4.3. El régimen del cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado	66
6. Propuesta de Regulación	67
CAPITULO III: METODOLÓGICO	68
3.1. Tipo de Investigación	68
3.1.1 Por su finalidad.....	68
3.1.2 Por su profundidad.....	68
3.2. Material De Estudio.....	68
3.3 Recolección de Datos	69
3.3.1. Técnicas e Instrumentos	69
3.3.2. Instrumento de Recolección de Datos	69
3.4. Análisis de Datos.....	69
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES.....	70
Conclusiones	70
Recomendaciones.....	71
CAPÍTULO V: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72
CAPÍTULO VI: ANEXOS.....	73
ANEXO 1.	73

CAPITULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Problema

1.1.1 Planteamiento del problema

Actualmente en el Perú, se encuentra regulada la figura del Régimen de Visitas, la cual está destinada a mantener una relación cercana entre el hijo y el padre o madre que no convive con el menor, frente al término de la convivencia entre estos o en aquellos casos en que nunca existió convivencia entre los progenitores.

Este derecho se encuentra reconocido taxativamente en el Capítulo III, Art. 88 del Código del Niño y del Adolescente: *“Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera de 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”.

Así mismo, este derecho también se encuentra amparado en la Convención de los Derechos del niño en su Art. 9. Inc. 1 *“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”; reconociendo así el derecho de éste a no ser separado de sus padres y el Art. 9. Inc. 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”, promoviendo así a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores.

Existen dos vías a las cuales los padres pueden recurrir para poder obtener un régimen de visitas, puede ser mediante la conciliación extrajudicial o por la vía judicial.

Por la vía de la conciliación extrajudicial, dado a que es una manera rápida y económica de resolver los conflictos con la colaboración de un tercero llamado conciliador, facilita la comunicación entre las partes, lo que permite superar las diferencias y arribar acuerdos que satisfacen a todos. Estos centros de conciliación son muy útiles para evitar un proceso largo, tedioso y caro en el Poder Judicial, - no es obligatorio ir a la conciliación en materias de Derecho de Familia - , siendo de carácter obligatorio como requisito de procedibilidad la conciliación en materias de Derecho de

Familia según lo estipulado en el Art. 6 en concordancia con el Art. 9 de la Ley de Conciliación Extrajudicial Ley 26872, la misma que existe como parte de la cultura de paz establecida como política del Estado en la Ley de Conciliación.¹

Ahora, por la vía judicial, se tramita mediante la vía procedimental del proceso único de acuerdo a lo prescrito en el Art. 161 en concordancia con el Art. 164 y el Art. 182 del Código de los Niños y Adolescentes, se da en el evento de no existir acuerdo entre los padres y frente al fracaso de la intervención de un mediador. En un proceso directo de establecimiento del régimen, o en los casos de sentencias que resuelven los casos de separación de cuerpos, divorcio, nulidad o tenencia se considera el régimen del caso para el padre que no tendrá al menor en lo cotidiano.²

Así mismo, en este régimen de visitas también existen dos modalidades en las que se puede dar esta figura, que son:

- Régimen de Visitas sin externamiento: no poder salir a la calle con los hijos.
- Régimen de Visitas con externamiento: poder salir a la calle con los hijos.³

Como bien se sabe, es que la protección del Interés Superior del Niño, concepto que toma más importancia en materia de familia, surge como el deber primordial que la Convención Internacional de Derechos del Niño le impone a los Estados y establece que los derechos de los niños deben

¹ (<https://www.minjus.gob.pe/conciliacion-extrajudicial/>)

² (<http://www.divorciosporinternet.com/regimen-de-visitas-peru>)

³ (<http://www.abogadodefamilia.pe/regimendevisitas.html>)

ponderarse de un modo prioritario por sobre otros derechos; se puede definir como un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el aspecto físico, psíquico y social que tiene como finalidad asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del niño así como su desarrollo integral.

Se considera que el derecho-deber a mantener una relación directa y regular es un derecho subjetivo filial, que tiene como titular, tanto al niño o niña como a sus progenitores y demás familiares, quienes también tienen el legítimo interés de petitionarlo permitiendo el desarrollo y la consolidación de los lazos familiares, tal y como lo señala el Art. 90 del Código del Niño y del Adolescente, que reconoce el derecho de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique.

Como bien se sabe las “visitas” fortalecen la estabilidad emocional de los hijos, permitiendo que estos crezcan en un ambiente de afecto y de seguridad -psicológica y física lo cual logra disminuir el impacto traumático que se les genera al enfrentar una separación, atenuando el "sentimiento de abandono", tanto en el niño como en los padres, y estimula en todos los miembros de la familia la participación en las decisiones cotidianas, previniendo desatender las necesidades materiales y/o emocionales del niño.

Uno de los problemas que esta institución del régimen de visitas presenta, es su terminología, ya que la palabra “visitas” es muy limitada, pues no alcanza a recoger y dar cuenta de su amplio contenido. El vocablo “visitas” se

relaciona sólo con la concurrencia del padre o madre a la morada del hijo, limitando el derecho sólo a la reunión presencial, durante un período limitado de tiempo de estar en contacto y de mantener una plena y fluida comunicación con el niño o niña; limitándolo meramente a una idea de contacto físico.

En esta materia debemos de tener en cuenta que las visitas, comunicación y relaciones de los hijos con el progenitor no custodio, constituyen un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar su fin, claro que cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen. Este anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio por causas imputables a los padres pueden ser un obstáculo para que no se le reconozca.

Es muy común que, decretado un régimen, el mismo en la mayoría de los casos no sea respetado por la parte que tiene la tenencia del menor, como sucede cuando el padre que no convive con el menor cumpliendo con la obligación de alimentos este se ve impedido de visitar al mismo por causas imputables al padre que convive con el menor, cuando el padre o madre se encuentra fuera del país por motivos laborales, o se encuentra dentro del territorio nacional pero bajo un régimen laboral minero entre otros, por lo

que tal y como sucede en otras legislaciones, el no permitir el cumplimiento del régimen debería determinar un delito, restringiendo al padre el derecho de visitar a su hijo y al niño el derecho de relacionarse con su padre, por lo que ante la actual carencia de nuestra legislación respecto al régimen de visitas para los casos mencionados entre otros, se debería de regular el régimen de visitas mediante videollamadas, buscando de esta manera una modalidad alterna a la presencial, que el Estado debe considerar legislar como mecanismo de protección de los derechos del niño y adolescente.

El establecimiento de este régimen debe ser rápido y efectivo en interés de la preservación de los lazos familiares o afectivos, dado que la demora judicial no puede afectar las relaciones naturales y menos el desarrollo del menor. Es en esta línea que se viene buscando generar más facilidades a los padres para ejercer este derecho a visita en caso de rupturas matrimoniales.

Hoy en día la tecnología avanza a pasos agigantados influyendo de manera radical en la forma en como llevamos nuestras vidas y como nos comunicamos con los demás, por lo que es necesario a veces adaptar la norma a la realidad sin hacer perder a aquella su valor, ni entorpecer la evolución de la realidad social; por ejemplo puede ser lo que ha pasado con los avances tecnológicos más recientes como son los nuevos teléfonos móviles, las tablets, brindándonos un fácil acceso a redes sociales como Facebook, Skype, Whatsapp entre otros, que permiten el uso de videollamadas, permitiendo de esta manera comunicaciones más frecuentes. Son de fácil acceso y mejoran el contacto informativo, afectivo y también presencial permitiendo a los niños, especialmente, sentirse constantemente

vinculados a sus padres u otras figuras afectivas importantes; su introducción en los litigios de familia en otros países es cada vez más frecuente como complemento del régimen de visitas, siendo esta una de las áreas de mayor innovación y creatividad.

Estas instituciones, que tienen carácter civil y focalizado en el interés superior del menor, difícilmente podrían ser rechazadas de plano, de poder darse una oportuna cobertura legal en el proceso.

La Convención de Derechos del Niño contempla un extenso fundamento de los principios básicos reconocidos por Naciones Unidas como base para la concepción de la niñez a nivel internacional; entre los cuales podemos mencionar la libertad, la justicia, la paz, la igualdad y la dignidad. Se entiende que en razón de su vulnerabilidad, tal como se expresó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los niños, niñas y adolescentes necesitan de una protección especial por parte de la normativa jurídica, por lo que, en las disposiciones contenidas, se consagran principios específicos que pueden resumirse en cuatro pilares, como son: el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; la no discriminación; el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído. Estos principios deben ser una garantía que determine el contenido de las legislaciones de los países suscriptores y la aplicación de ésta.

Sin embargo, en el país no existe una legislación específica que contemple la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su hijo, ya que actualmente el régimen de visitas se encuentra limitado al tema presencial, por lo que implicaría que este régimen debería de

adaptarse a la actualidad utilizando las herramientas que la tecnología hoy en día nos entrega, con el objeto esencial de ampliar el régimen de visitas incorporado una nueva figura como el medio de comunicación electrónico a través de las videollamadas entre progenitores e hijos con la finalidad de que no solo se entable una comunicación verbal si no visual, transmitiendo sensación de cercanía.

Desde mi punto de vista garantizaría de forma suficiente las múltiples situaciones que se dan en nuestra realidad nacional como, por ejemplo:

- Como complemento a un régimen de relación directa y regular
- Como primer paso a una vinculación o re vinculación paternal
- En caso que uno de los padres se encuentre privado de libertad
- En caso que el progenitor o progenitora y sus hijos residan en distintos países o ciudades.
- En el caso de padres que trabajan bajo un régimen minero.

Como respuesta a los cambios introducidos por la tecnología surgió la necesidad de regular legalmente la posibilidad de ejercer la relación directa y regular a través de medios electrónicos que permiten el uso de videollamadas, la primera legislación en la materia fue promulgada en el Estado de Utah, Estados Unidos el año 2004, permitiendo a todos los padres sin el cuidado personal de sus hijos solicitar al tribunal el establecimiento de un régimen de “visitas electrónicas”, complementario al Código de Utah, con fecha 7 de Junio de 2013, con el objeto de maximizar la continuidad y estabilidad en la vida del niño o niña.

Actualmente, en Estados Unidos ya son siete los estados que cuentan con regulación expresa de “visitas electrónicas” y diecinueve se encuentran tramitando proyectos de ley en la materia. Las legislaciones comparten principios comunes; priorizan el acuerdo entre los padres en materia de relación directa y regular; establecen las “visitas electrónicas” como complemento a las presenciales; y establecen su fundamento en el interés superior del niño. Siguiendo la misma línea Puerto Rico se convirtió en el primer país latinoamericano en establecer una “Ley de Visitas Virtuales” en el año 2011. En Colombia se ha optado por reglamentar las visitas virtuales a través de decretos administrativos, con el propósito de establecer el derecho de las personas privadas de libertad de comunicarse con sus familias. La Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario estableció el programa de visitas virtuales para la población reclusa a partir de febrero de 2009 a nivel nacional. Para acceder a la visita virtual el interno o interna debe cumplir los siguientes requisitos: (i) estar condenado, (ii) demostrar buena conducta, y (iii) no haber recibido visitas de sus seres queridos por motivos geográficos, esto se refiere a que su familia tenga su domicilio en un lugar diferente al del establecimiento penitenciario.

Desde el punto de vista constitucional, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Constitución Política del Perú en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente,(...)”. Tal contenido es reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por

la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. Es necesario precisar que, conforme se desprende, la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció señalando que, mayor importancia reviste para un estado y su colectividad proteger a la infancia.

De este modo, 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 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.

Es así como el derecho a mantener una relación directa y regular está concebido como un medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación entre personas unidas por un vínculo de filiación o parentesco.

En resumen, el parentesco en tanto relación sanguínea y la relación afectiva en tanto deriva del vínculo que se mantuvo con el niño o niña previo a la separación y que se busca mantener intacto en aras del normal desarrollo de ellos, son los fundamentos que darían pie al otorgamiento del derecho deber de relación directa y regular por medio de video llamadas, y atendida la importancia de él, se justificaría ampliamente su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de que el estado regule esta modalidad como una alternativa ventajosa en pro del menor.

Por lo que el objetivo es realizar una investigación sobre la justificación de legislar específicamente sobre el ejercicio de la relación directa y regular a través de las nuevas tecnologías, buscando primero su marco de funcionamiento, intentando establecer parámetros o límites a su ejercicio, y principalmente analizándola como un hecho actual, que necesita de especial atención por parte del ordenamiento jurídico y sus implicancias en la familia y en la vida del niño, niña o adolescente, cuya finalidad es de impartir una mejor comunicación, en específico la relación directa y regular a través de la regulación de las video llamadas en el régimen de visitas pudiendo observarse como un modo útil de complementar el ejercicio regular y presencial de la relación directa y regular teniendo como principal cuidado el Interés Superior del Niño.

