



¿El incumplimiento de régimen de visita es razón suficiente para variar la tenencia?

Is non-compliance with the visitation regime a sufficient reason to vary the tenancy?

Félix Enrique Ramírez Sánchez*

Resumen: El autor toma como referencia la Casación N° 3867-2019 para analizar un caso de familia relacionado con el cambio de custodia y guarda como consecuencia del repetido incumplimiento del régimen de visita. Asimismo, se cuestiona que el proceso durase 5 años cuando se trataba de la necesidad de un menor de edad de fortalecer su relación paterno filial y que, para el momento en que se tomó una decisión judicial, el menor había dejado de ser un infante para convertirse en un adolescente, por lo que establece que algunas decisiones pueden afectar derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, como ocurrió en el presente caso.

Abstract: *The author takes as a reference Casación N° 3867-2019 to analyze a family case related to the change of custody and guardianship as a consequence of repeated non-compliance with the visitation regime. Likewise, it is questioned that the process lasted 5 years when it was about the need of a minor to strengthen his paternal-filial relationship and that, by the time a judicial decision was made, the minor had ceased to be an infant to become an adolescent, so it establishes that some decisions may affect rights and interests of children and adolescents, as occurred in the present case.*

Palabras clave: Derecho de Familia / Régimen de visitas / Variación de tenencia

Keywords: Family law / Visitation regime / Variation of custody

Recibido: 10/08/2022 // **Aprobado:** 11/08/2022

* Magistrado de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cuenta con dos másteres en la Universidad de Jaén, España y es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos familiares, y en especial aquellos que giran alrededor del cuidado, custodia, régimen de visitas y alimentos de los infantes, se caracterizan por ser altamente complejos debido a la presencia de dos elementos: el primero, la existencia de una fractura de las relaciones entre los progenitores, quienes no han podido lograr llegar a un acuerdo respecto a las condiciones de vida entre ellos y sus menores hijos, y lo segundo es que dichos resquebrajamientos se encuentran relacionados mayormente a las tensiones y pasiones primarias existentes entre dichos progenitores (afectividades, resentimientos, falta de comunicación, descuidos, actos de violencia, entre otros). Se suma a lo ya mencionado el hecho de que dichos conflictos tienden a ser dinámicos y cambiantes en el tiempo, en la medida que preexisten al proceso mismo, pero pueden continuar y variar durante su tramitación e incluso se extiende a la ejecución del proceso mismo, lo cual se trasluce muchas veces en incumplimientos de mandatos judiciales.

Estas características propias que ostentan los conflictos familiares, sumadas a la exigencia impuesta por el sistema interamericano de derechos humanos y nuestro sistema constitucional de protección a la familia y a los integrantes que la conforman, en especial

de los grupos vulnerables, entre los que se encuentra los niños, niñas y adolescentes, exigen que el abordaje de dichos conflictos sea distinto al proceso civil, debiendo aplicarse un proceso sui generis y autónomo, pues la intervención de los jueces de familia debe ser particular y especializada, debiendo para ello contar con principios y reglas propias que permitan brindar una tutela efectiva reforzada, cuyo fin sea eliminar el conflicto familiar o establecer una nueva forma de estructura familiar de coexistencia, eliminando toda barrera que impida justamente lograr esa armonía necesaria que permita garantizar los derechos de los niños, niña y adolescentes¹.

Estas son las razones por las cuales en los procesos de familia y, en especial, los relacionados con los derechos de los infantes (alimentos, custodia, régimen de visitas, entre otros), la cosa juzgada se relativiza, debido a que las decisiones judiciales finales dictadas en dichas materias no causan estado en la medida en que las circunstancias y el conflicto mismo pueden variar e intensificarse de una manera sustancial que exija que se emita una resolución o sentencia posterior en beneficio de los infantes que garantice el goce de sus derechos fundamentales (incremento o extinción de alimentos, variación de tenencia o régimen de visitas, etc.). En resúmenes cuentas, las sentencias emitidas en referencia a los derechos de los infantes solo

1 Mabel A. de los Santos (2013) precisa justamente que: “Las controversias familiares ostentan características propias que requieren penetrar, y atender a las verdaderas causas que las generan, no solo las formales o superficiales. Son conflictos típicos de ‘coexistencialidad’, en la medida en que casi siempre envuelven e inciden en una amplia y compleja gama de relaciones y situaciones. Su arista humana no desplaza a la jurídica, ni esta, a su connotación constitucional. Se trata, en definitiva, de hallar las soluciones más, beneficiosas para el núcleo familiar” (p. 28).

revisten el carácter de cosa juzgada formal y no material², salvo excepciones³.

Bajo la lógica descrita, de la presencia de la transitoriedad de las decisiones judiciales en materia de infancia es que pretendemos, a través de estas líneas, analizar un reciente precedente judicial expedido por la Sala Civil Permanente de nuestra Corte Suprema, donde abordó la problemática causada por el incumplimiento de un régimen de visitas impuestas judicialmente por parte del progenitor a cargo de la custodia de su hijo y la necesidad de disponer o no la modificación de la custodia a favor del progenitor no custodio. Nos referimos a la Casación N° 3867-2019-Puno (variación de tenencia), la cual declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la madre del niño de iniciales J.L.Z.C., casando la sentencia de vista y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia de primera instancia, que había declarado fundada la demanda de variación de tenencia interpuesta por el progenitor no custodio, y modificándola desestimaron dicha pretensión.