1.1.2 Enunciado del problema

¿Cuáles son las razones jurídicas que permiten incorporar a la Institución Jurídica del Régimen de visitas la modalidad de las video llamadas ante la

ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su menor hijo?

1.2. Hipótesis

- Las razones jurídicas que permiten incorporar a la Institución Jurídica del Régimen de Visitas la modalidad de las video llamadas ante la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su menor hijo, es que en base al Interés Superior del niño el Estado está en la obligación de crear instrumentos jurídicos que tiendan a asegurar el bienestar del niño en el aspecto físico, psíquico y social con la finalidad de lograr un desarrollo integral del menor.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

- Determinar cuáles son las razones jurídicas que permiten incorporar a la Institución Jurídica del Régimen de Visitas la modalidad de las videollamadas ante la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su menor hijo.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Analizar los alcances y límites del instituto jurídico del régimen de visitas en nuestra legislación.
- Establecer los fundamentos doctrinarios del Principio del Interés Superior del Niño.

- Demostrar las razones que justifican la regulación de las vídeollamadas en el Régimen de Visitas.

1.4. Justificación

La presente investigación se basa en la justificación de legislar específicamente sobre el ejercicio de la relación directa y regular a través de las nuevas tecnologías, buscando primero su marco de funcionamiento, intentando establecer parámetros o límites a su ejercicio, y principalmente analizándola como un hecho actual, que necesita de especial atención por parte del ordenamiento jurídico y sus implicancias en la familia y en la vida del niño, niña o adolescente, cuya finalidad es de impartir una mejor comunicación, en específico la relación directa y regular a través de la regulación de las video llamadas en el régimen de visitas pudiendo observarse como un modo útil de complementar el ejercicio regular y presencial de la relación directa y regular teniendo como principal cuidado el Interés Superior del Niño, ya que actualmente en nuestra legislación se encuentra limitada al tema presencial.

CAPITULO II. MARCO TEÓRICO

2.1 Bases Teóricas

SUB-CAPITULO I

2.1.1 Fundamentos Doctrinarios del Principio del Interés Superior del Niño

1. Fundamentos Doctrinarios del Principio del Interés Superior del Niño

Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño." Este principio nos invita a desprendernos de lo que hasta ahora habíamos considerado como ese interés, es decir, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.⁴

Resulta importante comenzar con el principio del "Interés Superior del Niño", calificado por la doctrina moderna como un concepto jurídico indeterminado. El juez o jueza de protección por sus atribuciones tan especiales de dirimir conflictos de índole familiar goza de un gran poder discrecional, denominado en la doctrina como la "Apreciación Soberana

⁴ Convención de los Derechos de los Niños y Adolescentes, Art. 3., Suscrita en la Asamblea de Naciones Unidas, con fecha 20 de Noviembre de 1989, ratificada por Perú en 1990.

del Juez”); y debe ser un instrumento de apoyo o criterio orientador para decidir el asunto que se le ha sometido a su conocimiento. La vía adecuada sería precisar el interés del niño en cada caso concreto, es decir, analizando las condiciones particulares del asunto en específico y ponderar qué sería lo más conveniente para ese niño o niña, considerados y expuestos en el pronunciamiento judicial.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención. Al respecto, CILLERO lo considera un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.⁵

Ahora bien, está claro que este interés superior del niño como principio no se agota en el referido texto legal, sino que va mucho más allá complementándose con las expresiones efectuadas del mismo en la Constitución de la República y en los Convenios Internacionales

⁵ CILLERO, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

suscritos por el Estado. En tal sentido, este interés hoy día se refleja en el tratamiento dado al niño o niña ya no como sujeto tutelado sino como sujeto de derechos; derecho a la vida, a crecer, a una buena salud, a disfrutar de una buena alimentación, a ser protegido de discriminaciones o castigos, a que sus padres sean responsables ante él y le provean de bienestar, a una educación adecuada, a expresar su opinión libremente, etc.; es decir, a todo aquello que le permita tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y el de la sociedad. De allí que para procurar ese interés a favor de los niños, niñas y adolescentes deben los progenitores de éstos, así como los hombres y mujeres considerados individualmente, las organizaciones públicas y privadas, los gobiernos y sus autoridades, reconocer los derechos del sujeto menor de edad y colaborar en el efectivo goce y observancia de tales derechos, cada quien en el ámbito de su competencia.

En el orden doctrinal, diversas son las opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés del menor, como variadas son también las perspectivas psicosociales y jurídicas desde las que ha sido contemplado. Roca Trías (1994 y 1999), tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su

personalidad. Por último, Roca Trías partiendo de la base de que la personalidad jurídica trae causa del concepto de persona, afirma que el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad. De acuerdo con este primer punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad. Bajo un prisma más internacionalista, Borrás (1994) sostiene que partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

Ahora bien, y volviendo a la visión dinámica a la que antes hacíamos referencia, los mencionados derechos han sufrido una importante evolución, pasando de un estadio en el que predominaba el poder paterno, a una etapa en la que prevalecen los derechos del individuo. En este sentido, siguiendo la tendencia iniciada por Borrás (1994), podemos apuntar cómo esa evolución queda patente en diversos Convenios de La Haya que, cronológicamente, abarcan desde 1902 hasta 1996, año en que la Conferencia de La Haya adoptó el Convenio de 19 de octubre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes. Otros autores (Joyal, 1991) definen el interés superior del niño como la unión entre sus

necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley.

Una definición un tanto parcial y limitada (Sánchez, 1999 y Seijas, 1997) es la que entiende que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando.

En consecuencia, el interés superior del niño es una noción abstracta que lleva al juez a la toma de decisiones, con base en todas las pruebas que se le ofrecen en el proceso. No obstante no podemos en modo alguno compartir esta última opinión, pues la aplicación de dicha cláusula no sólo le corresponde a la autoridad judicial, hay que recordar que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño cita, además del juez, a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; y, posteriormente, en su artículo 18.1, cita a los padres o representantes legales.

De acuerdo con lo anterior, el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general. Partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su concepción (de acuerdo con el art. 2. Inciso 1 de la Constitución

Política del Perú) el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales a las personas. En consecuencia, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas de forma independiente para reclamar su efectividad. Ahora bien, si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente con identificar, tal y como acabamos de realizar, el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, desde un punto de vista humano, y aún más tratándose de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese individuo, al equilibrio emocional y afectivo que tanto pueden contribuir a la formación y desarrollo de su personalidad: porque ni el interés (del menor) ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana concreta.

2. El Interés Superior del Niño en la legislación nacional

A partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño por el Perú el 04 de Setiembre del 1990, empezaron a proliferar una serie de normas que empezaron a tratar al interés superior del niño como

un principio, no obstante ya existían una serie de normas en el derecho de familia que hacía referencia al tema.

Es así que el Código Civil de 1984 establece lo siguiente:

En su artículo 345 que en caso de separación convencional o separación de hecho el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

En su artículo 421 respecto a la patria potestad: “el juez puede confiar a un curador, la guarda de la persona o los bienes del hijo, **si así lo exige el interés de éste**, cuando el padre no tenga la patria potestad”.

Respecto a la enajenación de los bienes del menor, en su Artículo 453: “El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requiera los intereses del hijo”.

En cuanto a la inversión del dinero del menor, si no se hace en predios o en cédulas hipotecarias, los padres necesitan autorización judicial. “esta autorización será otorgada cuando lo requieran o aconsejen **los intereses del hijo**”.

En lo correspondiente a la tutela en el Artículo 554, “será removido de la tutela: 12.- El que cause perjuicio al menor **en su persona o intereses**”.

En cuanto al curador, “se nombrara curador especial cuando: 1. **Los intereses de los hijos** estén en oposición a los de sus padres que ejercen la patria potestad (...) 4. **Los intereses de los sujetos a tutela (...)** estén en oposición a los de sus tutores o curadores (artículo 606)

Con relación al consejo de familia, “Habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores (Artículo 619). “ Si es justificada la causa que alegue algún miembro del consejo para no asistir a una reunión, el juez podrá diferirla para otro día siempre que lo crea conveniente y no se perjudiquen los **intereses del menor** (artículo 643) Por último, en situación de urgencia, corresponde también al juez de primera instancia o en su caso a la Sala Civil de la Corte superior, dictar (...), las providencias que favorezcan a la persona o **intereses de los menores** (...), cuando haya retardo en la formación del consejo u obstáculos que impidan su reunión o que entorpezcan sus deliberaciones (artículo 654).⁶

Por su parte, la Constitución del Perú establece en su artículo 4 lo siguiente: “la comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...) “, no haciendo referencia expresamente al interés superior del niño pero se entiende que alude a él. Así lo ha reconocido el tribunal constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución a través del Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niño y Adolescentes precisando que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el estado a través de los Poderes Ejecutivos y Ministerio Publico, entre otros, se debe considerar y dar prioridad al interés del superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos fundamentales.

⁶ Gaceta Civil & Procesal Civil N° 53, Noviembre 2017, Pág. 90, GACETA JURIDICA S.A., Imprenta Editorial El Búho EIRL, Lima Perú.

Si bien existe un orden de jerarquías dentro de la constitución, es un hecho incontrovertible que mayor importancia para el Estado y la sociedad se le debe dar a la infancia y más aún si se encuentra en situación de abandono, ya que si la sociedad se muestra indiferente y permite la desprotección de la niñez lo único que ocasionaría sería paradójicamente la inseguridad de ellos.

El Código de los Niños y Adolescentes incorpora el Interés Superior del Niño como un verdadero principio reconocido en el artículo IX de su título preliminar establece: “ 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, de los Gobiernos Regionales, de los Gobiernos Locales y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, **se considerara el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos**”.

La Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Tercer Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación: N° 4664-2010-Puno, ha establecido como pleno judicial vinculante lo siguiente:

“Pese a su corta edad muchos niños se ven involucrados en procesos judiciales de alimentos, filiación, divorcio, disposición de bienes, etc., otros participan en procesos penales ya sea en calidad de víctimas, testigos o imputados. En todos esos casos se deben compaginar muchos intereses: padres, niños, estado, intereses públicos, intereses privados, etc. Los que con base en una evaluación de la situación concreta permiten adoptar una decisión alienada al interés superior del niño.

Ningún caso es igual que el otro, se tiene que prestar atención a la situación concreta de cada menor para la aplicación de las normas de protección del mismo ya que de esa manera se estaría protegiendo al interés superior del niño.

Finalmente al Decreto Legislativo N° 1297 para la protección de niños y niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos; refiere que para la aplicación de las normas se debe de tener en cuenta unos principios, entre ellos el interés superior del niño (artículo. 4 inc. G), el cual es un “derecho sustancial, principio de interpretación y noma de procedimiento (...)”. Además la norma fija criterios para determinarlo: respetar los vínculos familiares y favorecer el apoyo a la familia de origen como medida de protección prioritaria.

De todo lo analizado anteriormente se puede ver que el estado peruano se encuentra comprometido con la protección de la niñez, pero que no solo basta con la existencia de las normas referidas a la protección del niño sino que se requiere del compromiso de parte de todos, no solo de la entidades estatales y publicas sino también de la comunidad en general, hacer que el niño logre su desarrollo integral y velar porque sus derechos se respeten es el objetivo principal del Estado, indudablemente este debe ser preferido antes que cualquier interés.

3. El Interés Superior del Niño en la legislación Española

En el ordenamiento jurídico español también se han adoptado una serie de medidas que protegen el interés superior del niño, se espera que los

tribunales y aquel que esté en contacto con el niño respeten este principio.

Este derecho constitucional vincula a todos los estados desde su artículo 53.3; este derecho deriva del artículo 39 de la constitución y de los tratados internacionales que velan por los derechos de los niños.

En el artículo 154.2 del Código Civil dice “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”, y el artículo 170 prescribe que la recuperación de la patria potestad se podrá acordar (...) en beneficio del interés del hijo.”

Posteriormente la Ley 13/1983 del 24 de octubre, mediante la cual se modificó el código civil en materia de tutela también lo recoge el Art. 216 establece que “las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado (...).

Finalmente en la ley 21/1987 se regula de modo expreso en materia de constitución de la adopción art. 176.1: “Que se tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado”, en el Artículo 180 que se dispone que la impugnación de la adopción allí regulada no debe “perjudicar gravemente al menor” y en el Art. 172.4 que prescribe que el acogimiento o guarda de los hermanos se “confía a una misma persona siempre que redunde en interés del menor”, pero este principio no solo ha interesado al derecho sino también al campo de la psicología, sociología y pedagogía.

No se puede definir exactamente este principio pues no resulta del todo conveniente porque si se define sería imprecisa e incompleta: el bien del

niño solo posee contenido concreto cuando se observa en un caso particular.

Sin embargo, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescente, atendiendo a las recomendación del comité de los derechos del niño de naciones unidas y a la jurisprudencia del tribunal supremo , ha dotado de un contenido detallado a este principio, signándole un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento ya que se considera un concepto jurídico indeterminado y por ello para dotar de contenido al concepto mencionado se modificó el art 2 incorporando tanto la jurisprudencia del tribunal supremo de los últimos años como los criterios de la observación general N° 14 del 29 de Mayo del 2013 del comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño.⁷

⁷ Gaceta Civil & Procesal Civil N° 53, Noviembre 2017, Pág. 94, GACETA JURIDICA S.A., Imprenta Editorial El Búho EIRL, Lima Perú

SUB CAPITULO II

2.1.2. Alcances y límites del Instituto Jurídico del Régimen de Visitas en nuestra legislación

1. Instituciones relacionadas con el Régimen De Visitas

1.1. La Patria Potestad

La principal vinculación jurídica entre padre-madre e hijos es la institución de la patria potestad, porque abarca un conjunto amplísimo de deberes y facultades que se desprenden de la relación paterno-filial. Para entender los aspectos relevantes del Derecho de Visita debemos vincularla con la institución de la patria potestad, que comprende el conjunto de deberes y derechos que tienen los progenitores sobre sus hijos o hijas que no hayan alcanzado la mayoría de edad y que se refiere al cuidado, desarrollo y educación integral de los mismos.

El artículo 74 del Código de los Niños y del Adolescentes define a la patria potestad al “...*conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos*”. Los rasgos característicos de esta institución son: la ejerce en exclusiva el padre y la madre; su ejercicio puede ser conjunto o individual; implica cargas u obligaciones más 2que derechos; está organizada en función del

interés de los hijos e hijas; es personalísima: y, la autoridad se ejerce en forma conjunta por los progenitores.⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño. Por ello, se postula que en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos.

Esta normativa revela la verdadera función de los poderes que se atribuyen a los padres en relación con sus hijos, pues como muestra la evolución histórica de la institución, esos poderes se otorgan para el cumplimiento de los deberes que se imponen a los padres y, por tanto, en beneficio del hijo. Aunque la actual regulación legal no expresa esa función en interés del hijo, la Convención sobre los Derechos del Niño completa el vacío.

Nuestro Código Civil en su artículo 423, y en forma reiterativa el Código de los Niños y Adolescentes, enumeran los deberes y facultades de la patria potestad; los que se pueden resumir de la siguiente manera:

Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, corregirlos

⁸ Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, Art.-. 74, JURISTA EDITORES E.I.R.L., Setiembre 2008, Trujillo.

moderadamente, representarlos, administrar y usufructuar sus bienes.

Por ello, la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar, mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndola como institución establecida en beneficio de éstos. En ella están estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones, los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley.

1.2. La Coparentabilidad

La coparentalidad es un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus progenitores vivan juntos o no y es simplemente reconocerle a ambos la "autoridad parental" o el derecho y el deber de ejercer la "coparentalidad". La coparentalidad involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos e hijas de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo,

capaz de ejercer su rol y el del otro, pero, cada uno conserva su personalidad.

Así, el ejercicio de la coparentalidad tras la separación resulta mucho más eficaz cuando los progenitores han llegado a un acuerdo mutuo; por eso la legislación insiste en la conveniencia de que esos progenitores que se separan presenten al juez de protección un "plan de coparentalidad" o "plan de responsabilidad parental", establecido por mutuo acuerdo, teniendo como punto de partida la igualdad de derechos y obligaciones de ambos padres; si ello se logra, los progenitores tendrán menos interés en adoptar planteamientos contenciosos y alimentar las discrepancias, ya que nada tendrán que ganar con ello.

Desde esta perspectiva, la relación paterna, aún después de la separación o divorcio, permite a los hijos e hijas la interiorización de normas conductuales y modelos vivenciales necesarios para su formación integral. En este sentido, la función parental post separación de la pareja, debe ser compartida por ambos progenitores, ya que tendrán que tomar una serie de decisiones que van a afectar la crianza de los hijos e hijas especialmente aquellas relacionadas con la residencia, la enseñanza, la salud, etcétera.

1.3. La Guarda

Dentro de los atributos de la patria potestad está el relativo a la guarda de los hijos, ella constituye el objetivo fundamental de

los progenitores, ya que comporta la retención de la persona del hijo o hija y la implicación afectiva que esto conlleva, lo cual ha traído como consecuencia, que la guarda se haya ido separando de la patria potestad, no solo desde el punto de vista de la doctrina delimitándose como atributo, sino que desde el punto de vista procedimental se ha configurado como un elemento autónomo, que constituye un objetivo a ser alcanzado aún con mayor relevancia práctica que la patria potestad. De esta manera, la guarda como atributo primordial de la patria potestad está concebida básicamente como un poder del progenitor o progenitora sobre el hijo o hija, ejercida usualmente conforme a los criterios de dominio de quien detenta la guarda, sin considerar que el interés del hijo o hija debía tener preeminencia, en razón de que se encuentra en estado de formación y desarrollo físico e intelectual y que su interés puede estar en contradicción con los intereses del progenitor guardador o guardadora.

Por su lado, el jurista venezolano José Luis Aguilar Gorrondona (1989) ha definido la guarda como el régimen de protección de los hijos menores de edad no emancipados, donde el cuidado de ellos está encomendado a uno de sus progenitores, definida como el régimen de protección y no simplemente como régimen de incapaces, porque la guarda, además de subsanar la incapacidad del hijo, provee el gobierno de su persona.

1.4. La Custodia

Cuando hablamos de custodia del menor y régimen de visitas nos referimos a aquellos casos en que los niños tienen padre y madre y ambos pugnan por tenerlos a su lado y también pugnan por verlos, debido a que ambos padres tienen iguales derechos dado a que ambos ejercen la patria potestad, lo que les autoriza a velar por sus bienes e interés.

El Código de los niños y del adolescente en su artículo 81 establece que cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescente se determina en primer lugar de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del menor. Este acuerdo para que tenga fuerza legal deberá formalizarse ante un centro de conciliación extrajudicial.

La misma norma establece que en caso de no existir acuerdo o si este resultara perjudicial para el menor, la tenencia la resolverá el Juez Especializado de familia, quien podrá disponer las medidas necesarias para su cumplimiento o la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o adolescente.

1.5. Alimentos

Toda persona humana, como sujeto de este derecho esencial, requiere además de subsistir, desarrollarse como tal, para lo cual necesita de otros factores esenciales como: salud, educación, vivienda, recreo, entre otros, y es en razón de ello que en el

campo del Derecho se ha elaborado un concepto jurídico con un sentido más amplio, que es recogido por las legislaciones de cada país.

En el caso del Perú, el artículo 472 del Código Civil, aplicable en forma genérica para adultos, ha sido modificado para los casos de menores por el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 92 con el siguiente texto: «Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post- parto».

En consecuencia, los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por cuya razón se considera que toda omisión en su cumplimiento es un verdadero atentado contra los Derechos Humanos.

Encontrarse al día respecto de la obligación alimentaria, es un requisito para entablar la demanda de régimen de visitas, ya que es una obligación que unilateralmente tiene el padre a su hijo, mientras este sea menor de edad; o caso contrario demostrar la imposibilidad de cumplir con la mencionada obligación.

2. Concepto del instituto jurídico del Régimen de Visitas

Es el derecho que tienen los padres de mantener contacto con sus hijos. Se trata de un derecho-deber que se traduce en la necesidad de mantener adecuada comunicación del padre o madre con sus hijos.

Se define el régimen de visitas, como la noción de la propia esencia del ser humano, ya que ésta lleva en su contenido las posibilidades de vinculación entre ascendientes y descendientes. Este debe estar constituido tomando en cuenta no solo el interés superior del niño o del adolescente, sino el interés de los progenitores y abuelos, quienes al sufrir una separación del mismo, éstos estarán intrínsecamente afectados.

El derecho de visitas se debe entender construido, no sólo en interés del hijo o hija y para su beneficio (así lo conciben algunos) sino también en interés de los progenitores. Se concibe, igualmente, a favor del ex-guardador o ex-guardadora, quién se supone unido al niño, niña y/o adolescente que tuvo bajo su custodia y vigilancia.

Los problemas se generan cuando se plantea alcanzar este derecho a través del régimen de visitas solicitado por el progenitor no conviviente al juez de protección. Es probable que el debate judicial contencioso generado por el derecho de frecuentación que tienen el padre o la madre con los hijos e hijas cuando no vivan juntos, sea de los más complejos y difíciles, la maraña de intereses en juego que tienen los progenitores luego de una ruptura familiar los hace buscar auxilio en modalidades de litigios "en nombre de sus hijos" como una forma de continuar reeditando disputas producto de sus conflictos no resueltos. Uno de esos litigios llevados a la escena judicial es la llamada "solicitud de régimen de visitas" que frecuentemente atienden nuestros

tribunales. Se trata de conflictos judiciales donde lo jurídico no siempre resuelve el problema, es más, podríamos afirmar que el derecho será insuficiente o hasta ajeno para el encuentro de una buena solución.

Si bien la dinámica de los conflictos familiares hace que puedan darse desacuerdos severos que son llevados a los tribunales de protección entre los distintos miembros de la familia en relación con el derecho a comunicarse con el niño, niña o adolescente en el presente trabajo solamente se hará referencia a aquellos desacuerdos severos que se suscitan principalmente entre progenitores no convivientes con sus hijos (niños, niñas o adolescentes) cuando éstos habitan, bien sea con el otro progenitor, bien sea con un pariente o con un tercero, en el deseo de ejercer el derecho de mantener un contacto cercano con el niño, niña o adolescente de la manera más sana y provechosa posible.

2.1. La visita de otros parientes y de terceras personas

En nuestro Código del Niño y del Adolescente, la visita de otros parientes y de terceras personas está estipulada en el Artículo 90° que permite la extensión del Régimen de Visitas siempre y cuando el Interés Superior del Niño así lo justifique.

Los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces deberán permitir el contacto con sus demás parientes con quienes recíprocamente se deban alimentos, estos son los abuelos y demás ascendientes, los descendientes, hermanos, y medio hermanos, y los parientes por afinidad en segundo grado que vendrían a ser los cuñados y suegros.

Es necesario que así sea ya que si se rompiera esos lazos familiares se estaría atentando contra el interés superior del niño aun cuando este respondiera a la responsabilidad de la persona que ejerce la patria potestad, ya que si se produciría sin justificadas razones la ruptura se estaría haciendo el ejercicio abusivo de la patria potestad, que se atiende a evitar.

Según el artículo 5 de la CDN (Convención de los Derechos del Niño y Adolescente) consideran que la familia es la “ampliada” la que conforma el círculo familiar consanguíneo que rodea al niño incluyéndose sea el caso de las personas que se encuentran a cargo del cuidado del menor aun cuando no sean parientes del mismo.

Así mismo en los artículos 8 y 9 de la CDN resaltan los vínculos familiares al incluir las relaciones familiares del niño como parte de su derecho a la identidad, puesto que esta no solo comprende su nombre y nacionalidad si no también la presencia de sus hermanos, abuelos y otros parientes.

A continuación, se hace referencia separadamente a las visitas de los abuelos, de otros parientes y de terceros no parientes.

2.2. La visita de los abuelos

Sin duda, los abuelos son parientes del menor que después de los padres son los parientes más próximos por la cercanía tanto consanguínea como de afecto; están indudablemente facultados para pedir un régimen de visitas aun contra la voluntad de los

titulares del ejercicio de la patria potestad ante el juez especializado.

2.3. La vista de otros parientes

El círculo familiar de los niños también comprende a los parientes hasta el cuarto grados de consanguinidad, es decir los hermanos, los tíos, los sobrinos carnales y los primos hermanos, parientes que también tiene el derecho a reclamar un derecho de relación o frecuentación.

2.4. La visita de terceros no parientes

Es común que el menor en el transcurso de su crecimiento y formación haya desarrollado relación estrecha con terceras personas no parientes y que deben mantenerse por ser convenientes para el niño por haberse constituido en una pieza importante en su vida y que al entrar en conflicto con sus progenitores surge el problema para poder comunicarse con ellos, es así que el artículo 90 del código del niño y del adolescente permite la visita de los no parientes facultándoles el derecho a petitionarlo mediante vía judicial.

Estas personas pueden ser por ejemplo: la persona que haya contribuido a la crianza de los hijos a título de empleada doméstica y que haya desarrollado fuertes lazos afectivos; en caso de divorcio o de una reestructuración familiar, el tema de los hijastros es un tema frecuente sobre todo cuando se han desarrollado roles

parentales en la época de convivencia y se haya desarrollado fuertes lazos afectivos.

3. Alcances del instituto jurídico del Régimen de Visitas en nuestra legislación

En nuestro país el tema de las separaciones de pareja (divorcio, separación convencional o ruptura de unión de hecho) se ha abordado de manera normal, sin considerar la realidad que enfrentan los hijos al observar que sus padres se separan y que cada quién escoge su camino poniéndolos en algunos casos a decidir con quién vivir o con quién quedarse.