Es por razones metodológicas que hemos creído conveniente iniciar el estudio con una reseña del drama humano detrás de dicho expediente judicial, para luego precisar algunos conceptos convencionales-familiares, sustantivos y procesales que fluyen naturalmente en el presente caso, y, finalmente, a partir de lo desarrollado, proceder al análisis de la decisión final arribada.

I. EL DRAMA HUMANO DE UN INFANTE DESCRITO EN LA CASACIÓN N° 3867-2019

Una idea inicial y previa al relato de los hechos es que detrás de todo proceso de familia donde estén involucrados los infantes y adolescentes existe un problema caracterizado por estar involucrados derechos fundamentales y humanos de un grupo que se encuentran en condición de vulnerabilidad por la edad que ostentan y por estar en proceso de desarrollo, así ha sido reconocido en el artículo X del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente. Por tal razón, debe entenderse que lo que está en juego en un proceso de guarda y custodia, y régimen de visita de los hijos menores de edad, no es el derecho de los progenitores sobre el niño, niña o adolescente, es más bien el derecho de estos últimos a vivir en familia y tener vínculo afectivo con ambos progenitores.

Dicho esto, pasamos a describir el drama humano detrás de la Casación N° 3867-2019-Puno, bajo comentario, y es que se relata la historia del niño de iniciales J.L.Z.C., quien según los datos que pueden extraerse del referido precedente judicial, al promoverse la demanda de variación o modificación de tenencia [debiendo decir guarda y custodia] el infante ostentaba 6 años de edad⁴ y al término del proceso mismo⁵, contaba con 11 años, lo que hace colegir que el proceso duró aproximadamente 5 años, dato que tendremos

2 No olvidemos que la cosa juzgada formal, implica que si bien la sentencia es inimpugnabile, ello solo es dentro del proceso que se dictó, ya que existe la posibilidad de obtener, en un proceso posterior, un resultado distinto al alcanzado en el primer pronunciamiento, para lo cual debe existir razones constitucionalmente válidas, como ocurre en el derecho de familia. El legislador lo ha reconocido incluso en forma expresa en los artículos 477, 482, 483, 554 y 557 del Código Civil, artículos 570 y 571 del Código Procesal Civil, artículos 82 y 86 del Código del Niño y Adolescente, entre otros.

3 Debemos dejar en claro que existen conflictos familiares relacionados a temas patrimoniales y otros que sí revisten cosa juzgada material, lo cual se da de carácter excepcional.

4 La fecha de inicio del proceso data del 13 de julio del 2016.

5 Se toma como referencia la fecha de la sentencia casatoria emitida 31 de agosto del 2021.

en cuenta más adelante, al momento del análisis de la sentencia casatoria.

El conflicto familiar se origina con la ruptura de la relación convivencial entre los progenitores del niño de iniciales J.L.Z.C., lo que trajo como consecuencia la separación entre ambos, siendo que el hijo de ambos quedó bajo el cuidado de su señora madre. Es así que, ante la necesidad de entablar una relación paterno-filial, el padre se vio obligado a interponer una demanda de régimen de visitas (Expediente N° 465-2011), obteniendo una sentencia favorable y donde se determinó la guarda y custodia del citado infante a favor de la madre y un régimen de visitas con externamiento a favor del padre, la cual quedó firme. No obstante, de existir dicho mandato judicial, la madre se resistió a dar cumplimiento a la sentencia, causante que se formalizará una investigación penal contra ella por la presunta comisión del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

Esta situación vivida por el padre de no haber podido ejercer el régimen de visitas con su menor hijo, debido a la “actitud altamente obstruccionista de la madre”, es lo que llevo nuevamente a interponer una demanda, esta vez solicitando la modificación de las medidas decretadas precedentemente, variando la guarda y custodia del citado infante a favor del ahora recurrente; para ello invocó como norma aplicable al caso concreto el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente.

En primera instancia, la demanda fue declarada fundada, disponiendo que la guarda y custodia debería ser ejercida por el padre y, a la vez, estableció un régimen de visitas con externamiento a favor de la madre, siendo el argumento central de dicha decisión el haberse demostrado la actitud negativa y renuente de la madre de permitir el contacto del padre con su hijo, la cual continuó en el presente proceso al no permitir que se brinde

la declaración de su hijo ante el juez. Dicha decisión fue apelada por la madre, la cual fue resuelta por la Sala Superior, que confirmó la sentencia recurrida, bajo los mismos argumentos de resistencia y desobediencia por parte de la apelante a la autoridad y que fueron expuestas por el juez de primera instancia; sumando el hecho que el padre cumplió con acreditar que se encuentra al día en los pagos de pensión alimenticia.