Entrando en el tema podemos decir que el derecho de visitas, es el derecho que tiene todo progenitor que no cuenta con la tenencia de sus hijos y el derecho a las visitas regulares, esta garantía la otorga el Juez o el Conciliador de acuerdo a la vía a la que hayan recurrido los progenitores a favor de ellos mismos y se traduce en un lapso de tiempo determinado y exclusivo para que los progenitores compartan con sus hijos a fin de coadyuvar a un mejor desarrollo del niño, niña y adolescente.

Por la vía de la conciliación extrajudicial regulada por la Ley de Conciliación Extrajudicial – Ley 26872; la conciliación es una institución que se constituye como mecanismo alternativo para la solución de conflictos por la cual las partes acuden a a fin de que se le asista en la búsqueda de una solución del conflicto (art. 5 de la ley de conciliación extrajudicial)

Es una vía alternativa con la finalidad de evitar un proceso tedioso y largo en el Poder Judicial en donde el Conciliador que es una persona capacitada que desarrolla su función de manera neutral e imparcial facilita la

comunicación de las partes arribando a un acuerdo común que satisfaga sus intereses, atendiendo al principio del interés superior del niño y dentro de lo que la ley, permite ya que según el Artículo 6° en concordancia con el Artículo 9° establecen que en materia de familia es obligatoria la conciliación en asuntos relaciones al derecho de familia las pretensiones que versen sobre alimentos , régimen de visitas y violencia familiar.

Ahora, mediante la vía judicial el proceso del régimen de visitas respecto de un niño o adolescente se tramita mediante un Proceso Único según lo establecido en el Artículo 160° inc. C y Artículo 161° del C.N.A) se encuentra en el capítulo III (“Régimen de Visitas”) del Título I (“La Familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes “) del Libro Tercero (“Instituciones familiares”) del Código de los niños y Adolescentes (Ley N° 27337), en los artículos 88 al 91.

Cabe indicar que en el Artículo 84° literal C) del Código del Niño y del Adolescente se señala que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia del niño el juez resolverá señalando un régimen de visitas para el progenitor que no cuente con la custodia del mismo.

El órgano jurisdiccional competente para conocer el proceso de fijación de régimen de visitas es el Juez Especializado en Familia pues ello se infiere del Artículo 133, Artículo 137 inciso a) y 160 inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, siendo el que tiene la legitimidad activa para iniciar el proceso el padre que no cuenta con la tenencia o custodia y cuidado del menor el cual deberá presentar la demanda correspondiente anexando la partida de nacimiento que acredita el entroncamiento con el menor así como la prueba referida al cumplimiento o incumplimiento de la obligación

alimentaria respectiva; en caso de que los padres hubieran fallecido, se desconociera su paradero o se encontrara fuera del lugar de domicilio el código faculta a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre para petitionar el régimen de visitas (Artículo 88 – parte final del primer párrafo del C.N.A) así mismo también lo pueden solicitar los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y los terceros no parientes siempre y cuando el interés superior del niño así lo justifique según lo establecido en el Artículo 90° del código en mención.

Si la situación lo requiere el padre o la madre que haya sido impedido o limitado de visitar al menor puede solicitar un régimen provisional (parte infine del Artículo 88°)

El Juez para poder resolver sobre la materia en discusión deberá de tomar en cuenta las disposiciones del proceso único establecidos en el Capítulo II (“Proceso Único“) del título II (“Actividad Procesal”) del Libro Cuarto (“Administración de Justicia Especializada en el Niño y el Adolescente”) del Código de los Niños y Adolescentes los Artículos comprendidos del 164 al 182 que tiene que tenerse presente tratándose del trámite en que se sustancia el proceso de fijación de régimen de visitas.

Ahora, nuestro ordenamiento jurídico establece lo siguiente: “El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y del adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar (Artículo 88 – in fine- del C.N.A.), es decir que el Juez antes de tomar la decisión final deberá de evaluar de forma conjunta las pericias psicológicas, visitas sociales, declaraciones de las partes, declaraciones testimoniales y

todo el material probatorio que se haya ofrecido oportunamente, que solicite el Ministerio Público o que ordene de oficio, así como la entrevista al menor, medios actuados dentro de la audiencia única en la que participa el Fiscal de Familia quien luego emitirá dictamen previo a la sentencia.

El padre o la madre que tiene al menor deberá de dar todas las facilidades para que el régimen de visitas se cumpla a cabalidad ya que el incumplimiento dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia se podrá pedir la variación de la tenencia que se plantearía como una nueva acción ante el juez que conoció el primero proceso (sobre tenencia), esto según lo establecido en el Artículo 91° del Código de los Niños y Adolescentes.

4. Límites del instituto jurídico del Régimen de Visitas en nuestra legislación

Como bien se sabe, el Régimen de visitas surge ante el conflicto entre padre y madre por motivo de divorcio o separación, razón por la cual se fija dicho régimen con la finalidad de proteger los derechos del menor a frecuentar a su padre o madre que no convive con él.

Es así que desde entonces el niño tiene conocimiento de que en base a un horario establecido judicialmente recibirá visitas del padre o madre en su domicilio o fuera de este manteniendo así una comunicación cercana y que el progenitor conviviente con el menor debe permitir.

Ante tal situación surge la necesidad de plasmar los límites que existen para un régimen de visitas que mientras en esta figura el niño es consciente de

que los padres están separados o divorciados y vive solo con uno de ellos, también existe la modalidad de que la tenencia sea compartida por ambos progenitores, es decir, que los roles con respecto al menor van a ser asumidas equitativamente, esta modalidad puede traer confusión al menor puesto que una de las desventajas puede ser que el niño, niña o adolescente termine conviviendo en la casa de ambos progenitores creando confusión respecto a la realidad familiar.

Si bien es cierto en un proceso de tenencia compartida también se establece el régimen de visitas para el progenitor no conviviente, esta tiene que ser proporcional de tal manera de que no se perjudique al menor, en ocasiones se puede apreciar la manera confusa en la que resuelven algunos juzgado en los procesos sobre el tema en mención tal y como se puede apreciar en la presente sentencia:

Expediente 314-2015 en el 1er Juzgado de Familia, mediante el cual se acumularon los procesos de Tenencia y Régimen de Visitas que iniciaron los demandantes – demandados: *MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA – JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES contra JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES - MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA*, en dicha sentencia se aprecia lo siguiente:

PARTE RESOLUTIVA:

Por estas consideraciones, de conformidad con la opinión del representante del Ministerio Público en su dictamen de folios 371-374, las normas ya glosadas y los artículos I, II, V, IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y en uso de las facultades conferidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la señora Juez del Primer Juzgado de

Familia de Trujillo, Administrando Justicia en nombre de la Nación:
FALLA: **DECLARANDO FUNDADA** en parte la demanda sobre Reconocimiento de Tenencia – Tenencia interpuesta por MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA – JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES contra JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES - MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA; en consecuencia:

- **DISPONGO la TENENCIA COMPARTIDA a favor de ambos padres, respecto de su hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, correspondiendo al padre, MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA, durante la semana [lunes a viernes] y a la madre, doña JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES, durante los fines de semana [sábado y domingo]; en un primer momento y, posteriormente alternarla, feriados y días festivos, cumpleaños y otras festividades como navidad y año nuevo de manera alterna con el padre; asimismo, FIJA un régimen de visitas libre y amplio a favor de ambos padres, en los días en que no vivan con el niño en mención, previa coordinación armoniosa entre ambos padres.**
- **DISPONGO** terapia psicológica a favor de los padres de Marcos Jonatan Vásquez Herrera y de Jessica del Rocío Lacunza Loaces en la Oficina de Psicología adscrita a los Juzgados de Familia de esta Corte Superior [ubicada en Natasha Alta]; por el tiempo que resulte necesario, con la finalidad que encuentren canales de comunicación racionales entre ambos y para con su hijo; y, oportunamente deberán emitir los informes respectivos.

*Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución: **ARCHIVASE DEFINITIVAMENTE** estos autos en el modo y forma de ley. **INTERVINIENDO** la secretaria que suscribe por vacaciones de la titular. Notifíquese a quienes corresponda.*

Efectivamente se aprecia con meridiana claridad que el fallo ha sido emitido de manera confusa, cuando lo correcto hubiera sido otorgarle la Tenencia compartida a favor del padre y el Régimen de Visitas los sábados y domingos a favor de la madre.

SUB - CAPITULO III

3.1.1. Razones que justifican la regulación de las videollamadas en el Régimen de Visitas

1. La Comunicación

La comunicación deriva del latín *communicatĭo* que significa compartir, participar en algo o poner en común.

La comunicación es un proceso mediante el cual se trasmite entre dos o más personas (emisor y receptor) un mensaje en común, mecanismo mediante el cual se desarrollan las relaciones humanas.

Toda comunicación implica una interacción que no solo sirve como un medio para transmitir información sino también para imponer conductas.

La importancia de la comunicación radica en que a través de ella los seres humanos comparten información diferente entre si haciendo del acto de comunicar una actividad esencial para la vida en la sociedad.

2. La Comunicación como mecanismo de desarrollo de las relaciones humanas

La comunicación es un medio de desarrollo de las relaciones humanas, es la base del desarrollo de los niños y niñas quienes a través de la comunicación fortalecen los lazos familiares permitiéndoles desde pequeños identificar a sus padres, comunicarse con ellos reconocer a sus familiares, ser receptores de una serie de actividades que sirven para la base de su desarrollo y crecimiento en la sociedad.

La convención de los Derechos del Niño en su preámbulo, concibe a la familia “un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas”; así es que concibe a la familia como la base en la cual se desarrollan los niños siendo la comunicación entre padres e hijos el medio efectivo para lograr el bienestar de los niños y el grupo familiar.

La comunicación con el tiempo ha avanzado a pasos agigantados desde la forma más primitiva de expresión oral hasta el desarrollo de nuevas tecnologías que permiten hoy en día una comunicación más cercana haciendo posible la conexión con personas y lugares más distantes y de forma instantánea.

La llegada de nuevas tecnologías como lo son los medios de comunicación electrónicos nos permiten obtener, procesar, transmitir información de manera mucho más eficiente, agilizar el contacto con los nuestros y que en caso de un régimen de visitas estos podrían facilitar el contacto del niño con su progenitor y demás miembros del grupo familiar, ya que son sistemas que facilitan la interacción.

3. Medios de Comunicación Electrónicos

Como lo hemos señalado anteriormente, la comunicación ha evolucionado de manera sorprendente, desarrollando así medios que nos permiten una comunicación efectiva agilizando el contacto con la sociedad.

A continuación mencionaremos algunos medios de comunicación electrónicos que nos facilitan la comunicación mediante el uso de video llamadas:

3.1. Mensajería Instantánea

Forma de comunicación en tiempo real entre dos o más personas basadas en el intercambio de textos e imágenes móviles entre celulares y computadoras conectados a una red de forma inalámbrica (wifi) o mediante un plan de datos, su principal ventaja es la inmediatez que proporciona puesto que los mensajes se reciben de manera instantánea.

Existe un aplicativo que actualmente ha reemplazado a los mensajes de texto y que facilita la comunicación, este aplicativo es el siguiente:

- **WHATSAPP:** Aplicativo de mensajería instantánea, uno de los aplicativos más usados en el mundo que ha reemplazado a los mensajes de texto, permite la comunicación mediante chat entre los usuarios del mismo con la facilidad de enviar archivos y documentos así como la comunicación mediante videollamadas.

3.2. Redes Sociales

Las redes sociales son estructuras sociales compuestas de grupos de personas, las cuales están conectadas por uno o varios tipos de relaciones, tales como amistad, parentesco, intereses comunes o que comparten conocimientos.

Las **redes sociales** son sitios de internet que permiten a las personas conectarse con sus amigos, familiares e incluso realizar nuevas amistades, de manera virtual, y compartir contenidos, interactuar, **crear comunidades** sobre intereses similares: trabajo, lecturas, juegos, amistad, relaciones amorosas, relaciones comerciales, etc.

Entre las redes sociales con acceso a video llamadas tenemos:

- Facebook: Actualmente la red social más popular en Perú es el Facebook, creada el 04 de Febrero del 2004, red social que permite compartir juegos, archivos, audios y videos entre otros, además cuenta con mensajería instantánea (Facebook Messenger) y videoconferencia. Facebook ha llegado a la impresionante cifra de 18 de millones de usuarios activos en el país, junto a Facebook, en Peru han tenido amplia recepción otras redes sociales y plataformas como por ejemplo: Skype, Twitter, Instagram entre otros.
- Skype: Es un software que permite la comunicación con el mundo , millones de personas y de empresas ya usan el Skype para hacer llamadas, videollamadas, enviar y recibir mensajes de texto, compartir archivos con personas entre usuarias de Skype. Se puede usar a lo que mejor se adapte a las necesidades: un teléfono móvil, una PC, Laptop o Tablet.

3.3. Videollamadas

La Videollamada o Videoconferencia es una comunicación que se establece través de una red de telecomunicaciones y que implica la transmisión de sonido e imagen, es decir dos personas que mantienen una videoconferencia pueden oírse y mirarse mutuamente a través de una pantalla.

La Videollamada o Videoconferencia es una herramienta casi indispensable que permite estrechar los lazos afectivos , mantener vivos los lazos sentimentales en la actualidad o por lo menos hacer menos

duras las largas distancias, especialmente cuando se trata de viajes definitivos o por periodos muy prolongados.

Si bien en el pasado las personas estaban acostumbradas a dejar de ver a su familia o amistades meses o años, la tecnología del presente nos permite sentirnos cerca de ellos estemos en donde estemos.

Por lo general las videoconferencias se desarrollan a través de internet con programas o aplicaciones como Skype, video llamadas de Facebook y Whatsapp, los usuarios pueden comunicarse de manera gratuita sin necesidad de abonar un servicio extra más allá de la conexión de Internet.

4. Razones que justifican la regulación de las videollamadas en el Régimen de Visitas

Como lo hemos mencionado en el capítulo anterior, en el Perú la figura del régimen de visitas se encuentra muy limitada en su terminología y práctica comprendiendo solo la visita de manera física al menor en su domicilio o fuera de este, el desarrollo de nuevas tecnologías es cada vez más acelerado, y la legislación aun no encuentra el paso para andar más cerca de ellas. Todo lo contrario. En ese escenario, ante tal discordancia, corresponde a la jurisprudencia jugar un papel importante.

Y es que en los casos de carácter jurídico que afectan a la sociedad necesitan ser resueltos, los problemas que se puedan generar particularmente en los casos de vacíos o deficiencias de la ley son cada vez mayores y le corresponde al gobierno o a el congreso regular la materia en discusión para poder hallar una manera más efectiva de resolver el conflicto, en este caso destacando la

importancia de la debida aplicación del interés superior del niño como cuestión fundamental para la resolución de casos sobre la materia y en general en la aplicación de nuevas tecnologías.

En el Perú, el ejercicio de la relación directa y regular a través de medios electrónicos, aún no ha comenzado a ser objeto de desarrollo jurisprudencial, no se ha encontrado casos en que actualmente se decrete de manera efectiva el ejercicio a través de medios electrónicos.

En su mayoría el régimen establecido responde a la forma tradicional de ejercicio de la relación directa y regular principalmente en aquellos casos en donde el padre no posee del cuidado personal del niño o niña, o no reside en territorio nacional.

En Latinoamérica, algunos países ya cuentan con una regulación específica con respecto al régimen de visitas mediante video llamadas, claro ejemplo es la legislación Argentina, podemos observarlo en el caso de que un ciudadano Francés, residente en Paris consiguió el primer régimen de visitas virtual en Córdoba, al poder comunicarse con sus tres hijos que residen en la localidad de Nono, en Traslasierra (Argentina), luego de un acuerdo alcanzado durante una audiencia realizada en los tribunales de Villa Dolores de la que participo telefónicamente; el Magistrado destaco que este régimen de visitas mediante video llamadas se podría realizar en lo posible puesto que el lugar en donde residían los niños era de complicada recepción estableciendo un horario el cual no afecte las actividades escolares de los menores.

Graciela Tagle de Ferreyra, autora de la Ley Provincial 10.419 de Procedimientos para la Restitución Internacional de Menores en la cual se basó

el acuerdo de Villa Dolores manifestó que en esta materia Córdoba es pionera, siendo la primera provincia Argentina con un ley de este tipo y que Uruguay tiene una similar, priorizando de esta manera los derechos del niño y adolescente y la celeridad procesal, permitiendo la presencia virtual del progenitor a través de una video llamada.

En tema de familia, el “interés superior del niño” surge como deber primordial de la convención internacional de los derechos del niño e impone a los estados ponderar de modo prioritario los derechos del mismo sobre otros derechos.

Debido a las variantes por las que atraviesan las relaciones de familia, es que resulta necesario establecer nuevos mecanismos de protección de los derechos que de ella emanan, tradicionalmente el ejercicio de la relación directa y regular suponía que el o los padres que no tuviesen convivencia con el niño o niña, la ley lo estableció con la finalidad de promover y proteger las relaciones filiales y el interés de los niños, niñas y adolescentes.

Es en ese sentido que nace la necesidad de decretar nuevos mecanismos de protección de los vínculos familiares mediante el medio electrónico como las videollamadas al no tener el padre o la madre el cuidado personal del menor la cuales puede darse por distintos motivos: en el caso de separación de padres, divorcio, en el caso de que nunca haya existido una relación de convivencia o cuando el cuidado del menor lo tenga una persona que no es el padre o la madre.

Regular la relación directa y regular mediante videollamadas puede ampliar diversas funciones como por ejemplo: como primer paso a una re vinculación en caso que el progenitor y el niño o niña hayan estado separados por un largo

periodo, como complemento a un régimen de relación directa y regular que implique contacto presencial, una vinculación progresiva en caso no se conozcan o cuando por distintos motivos uno de los padres o el niño o niña resida en el extranjero o a una distancia geográfica que haga imposible el contacto personal. A continuación desarrollaremos cada una de las situaciones descritas que pueden ser causales o razones de procedencia de la relación directa y regular mediante video llamadas:

4.1 Como complemento a un régimen de relación directa y regular:

Usualmente el régimen de visitas directa y regular de manera presencial resulta insuficiente para poder establecer una estrecha relación entre padres e hijos. En este caso la necesidad de complementar el régimen de relación directa y regular mediante video llamadas resulta de gran beneficio para ambas partes, posibilitando una relación más cercana y fluida. Por ejemplo en el caso de que se le otorgue a un padre el derecho de visitas presencial un fin de semana con su hijo en donde se haría difícil la comunicación fluida con el mismo.

4.2 Como primer paso a una vinculación o revinculación paternal:

La posibilidad de que el niño o niña nunca haya tenido relación con sus progenitores o que este se haya suspendido durante mucho tiempo, se ven en la necesidad de que ambas partes paulatinamente se presenten la una con la otra, en este caso mediante el uso del medio electrónico de video llamadas con la finalidad de que retomen su relación filial o se conozcan por primera vez, de esta manera se genera menos impacto en este primer contacto reduciendo todo potencial perjuicio para los niños o niñas.

4.3 En caso que el progenitor o progenitora y sus hijos residan en distintos países o ciudades:

La distancia es un impedimento para el desarrollo de la relación directa y regular de manera presencial, el factor geográfico impide la relación entre progenitor y niño o niña para que se lleve a cabo con normalidad, por tal motivo la posibilidad de ejercerlo mediante el medio electrónico como video llamadas puede facilitar el contacto con los niños.

En el caso de que el menor se encuentre en el extranjero, resultaría un poco complicado ya que existe la posibilidad de que la ley peruana no pueda exigir en territorio extranjero en el caso de que el país en el que se encuentre el menor no se ha adherido al convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales.

4.4 Casos en que se limite judicialmente el contacto personal a través por ejemplo de Medidas de Protección:

En los casos en que los padres son privados de ver a sus hijos por haberse tomado medidas de protección como medidas cautelares especiales, es necesario evitar posibles daños a los niños estableciendo un régimen de relación directa y regular vigilado o autorizando un régimen de relación directa y regular a través de medios electrónicos como video llamadas, minimizando así el peligro que podría haberse representado al juez al momento de determinar la medida de protección.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto y considerando al proceso legislativo como una respuesta a los cambios sociales, creemos que la posibilidad de ejercer derechos, en específico la relación directa y regular a

través de las video llamadas puede observarse como un modo útil de complementar el ejercicio de la relación directa y regular presencial, por ello nos vemos en la necesidad de legislar esta propuesta legislativa.

Para fijar esta modalidad del régimen de visitas mediante video llamadas se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Determinar cuál sería el medio electrónico eficaz y práctico por el cual se entablaría el régimen de visitas.
- Determinar de manera especial cual sería la edad idónea en la cual los niños puedan acceder a este tipo de régimen de visitas con la finalidad de adecuar esta modalidad a su crecimiento tratando de que la relación con su padre vaya creciendo a medida que lo haga el niño.
- Considerar si el hogar del niño cuenta con la infraestructura para que sea posible esta modalidad del régimen de visitas mediante video llamadas como cámara web, internet, computador. En caso de que no cuenten con estas facilidades se debería determinar quién tendrá que correr con el gasto de facilitar los instrumentos que hagan posible esta comunicación.
- También se debería tener en cuenta si el progenitor beneficiario del régimen se encuentra instruido para poder operar con tecnologías, así como la disponibilidad del progenitor que se encuentra al cuidado del menor con la finalidad de que éste pueda supervisar y habilitar los contactos por video llamadas en el caso de que los niños sean de corta edad o en el que se haya suspendido la relación directa y regular con el menor.

La norma es que para ejercer este tipo de régimen se requiere de equipamiento y la interrogante es que quien asumiría el gasto de la adquisición o alquiler de los mismos, según la jurisprudencia internacional revisada en relación con el tema de tesis se ha visto que en los casos en que se otorgue un régimen de visitas mediante video llamadas los gastos correrían por parte del progenitor que solicite o requiera dicho régimen.

Es así como el servicio de Internet, por ejemplo, debe ser incluido como un ítem más dentro de los gastos a considerar con ocasión de una posible evaluación de pensión alimenticia. En Derecho comparado, los costos de Internet y equipos se distribuyen luego de revisar las capacidades económicas de ambos padres.

Por ejemplo, en Alemania, se consideran que los gastos corren a cuenta de quien solicita el régimen, sin embargo, se gradúan de acuerdo a las posibilidades de cada progenitor.

En varios estados de Estados Unidos y en Puerto Rico también se da esta figura, pero no se considera dicho gasto dentro del concepto de alimentos, sino que se atribuye el gasto al padre que no tiene el cuidado personal de menor y que ha solicitado el ejercicio de la relación directa y regular a través de medios alternativos a la presencial.

Es preciso tomar en cuenta que la relación directa y regular a través de las video llamadas no debe depender de la situación económica del padre o madre puesto que no es otorgado en beneficio del mismo si no que es otorgado fundamentalmente en función a la importancia del interés

superior del niño y solo se puede suspender cuando dicha relación atente contra el mismo.

Al igual que la relación directa y regular presencial, la relación mediante video llamadas requiere de la determinación de un régimen fijando los días y horas en las que se realizaran, sin perjudicar los derechos de la persona que tiene a cargo el cuidado del menor, así como las actividades del niño.

Estas reglas deben de establecerse no de forma estricta, sino de acuerdo a cada caso en particular pues la realidad de un niño es distinta a la de otros por lo que será necesario adecuar todos esos aspectos de acuerdo a la edad del menor, la distancia geográfica, la capacidad económica de los padres, la relación entre padres e hijos y su conocimiento respecto a las tecnologías y el acceso a ellas.

5. Propuesta de Regulación

La pregunta que motiva esta investigación nos lleva a cuestionarnos si realmente nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una regulación suficiente sobre la relación directa y regular como para poder subsumir dentro de ella el ejercicio del régimen de visitas a través de los medios electrónicos.

La relación directa y regular a través de medios electrónicos no es un derecho autónomo distinto a la relación directa y regular consagrada en el Código de los niños y adolescentes sino que vendría a ser una modalidad de ésta, a la cual se aplicarían todas las normas y criterios establecidos para la misma, por lo que su regulación debería basarse en primer lugar en lo consagrado por las reglas generales establecidas en el Código de los niños y adolescentes.

5.1 Sujetos legitimados

Los titulares del derecho a mantener una relación directa y regular según lo establecido en el Art. 88 los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de parte del parte y según el Art. 90, ese derecho se hace extensivo desde el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

5.2 Objetivo del establecimiento de la relación directa y regular a través de medios electrónicos

En el segundo párrafo del Art. 88 señala: “ 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**”, de esta manera se extiende la posibilidad de ejercer este derecho a través de distintas modalidades que pueden ser acordadas entre los padres o el padre o la madre que no tenga el cuidado personal del menor puede solicitar al juez su regulación.

Es así que creemos que el interés superior del niño no se encuentra del todo protegido por la normatividad actual, se encuentra limitado al no contar con una regulación más específica sobre vías alternas al ejercicio de la relación directa y regular presencial, por lo que se considera que es necesario contar con los medios electrónicos como herramienta útil y aconsejable al momento de solicitar la regulación de un régimen de visitas ya que no solo servirá de apoyo en la labor jurisprudencial si no que serviría de resguardo para aquellos padres que deseando contar con

ella como complemento a lo tradicional no cuentan con un sustento legal que los ampare.

Hoy en día la posibilidad de recurrir a esta modalidad del derecho a la relación directa y regular a través de medios electrónicos depende exclusivamente de que el padre o madre que lo requiera conozca de esta posibilidad, por lo tanto, la consagración expresa de la misma serviría de base para consagrar el derecho en mención y poner en conocimiento de la población la existencia de esta alternativa que puede facilitar el ejercicio de ésta.

5.3. Finalidad del establecimiento de la relación directa y regular a través de medios electrónicos

La finalidad de este modo de régimen de visitas es de conservar las relaciones de familia entre hijos y padres y entre todo aquel que este legitimado para pedir la regulación del régimen.

La posibilidad de acceder a un contacto electrónico ofrece la facilidad y rapidez de conexión entre el menor y sus familiares creando de esta manera una relación de cotidianidad y apego que no siempre puede darse en un régimen de relación directa y regular presencial.

Es importante que la legislación peruana asegure que los niños y niñas tengan acceso continuo y directo con sus padres y con quien hayan desarrollado un apego emocional con la finalidad de asegurarles un correcto desarrollo.

5.4. Criterios de atribución

Tal y como nuestro código del niño y del adolescente lo prescribe en sus artículos 88, 89, 90 y 91 consideramos que los criterios para establecer una relación directa y regular a través de las videollamadas deben ser especialmente:

5.4.1. La edad del niño o niña

Se debe tomar en cuenta la edad del menor para que pueda usar las herramientas tecnológicas de manera correcta a su nivel de desarrollo.

En el caso de los infantes se puede realizar el régimen de visitas mediante videollamadas pero bajo supervisión de la madre, el padre o de quien estuviese a cargo del cuidado del menor.

5.4.2. La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda y la relación con sus parientes cercanos o terceros no parientes.

Como ya se sabe la finalidad del régimen de comunicación por medios electrónicos es fortalecer los lazos familiares, por lo mismo su establecimiento en cuanto y forma y tiempos dependerá de las necesidades propias de cada situación.

5.4.3. El régimen del cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado

La comunicación mediante medios electrónicos será proporcional al régimen de relación directa y regular presencial, a medida que esta vaya creciendo y

fortaleciéndose menos necesario será el contar con un régimen complementario a él.

6. Propuesta de Regulación

A partir de las consideraciones analizadas anteriormente creemos necesario que se integre a nuestra legislación una regulación expresa que consagre el derecho a ejercer una relación directa y regular a través de modalidades alternativas a la presencial, específicamente al ejercicio de ésta a través de medios electrónicos como las video llamadas, por eso se considera necesario establecer un fundamento o regularlo a través de la dictación de una ley especial que consagre minuciosamente su existencia.

Al respecto, proponemos modificar el Art. 88 del código del niño y del Adolescente agregando el siguiente inciso:

“La relación directa y regular podrá ejercerse de manera complementaria o supletoria por vías alternativas al contacto presencial, en especial mediante medios electrónicos como las videollamadas que permita la mantención del contacto regular entre padres e hijos, proponiendo siempre a velar por el interés superior del niño, niña o adolescente”.

Es así como la relación directa y regular mediante video llamadas tendría su origen jurisprudencial en nuestra legislación peruana.

CAPITULO III: METODOLÓGICO

3.1 Tipo de Investigación

3.1.1 Por su finalidad

Investigación Aplicada

La presente tesis es una investigación aplicada, se utilizó los Conocimientos plasmados en la Constitución Política del Perú, Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes y la Convención de los Derechos del Niño frente a la necesidad de ampliar la figura del régimen de visitas utilizando los avances tecnológicos que la modernidad de hoy en día nos ofrece proponiendo la regulación de las video llamadas en el régimen en mención en beneficio del interés superior del niño.

3.1.2 Por su profundidad

Investigación Descriptiva

La presente investigación contiene un carácter descriptivo en la medida que se ha procedido a describir las razones y beneficios de regular en la legislación peruana las videollamadas en el Régimen de Visitas puesto que ésta modalidad facilita la comunicación entre el progenitor y el menor.

3.2 Material De Estudio

- Leyes
- Jurisprudencia
- Libros
- Resoluciones

3.3 Recolección de Datos

3.3.1 Técnicas e Instrumentos

- a. **Fotocopiado:** Técnica que facilitó la obtención de información de los libros consistentes en el soporte bibliográfico en el desarrollo de esta investigación.
- b. **Fichaje:** Técnica documental utilizada para registrar datos y recopilar ideas.
- c. **Internet:** A través de ella se recurrió a la búsqueda de información para obtener mayor conocimiento relacionado con el tema de la investigación, adicional a la obtenida en los libros físicos.

3.3.2 Instrumento de Recolección de Datos

- a) Ficha: Tarjetas físicas o virtuales que codifican datos de una investigación determinada.
- b) Fotocopia Es el instrumento que permite obtener las reproducciones de los libros necesarios para el presente trabajo.
- c) Página Web: Instrumento a través del cual se obtuvo información de Internet, lo cual sirvió como un medio de obtención de información de doctrina comparada.

3.4 Análisis de Datos

En vista que el presente trabajo es descriptivo propone puntos cualitativos para el mejoramiento de la necesidad de mejorar la figura del régimen de visitas en nuestra legislación peruana regulando las videollamadas en la misma.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

Conclusiones

1. Se concluye que la necesidad de regular las videollamadas en el régimen de visitas constituye una herramienta de gran utilidad puesto que es una alternativa que facilita la mantención del contacto entre los titulares del derecho – deber.
2. Permite a los titulares del derecho – deber contar con un respaldo legal para poder solicitar su establecimiento ya que constituye una ventaja que facilita el contacto cuando los titulares del derecho – deber se encuentran separados geográficamente.
3. Es una manera óptima de proceder al proceso de revinculación entre los titulares del derecho - deber, puesto que minimiza el riesgo de daño que pudiese causar en la vida del niño, niña o adolescente.
4. Contar con regulación expresa facilita el trabajo de los jueces ya que constituye una herramienta que le va a permitir poder emitir sus resoluciones debidamente motivadas.

Recomendaciones

- Resulta pertinente y de necesidad imperante la existencia de la regulación de las videollamadas en el régimen de visitas en la legislación peruana dado que es un mecanismo alternativo al normal pero que facilita el contacto entre los titulares del derecho – deber.
- Propiciar plenos jurisdiccionales que propicien la discusión y debate de los principales problemas relacionados en el ejercicio de la función jurisdiccional ante la ausencia de la legislación de esta modalidad alternativa a la del régimen de visitas presencial.

CAPÍTULO V: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Manual del Derecho de Familia: autor: Rebeca S. Jara – Yolanda Gallegos, jurista editores E.I.R.L., Enero 2014
- https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf
- La Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Tercer Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación: N° 4664-2010-Puno

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Política del Perú
- Código de los Niños y Adolescentes
- Convención Internacional de los Derechos del Niño

CAPÍTULO VI: ANEXOS

ANEXO 1.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

Primer Juzgado Especializado de Familia de Trujillo



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

EXPEDIENTE: 00314-2015-0-1601-JR-FC-01 (ACUMULADO EXP.N°503-2015-0-1601-JR-FC-04)

DEMANDANTE: MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA – JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES

DEMANDADA: JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES - MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA

MATERIA : RECONOCIMIENTO DE TENENCIA - TENENCIA

JUEZ : CARMENCITA TORRES HILARIO

SECRETARIA: SOLEDAD ARRIAGA HUAMAN

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: VEINTIDOS

Trujillo, once de mayo

Del año dos mil dieciséis.

VISTA: La presente causa número trescientos catorce guión dos mil quince, a folios trescientos ochenta y seis, acumulada con el proceso número quinientos tres guión dos mil quince, seguida por **MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA – JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES** contra **JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES - MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA**, sobre **RECONOCIMIENTO DE TENENCIA** y **TENENCIA** de su hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza. Acompañado del Cuaderno N° 00314-2015-23-1601-JR-FC-01, de folios 136.

I. PARTE EXPOSITIVA:

Resulta de autos que por escrito de folios 12-18 y 32, **MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA** interpone demanda de **RECONOCIMIENTO DE TENENCIA** y **CUSTODIA** de su hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, la misma que dirige contra **JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES**. Funda su pretensión señalando, entre otros argumentos, que:

1. Producto de sus relaciones matrimoniales que mantuvo con la demandada procrearon a su menor hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, de 6 años de edad.
2. La madre de su menor hijo no le proporcionaba el debido cuidado para un menor de su edad, además en el ambiente familiar donde viven no es un ambiente propicio, tal es así que el abuelo de su hijo llega en estado de ebriedad casi a diario, su menor hijo le manifiesta que eso sucede y se pone violento comienza a verter palabras soeces delante de su hijo y él tiene miedo, por eso no quiere regresar a vivir a esa casa.
3. Eso no es todo, la hermana de la madre de su hijo, la señora Lucy Rene Lacunza Loaces, sufre de esquizofrenia, quien amenazó a su hijo con un cuchillo que lo iba a matar; persona que vive en la casa con su menor hijo, la madre de su hijo y su abuelo, quien también sufre de alcoholismo.
4. La madre de su hijo, tiene un carácter explosivo con él, expresa gritos, insultos, palabras soeces, amenazas, castigos contra el menor, tiene actitud como de encerrarlo en un cuarto oscuro y asustarlo; gritos y peleas entre el abuelo del menor y la madre de su hijo; lo que genera una inestabilidad emocional en su hijo, quien no desea regresar a vivir con su madre, sus tías y su abuelo, a quien las tiene como unas personas malas.
5. Su hijo se siente nervioso y con baja autoestima, mucho le suda sus manos y se pone inquieto, por lo que decidió llevarlo a un psicólogo para que lo pueda ayudar, adjuntando el informe pericial del Psicólogo, Janeth Suárez Pasco.
6. El recurrente trabaja de tele operador en el grupo teleestant y a la vez es vendedor de publicidad de algunas radios locales, por lo que percibe es suficiente para mantener en buenas condiciones alimenticias a su hijo.
7. Con fecha 16 de enero del 2015 presentó denuncia por violencia familiar en forma de maltrato psicológico en agravio de su hijo, dejando constancia en la comisaria de La Noria, motivos por los cuales, su menor hijo se encuentra en su poder.
8. Desde la fecha de la denuncia hasta la fecha de la interposición de la demanda, no ha recibido ninguna llamada de la madre de su hijo, preguntando por la salud de este, lo que le hace entender que no le interesa su hijo, porque tiene conocimiento que llevo a su hijo.
9. Su menor hijo, desde el 16 de enero del 2015, se encuentra bajo su exclusiva tenencia y en ejercicio pleno de la patria potestad.

Admitida la demanda por resolución número dos, obrante a folios 33, se dan por ofrecidos los medios probatorios que se mencionan en la demanda, tramitándose el proceso en la vía de Proceso Único, confiriéndose traslado a la demandada para su contestación; con conocimiento del Ministerio Público. La demandada **JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES**, contesta la demanda incoada en su contra, mediante escrito que obra de folios 86-102, solicitando que la demanda sea declarada infundada y acumulación de procesos, en base a los siguientes fundamentos:

1. El 16 de diciembre decidió separarse del demandado a raíz de su mal carácter explosivo y agresivo que empezó a manifestar desde el momento de se casaron, un comportamiento lleno de celos e inseguridad que trató de manejar y entender en un principio, pues quería sacar adelante su matrimonio, debido a que planificó una vida y un futuro junto a él, pero cuando las actitudes del demandante se proyectaban a su hijo, fue cuando decidió alejarse de él, pues su hijo absorbía todo el mal carácter de su padre y sus cambios de ánimo muy bruscos.
2. El hecho que quebró su tolerancia, fue el acto de celos que el demandante le hizo dentro de su hogar y en presencia de su menor hijo, alzando la voz y le lanzó improperios, palabras hirientes y amenazas como decirle que llevaría a su hijo, si tomaba alguna acción en su contra; es así que se armó de valor y denunció los hechos en la comisaría La Noria, pero nunca quiso perjudicar al demandante, sólo mencionó que se separaba de él por incompatibilidad de caracteres; posteriormente en salvaguarda de la integridad física y psicológica de su hijo decidió mudarse a la casa de sus padres, en donde si podía encontrar las condiciones necesarias para su tranquilidad y las garantías para un buen desarrollo integral de su hijo.
3. A pesar de lo antes citado, nunca deseo que su hijo crezca sin su padre, permitiendo que el demandado visite a su hijo, en todo momento, siempre y cuando no se ponga violento o intente cumplir sus amenazas de llevarse a su hijo; en algunas ocasiones le llamó la atención por regresar a su hijo pasada la hora acordada o por levantarle la voz o intentar agredirla, cuando le proponía que regresarán a vivir juntos, quien al recibir una respuesta negativa, se alteraba sin importarle que muchas veces su hijo estaba presente.
4. Sin embargo el demandante aprovechándose de la confianza otorgada, de manera intempestiva, sin motivación alguna y exhibiendo una conducta delinencial sustrajo a vuestro hijo de su domicilio el día 16 de enero del 2015, manteniendo

hasta la fecha, cautivo a su hijo, no teniendo paradero conocido, ocasionando preocupación y hondo pesar en sus señores padres que han venido colaborando en su formación y el desconsuelo en su persona por la ausencia de su menor hijo.

5. En reiteradas oportunidades ha intentado comunicarse con el demandante a fin de exigirle se informe del paradero de su hijo, así como le permita verlo, pues por su edad, requiere de sus atenciones y cuidados, pues sólo ha recibido respuestas negativas y amenazas de su parte, manifestándole que nunca más volverá a ver a su hijo.
6. Al no tener noticias desde la fecha que el demandante se llevó a su hijo, el 24 de enero del 2015, acudió a la comisaría La Noria, para que conjuntamente con la policía acudiéramos al domicilio del demandante, para recuperar a su menor hijo, pero nunca lo encontraron, mucho menos al demandante. Incrementa su preocupación, el hecho que el demandante no cuenta con un trabajo estable, ni un ingreso adicional para cubrir sus gastos, deduciendo que su hijo está pasando penurias y necesidades, todo por la actitud temeraria, irresponsable y negativa del demandante.
7. El demandante abusando de su buena fe cumplió con arrebatarlo y ahora le coacciona a volver con él, para recuperarlo.
8. El 30 de marzo del 2015, fue agredida de manera cobarde y salvaje por el demandante, hecho ocurrido cuando se apersonó al colegio de su hijo “Salesiano San José” de la urbanización La Rinconada, para ver a su hijo [quien estuvo bajo de peso y desaseado], pero la madre del demandante, le gritaba que no se acercará al niño, pero su hijo corrió a sus brazos para abrazarlo, estando juntos unos minutos; posteriormente llegó el demandante empezó a insultarla con palabras soeces y amenazas, gritando y realizando escándalo al interior de la institución, luego se acercó a su persona para quitarle a su hijo de los brazos, empezando a forcejear con el demandante, gritándole directamente a la cara, cayendo de rodillas, logrando arrebatarse a su hijo, diciéndole a su mamá que llevará a su hijo, para después tomarla de los brazos, abalanzándose contra ella al piso insultándola, diciéndole que nunca más volverá a ver a su hijo, ni mucho menos vuelva a llamarle preguntándole por él o se acerque a su casa, porque iba a llevar lejos a su hijo, agrediéndola físicamente, todo fue apreciado por su hijo, quien solo lloraba y le suplicaba al demandante que no la golpee, lo que no le importó al demandante,

lesionándole parte de la vista y brazos; hechos que fueron denunciados ante la Comisaria La Noria.

9. El 30 de abril del 2015, el demandante le esperó en la entrada de su casa, junto con otras personas que estaban dentro de su automóvil, bajando del vehículo e interfiriéndole el paso, volviendo a decirle que se aleje de su hijo y que nunca en su vida vuelva a buscarlo, porque de lo contrario, la iba a matar, para luego subir a su carro y se fue, gritándole por la calle palabras soeces en su contra.

Mediante resolución número cuatro, de fecha 14 de abril del 2015 [folio 109], se acepta la comparecencia de la demandada y, se tiene por absuelto el traslado de la demanda; por ofrecidos los medios de prueba y, se señala fecha de la Audiencia única. Ante la presentación de la demanda de **TENENCIA**, respecto de su hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, presentada por parte de la demandada, ante el Cuarto Juzgado de Familia de esta ciudad [Expediente N° 00503-2015-0-1601-JR-FC-04], mediante resolución número cinco de fecha 28 de abril del 2015, se resuelve **ACUMULAR** el proceso de tenencia de niño seguido por doña Jessica del Rocio Lacunza Loaces contra Marcos Jonatan Vásquez Herrera al presente proceso, signado con el N° 314-2015-0-1601-JR-FC-01, tramitado ante el Primer Juzgado de Familia de Trujillo; cuya demanda obra de folios 156 a 163 y 168 a 169, siendo sus argumentos los mismos que se han precisado en su escrito de contestación antes aludido. Por lo que, admitida la demanda por resolución dos de folios 170 a 171, y corrido traslado, al demandado, quien cumple con contestarla por escrito de folios 226 a 235, argumentando que como hechos de su defensa, además de los hechos expuestos en su demanda, que la madre de su hijo es una persona muy autoritaria, mandona y egoísta, sólo piensa en ella y no lo que le pueda suceder a su hijo; quien no quiere que su hijo esté en un entorno familiar donde lo quieren, lo amen, lo tengan aseado, bien vestido, le den estudios, le sepan llevar por un buen camino y no en un entorno de gente que liban licor a diario y propala dentro de la casa palabras soeces, como se advierte de los medios de prueba que obran en autos.

Mediante resolución número siete, de fecha 14 de mayo del 2015 de folios 255, en el presente proceso, se reprogramó la Audiencia Única, la que se llevó a cabo como es de verse del acta de folios 282 a 285, con la participación del demandante-demandado y la demandada-demandante; en la que se admite como medios probatorios extemporáneos los documentos consistentes: copias Fedateadas de protocolos de pericias psicológicas número

004870-2015-PSC-, 000812-2015-PSC, disposición fiscal de apertura de investigación y acta de archivo en el expediente número 217-2015; declarando saneado el proceso; acordando provisionalmente un régimen de visitas, por un lapso de cuatro semanas; se fijan los puntos controvertidos; se admiten y actúan los medios probatorios de ambas partes ofrecidos en el presente proceso, como en el acumulado número 503-2015; suspendiéndose la audiencia, para continuarla posteriormente, señalándose día y hora para su continuación, la que se llevó a cabo como es de verse del acta de continuación de audiencia única que obra de folios 286 a 287, en la consta la referencia del niño Mathias Valentino Vásquez Lacunza; que, recibidos los informes sociales y remitidos los autos al representante del Ministerio Público, éste emite su dictamen de folios 371 a 374; siendo su estado el de emitir sentencia.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

Primero: *Sobre la tutela judicial*

El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la *debida motivación de las sentencias*, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control en sede constitucional. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación (incongruencia omisiva)⁹.

Segundo: *Sobre la legitimidad e interés para obrar*

Con la presente acción, sobre reconocimiento de Tenencia y Custodia y Tenencia de niño, el actor Marcos Jonatan Vásquez Herrera y la actora Jessica del Rocio Lacunza Loaces pretenden el reconocimiento y la tenencia judicialmente de su menor hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, acreditando su relación familiar con el acta de nacimiento de folios 03, repetida a folios 145 por consiguiente, está determinada su legitimidad e interés de obrar en el proceso de RECONOCIMIENTO DE TENENCIA y TENENCIA, como lo precisa la parte in fine del artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes. Además,

⁹ Exp. N1 04295-2007-PHC/TC- Lima. -Caso: Luis Eladio Casas Santillán. STC de 22-NOV-2008.

de la misma acta de nacimiento, se advierte también que ambos padres han declarado el nacimiento de su hijo, de quien solicitan reconocimiento y tenencia; por tanto, se verifica la existencia de la relación jurídica entre los sujetos procesales, quienes en su condición de padres ejercen la patria potestad del citado menor de edad.

Tercero: *Sobre la pretensión propuesta*

Mediante la presente acción el señor Marcos Jonatan Vásquez Herrera pretende que judicialmente se le reconozca la tenencia y custodia de su hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, actualmente de siete años de edad; en mérito a los fundamentos de hecho y de derecho que expone en su postulatorio de demanda [folios 12-18 y 32].

Asimismo, la señora Jessica del Rocío Lacunza Loaces pretende que judicialmente se declare la tenencia a su favor de su hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, actualmente de siete años de edad; en mérito a los fundamentos de hecho y de derecho que expone en su postulatorio de demanda [folios 156-163 y 168-169].

Cuarto: *Sobre la tenencia. Marco Legal*

El artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley número 29269, establece que en el caso que los padres se encuentren separados de hecho y no exista acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el Juez Especializado dictando las medidas para su cumplimiento; pudiendo disponer la *tenencia compartida*, salvaguardando en todo momento el interés superlativo del niño o adolescente. Igualmente el artículo 84° del citado Código, modificado por la citada Ley, establece las medidas y facultades que tiene el Juez para resolver la tenencia en cualquiera de sus modalidades, *priorizando el otorgamiento de la tenencia al padre que mejor garantice el derecho del niño o adolescente*, a mantener contacto con el otro progenitor a través de un régimen de visitas.

Quinto: *En el ámbito internacional de los Derechos Humanos*

Conforme lo dispone el artículo 55° de nuestra Constitución Política, los Tratados celebrados por el Estado peruano forman parte del derecho nacional; en este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3° establece 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 los padres (...)** y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas, que también recalca en su

artículo 7° que reconoce el derecho del niño a ser cuidado por sus padres. Estos derechos también son reconocidos por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 19° que reconoce los derechos de todo niño a las medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Sexto: *La tenencia como uno de los atributos de la patria potestad*

De esta manera, en principio se debe puntualizar que la tenencia como atributo de la patria potestad consiste en el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía y de recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos, conforme lo prescribe *el artículo 74 inciso e) del Código de Niños y Adolescentes*. Este es uno de los derechos más importantes que confiere la institución de la patria potestad, toda vez que se traduce en la convivencia de los padres con los hijos y se sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes. En suma, estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que opere la patria potestad.

Un régimen de tenencia importa, necesariamente, una medida extrema en el ámbito de las relaciones personales del menor para con sus padres, provocada, precisamente, por desavenencias de estos, y está pensada como un mecanismo de protección que apunta a evitarle un daño mayor en la esfera de su desarrollo psicofísico y moral; de tal suerte que una medida de esta naturaleza impone la necesidad de explorar y examinar exhaustivamente el ámbito psicológico y familiar de cada uno de los padres, a efecto que la decisión se funde en una ponderación objetiva de las ventajas que la decisión brinda a la aludida esfera de desarrollo del menor, en la perspectiva de proteger precisamente su *interés superior* acorde con lo que preconiza el numeral IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes.

Séptimo: *Sobre los puntos controvertidos*

En atención a la pretensión consignada en el postulatorio y a lo fijado en la audiencia única, en atención además a la acumulación del proceso formulado por la madre y que tiene igual finalidad, se tiene como puntos controvertidos:

- Determinar si el demandante MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA reúne las condiciones morales, de protección, afectividad y cuidado, así como de habitabilidad para que se le reconozca la tenencia de su menor hijo MATHIAS VALENTINO VÁSQUEZ LACUNZA.

- Determinar si la demandante (proceso acumulado) JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES reúne las condiciones morales, de protección, afectividad y cuidado, así como de habitabilidad para que se le reconozca la tenencia de sus menor hijo MATHIAS VALENTINO VÁSQUEZ LACUNZA.

Octavo: *Sobre la carga de la prueba*

La prueba es, sin duda alguna, el tema medular del proceso, toda vez que casi toda la actividad de las partes está dirigida a crear convicción en el juzgador acerca de la veracidad de los hechos alegados que sustentan la pretensión [artículo 196° del Código Procesal Civil]; mientras que la actividad del juzgador igualmente está orientada a obtener certeza sobre los mismos a fin de emitir un fallo arreglado a derecho. Es en ese sentido, que el artículo 188° del Código Procesal Civil, establece que: *“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”*.

Noveno: *Análisis del caso concreto*

En principio, partimos de la premisa que es obligación legal [y moral] de ambos padres cuidar la persona y bienes de sus hijos, deber que importa alimentarlos, velar por su salud física y mental y su mejor desarrollo moral, conforme está plasmado en la norma del artículo 418° del Código Civil, y se hace efectiva por ambos padres; sin embargo, cuando éstos se encuentran separados de hecho, la tenencia -que posibilita el mejor cumplimiento de estos deberes-, se determina de común acuerdo entre ellos, tomando en cuenta el parecer del menor, si no existe acuerdo o este resulta perjudicial para él, la tenencia la decide el Juez considerando al progenitor con quien vivió más tiempo, cuando le sea favorable, el menor de tres años permanecerá con la madre, y señalando un régimen de visitas para quien no obtenga la tenencia; así está plasmado en los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley 29269.

De autos se puede advertir, que la demanda sobre reconocimiento de tenencia y custodia del niño Mathias Valentino Vásquez Lacunza interpuesta por el demandante – demandado Marcos Jonatan Vásquez Herrera, data del 27 de enero del 2015, permaneciendo dicho niño con su persona desde el 16 de enero del 2015 conforme lo expresará el demandante [demanda de folios 12-18], quedando desde ese momento bajo la protección directa de su

padre biológico. Afirmaciones sobre las cuales se manifiesta, de esta manera, la situación de hecho.

La demandada – demandante, a través de su demanda de folios 156 a 163 y 168 a 169, pretende la tenencia y custodia del niño Mathias Valentino Vásquez Lacunza, cuya demanda data del 11 de febrero del 2015.

Décimo: *Sobre los informes sociales*

Ahora bien de folios 306 a 308 y 139 a 140 obran los informes sociales efectuados a las partes; de los cuales la Asistenta Social obtiene los siguientes resultados: ***respecto al demandante – demandado Marcos Jonatan Vásquez Herrera*** se observa que domicilia en la vivienda ubicada en la calle Fermin Tanguis N° 517 Urbanización Chimú, casa de propiedad de sus padres, inmueble de dos pisos con una escalera externa al segundo piso nivel que anteriormente refiere era ocupado por el entrevistado y la madre biológica del menor de manera independiente; ahora domicilia conjuntamente con sus padres, su hermana y se menor hijo; exponiéndose que el entrevistado es integrante de una familia desarrollada en una dinámica familiar funcional, con la existencia de comunicación y buenas relaciones afectivas con cada uno de sus miembros, mostrando especial cuidado y protección en relación al menor Mathias Valentino Vásquez Lacunza a quien afirman quererlo mucho, la relación armoniosa filial paterno es recíproca por parte del menor, quien tiene un buen trato al referirse a su papá, abuelos y tía, resaltando que el menor se expresó de manera voluntaria identificando a papá y mamá por sus nombre; **en privado el menor muestra sentimientos encontrados**. También se refiere que el demandante cuenta con seguro de salud, por medio de su trabajo, presenta buena salud física, su estado emocional es estable, asimismo refiere que el menor ha sido atendido adecuadamente por un médico pediatra Dr. Virgilio La Rosa – Clínica Sánchez Ferrer, quien recomendó que el menor requiere tomar complementos vitamínicos (SUSTAGEN), para tener una buena alimentación, porque se encuentra bajo de peso y afectado emocionalmente. En cuanto al aspecto económico, se refiere que el demandante percibe S/700.00 soles, dinero que es distribuido principalmente en cubrir gastos relacionados con su menor hijo como también gastos personales, del mismo modo refirió contar con cierto apoyo económico por parte de su familia. Asimismo, se deja constancia de haber preguntado al niño Mathias Valentino Vásquez Lacunza, quien a la pregunta si su mamá lo visitaba en el colegio, narro, ... un día me busco y me tenía agarrado muy fuerte porque me quería llevar con ella ... yo estaba asustado, y no quiero volver con ella, mi papá llegó y empezaron a discutir, luego mi

abuela me llevo y de allí ya no la veo (Mamá); Al preguntarle cómo le tratan en la casa donde vive dijo: ... Muy bien, me quieren mucho y me cuidan y mi papá en las tardes me ayuda con las tareas y tengo buenas notas ... situación que se pudo corroborar al revisar cuadernos de diversos cursos del menor donde se pudo apreciar orden y aseo, en la realización de tareas, así como evaluación con notas aprobadas, también dijo que en su lonchera le mandan jugos, frutas y pan. Concluyendo, respecto al menor, que se mostró seguro al hablar, se encontraba correctamente vestido y aseado, siendo su contextura bastante delgada, mostrando buena relación con sus demás compañeros. Respecto al demandante, concluyó: mostró firmeza en su decisión de no permitir que su hijo sea expuesto a riesgos y maltratos psicológicos que se encontraba cuando estaba viviendo en casa de su mamá; en su casa cuenta con el apoyo moral por parte de sus padres, en horas que el demandante no se encuentra. Recomendando: Terapia psicológica de manera urgente a favor del menor con la finalidad que pueda tener un buen acercamiento con su mamá.

Respeto a la demandada – demandante Jessica del Rocio Lacunza Loaces; refiere, que vive conjuntamente con su padre, en la vivienda de propiedad de su madre y consta de una sala, comedor, dos dormitorios, baño, cocina-lavandería y un patio exterior amplio que es usado a la vez como cochera. El dormitorio que la demandada-demandante ocupa consta de una cama de dos plazas, un TV a color de 32', ropero, cómoda de madera, juguetes, libros y hasta una mochila (no fue recibida por el padre) que compró para su hijo. Al momento de la visita, la vivienda se encontraba limpia, ordenada y equipada con todo su mobiliario en buen estado de conservación. En cuanto a las relaciones interfamiliares, expone que estar casada con el demandante – demandado, con quien ha procreado a su hijo, para quien solicita la tenencia, porque se encuentra viviendo con el demandante; refiriendo hechos que expone en su demanda, así como en su contestación de demanda. en cuanto a su situación de salud, refiere que cuenta con seguro médico, es por ello que ante cualquier enfermedad acuden a una clínica particular (SANA) o a la Posta Sagrado Corazón y, tanto ella como su padre, se encuentran bien de salud. En la situación económica, expresa que sus ingresos ascienden a S/1,000.00 soles mensuales, mencionando que el dinero que ella quiere aportar para los gastos de su hijo, no es aceptado por el demandante-demandado. Expresando como diagnóstico: El hogar de la demandante es disfuncional desde que se separó de su esposo hace un año y cuatro meses, pero debido a la negativa del demandado en devolver a su pequeño hijo Mathias (06) al

poder de su madre; esta se ha quedado sola viviendo con su padre en su vivienda. Mientras que el niño actualmente vive con el demandado y su abuela materna, al cual según refiere la demandante, no puede verlo, asistirlo ni menos conversar con él. Añadiendo a ello, su preocupación al manifestar que el niño se encuentra en riesgo por presentar malnutrición, descuido en su aseo personal y hasta temeroso ante la presencia de ella; al parecer por la influencia del padre. Sugiere: evaluación psicológica para los padres y el niño.

Décimo primero: *De la evaluación psicológica de la demandada - demandante*

A la evaluación psicológica, la demandada – demandante Jessica del Rocío Lacunza Loaces, en el rubro Presentación y análisis de los Resultados: Inteligencia: La evaluada muestra clínicamente una inteligencia normal promedio, esperado para su edad cronológica, nivel de instrucción y sociocultural. Personalidad: La evaluada presenta tensión emocional por el proceso judicial que está viviendo, experimentando también momentos de angustia. Tiende a construir argumentación con las que exagera sus cualidades y minimiza sus defectos sintiéndose superior a las demás personas y cuando las cosas salen mal o no tiene control de la situación tiende a culpabilizar a factores externas de dichos errores resistiéndose a aceptar su culpa, tolerando poco la frustración; asimismo en situaciones de mucho estrés puede reaccionar agresivamente como forma de proteger su integridad. Por otro lado puede mostrarse complaciente con las figuras de autoridad acatando sus directivas. Concluyendo: Rasgos de personalidad Narcisista – Dependiente; Ansiedad moderada situacional; Inteligencia normal promedio; Inestabilidad emocional; Poca tolerancia a la frustración; dificultades para resolver problemas familiares. Recomendado: Entrenamiento en relación para que por sí sola aprenda a relajarse en los momentos de tensión.

Décimo segundo: *Sobre la opinión del niño*

En el caso de autos, en la continuación de la audiencia única llevada a cabo conforme a los términos del acta de folios 286-287, con la asistencia del demandante-demandado y demandada-demandante, se procedió a conferenciar con el niño Mathias Valentino Vásquez Lacunza, quien manifestó tener seis años de edad, que vive con su papá, su abuelita, su tía Elena y su tía Santa. Su papá y su abuelita lo llevan a su papá algunas veces su abuelita o su tía Santa lo recogen; come solo otras veces su abuelita le da de comer; ahora no puede salir porque su mamá le va a llevar. Dice que él quiere vivir con su papá

(frase que repite en todo momento). A su papá lo quiere mucho, a su mamá un poco, porque le lleva (frase esta última que constantemente repite)

Décimo tercero: *Sobre las condiciones de convivencia del niño con los padres*

Conforme el mismo demandante lo expresará en su escrito de demanda, así como la demandada, al contestar la demanda y de los actuados en el proceso acumulado, se tiene que desde la fecha del nacimiento de su hijo Mathias Valentino, hasta la fecha que la demandada se retiró del hogar conyugal [15 de diciembre del 2015], el niño ha vivido conjuntamente con sus padres, hasta el quince de enero del 2015 [fecha en la que el demandante – demandado lo lleva], ha vivido con la demandada-demandante; desde el 16 de enero del 2015 hasta la actualidad ha permanecido únicamente con el demandante; refiriendo el niño que quiere más a su papá que a su mamá, porque teme que su mamá lo lleve; sin embargo se aprecia que el niño no puede expresar sus emociones libremente porque conforme se dejó constancia en privado se apreció que muestras sentimientos encontrados [informe social de folios 306 a 308]. De todo lo cual se evidencia que ambos padres reclaman convivir con su hijo para brindarle el apoyo afectivo y material que como padres les asiste, así como también respetando el derecho del niño a tener una vida en armonía recibiendo el cariño y amor de cada uno de sus padres, quienes por sus problemas conyugales, están afectando las emociones de su hijo.

Décimo cuarto: *Conclusión*

En este escenario, si bien, conforme a lo descrito, el hogar materno no presenta condiciones desfavorables para mantener al menor Mathias Valentino Vásquez Lacunza; sin embargo, existen mejores condiciones de habitabilidad en el hogar paterno; así lo indica su estado de salud y estado anímico [constatado en el informe social de folios 306 a 308]; aunado al deseo de la menor [expresado en la continuación de la audiencia única] de seguir viviendo en el hogar paterno; ambiente en el que ha obtenido el apoyo de sus familiares, sin influencias desfavorables, traducida en el hecho de mantener intactos los afectos hacia su madre, mostrado también en audiencia.

Así, la decisión de tomar en cuenta la opinión del niño en la decisión jurisdiccional, cuenta como un elemento corroborante de ella, no determinante, pues es ostensible su falta de aptitud para discernir con objetividad sobre las mejores condiciones que le favorecen, en tanto su opinión tiene un alto ingrediente de subjetividad filial con una innegable inmadurez psico física, por tanto, no puede equipararse la atención que se brinda a la

opinión de un menor en estas condiciones, al ejercicio del derecho de defensa que tutela el orden procesal, sino que es un factor asimilable a él, y nada más. En todo caso, las elucubraciones que se hacen sobre estos temas deben tener siempre el debido sustento en la realidad y correlato en pruebas objetivas, más aún en los Informes sociales, que en estos casos son determinantes para una decisión de esta naturaleza; lazos y entonces, como hemos advertido, tenemos que los informes sociales glosados nos permiten advertir que la decisión de optar por una tenencia compartida parece la más acertada, en tanto mantiene los familiares con ambos padres, pero, privilegia el buen trato, rendimiento escolar, salud y bienestar material del menor, en mejores condiciones que en el ambiente materno; del cual, finalmente, no se la desliga y se posibilita que lo fortalezca en los fines de semana [sábado y domingo], en un primer momento y, posteriormente alternarla feriados y días festivos, cumpleaños y otras festividades como navidad y año nuevo de manera alterna.

III. **PARTE RESOLUTIVA:**

Por estas consideraciones, de conformidad con la opinión del representante del Ministerio Público en su dictamen de folios 371-374, las normas ya glosadas y los artículos I, II, V, IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y en uso de las facultades conferidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la señora Juez del Primer Juzgado de Familia de Trujillo, Administrando Justicia en nombre de la Nación: **FALLA:** **DECLARANDO FUNDADA** en parte la demanda sobre Reconocimiento de Tenencia – Tenencia interpuesta por MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA – JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES contra JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES - MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA; en consecuencia:

- **DISPONGO** la **TENENCIA COMPARTIDA** a favor de ambos padres, respecto de su hijo Mathias Valentino Vásquez Lacunza, correspondiendo al padre, MARCOS JONATAN VASQUEZ HERRERA, durante la semana [lunes a viernes] y a la madre, doña JESSICA DEL ROCIO LACUNZA LOACES, durante los fines de semana [sábado y domingo]; en un primer momento y, posteriormente alternarla, feriados y días festivos, cumpleaños y otras festividades como navidad y año nuevo de manera alterna con el padre; asimismo, **FIJA** un régimen de visitas libre y amplio a favor de ambos padres, en los días en que no vivan con el niño en mención, previa coordinación armoniosa entre ambos padres.
- **DISPONGO** terapia psicológica a favor de los padres de Marcos Jonatan Vásquez Herrera y de Jessica del Rocío Lacunza Loaces en la Oficina de Psicología adscrita a

los Juzgados de Familia de esta Corte Superior [ubicada en Natasha Alta]; por el tiempo que resulte necesario, con la finalidad que encuentren canales de comunicación racionales entre ambos y para con su hijo; y, oportunamente deberán emitir los informes respectivos.

Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución: **ARCHIVASE DEFINITIVAMENTE** estos autos en el modo y forma de ley. **INTERVINIENDO** la secretaria que suscribe por vacaciones de la titular. Notifíquese a quienes corresponda.