La madre interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista, así la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resolvió a través de la Casación N° 3867-2019-Puno, declarando fundada dicho recurso de casación, casaron la sentencia de vista y actuando en sede de instancia, revocaron la misma, y modificando el sentido del fallo, declararon infundada la demanda interpuesta por el padre biológico del infante. Dicha Sala Suprema expone como argumento que el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente establece que en caso de resistencia al cumplimiento del régimen de visitas establecidos judicialmente dará lugar a la variación de la tenencia; sin embargo, interpreta que dicha directiva es condicional y no imperativa para el juez, por lo que no debe aplicarse de manera imperativa, ya que debe evaluar siempre el interés superior del niño; y es a partir de dicha justificación jurídica que establece que el escenario en la que se encuentra el niño de iniciales J.L.Z.C es complejo y trágico, ya que, por un lado, el padre habría incumplido sus deberes de alimentación respecto a su hijo por otro, la madre tiene una actitud dolosa de incumplir mandatos judiciales, resistiendo a que su hijo tenga una relación afectiva con el padre biológico; sin embargo, señala que no es viable la pretensión interpuesta, ya que ello implicaría un trauma para el niño, en la medida que este se encuentra vinculado con su madre sin interrupción alguna desde su nacimiento; y que, si bien es un

acto reprochable el de la madre de no permitir el contacto entre padre e hijo, ello no justificaría desligarla de ella.

En resumen, para este Tribunal Supremo, el hecho dramático, calificado por ellos como un “cuadro trágico”, no constituyen, razonablemente, un cambio de circunstancias que amerite el cambio de custodia y guarda del adolescente de iniciales J.L.Z.C, avalando así, la situación de resistencia por parte de la madre de ejecutar un régimen de visitas impuesto judicialmente, la que ha permanecido durante la tramitación del proceso mismo (5 años) y tal vez, se extienda en el tiempo, lo que hace colegir que continúa nula

“Si bien, una de las dificultades que se plantea a nivel casuístico es la indeterminación de dicho principio, debido a su imprecisión conceptual, ello ha sido superado tanto a nivel infranormativo como jurisprudencial, entendiendo que su real contenido es el de ser considerado una regla-principio.”

la relación paterno filial del progenitor con su ahora adolescente hijo.

II. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO REGLA APLICABLE EN TODA DECISIÓN JUDICIAL

El presente item tiene como objetivo el estudio de las categorías jurídicas involucradas en el drama humano descrito líneas arriba, para ello debemos partir de la idea clara y concreto que el Derecho de Familia y sus instituciones como es la guarda y custodia [mal llamado tenencia], se ha reinterpretado a partir del proceso de convencionalización y constitucionalización que viene experimentando el Derecho de Familia en particular, y es que gira alrededor del principio de supremacía normativa que establece que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, constituyen parámetros de validez de toda norma infraconstitucional y de todo acto de poder, sea este público o privado⁶.

En esa lógica, es claro que debemos iniciar el estudio con dos principios convencionales y constitucionales que le otorgan validez a la figura de la guarda y custodia, y bajo las cuales debe interpretarse y aplicarse al momento de resolver un caso concreto referido a los infantes. Nos referimos al principio del interés superior del niño y el derecho del niño, niña y adolescente a vivir en familia y a tener contacto con ambos progenitores.

6 Nuestra Constitución reconoce que tanto las normas constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, como las interpretaciones desarrolladas por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en aplicación del principio de supremacía constitucional, la fuerza normativa suprallegal y prevalente sobre las demás normas legales y sobre las demás interpretaciones existentes y emitidos por otros órganos jurisdiccionales o administrativos, así se infiere de la lectura de los artículos 51, 55 y cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, como del artículo 27 de la Convención de Viena sobre los tratados y artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos VII y VIII del TP del nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307).

El principio del interés superior del niño se encuentra reconocido en forma expresa en la Convención sobre los Derechos del Niño⁷ y tácita en nuestra Constitución⁸ y, a la vez, en el Código del Niño y Adolescente⁹; sin embargo, encuentra un desarrollo legislativo en la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño; y su Reglamento, Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP. Estas dos últimas normas mencionadas constituyen herramientas básicas y obligatorias para las distintas entidades públicas (incluido el Poder Judicial y en todos los niveles como es la Corte Suprema) o privadas cuando adopten decisiones que afecten directa o indirectamente a las niñas, niños y a adolescente.

La constante alusión de las leyes a tal interés superior tiene una justificación objetiva debido a que el sistema internacional de los derechos humanos y nuestro sistema constitucional reconocen la condición especial de vulnerabilidad en la que se encuentra los niños, niñas y adolescentes debido a la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, siendo personas en proceso desarrollo y crecimiento. A la vez, reconocen también la necesidad de generar circunstancias

que les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como seres humanos, lo que supone la obligación del Estado de brindar protección especial y reforzada hacia ellos, debiendo optar por aquellas decisiones –sea naturaleza legislativa, administrativa, judicial o privada– que favorezcan la realización de sus derechos fundamentales (CIDH, 30 de noviembre del 2017), y es que, como lo indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CIDH– los Estados deben constituir el andamiaje fundamental y las estructuras operativas necesarias para la efectiva vigencia, protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin los cuales los marcos normativos que reconocen estos derechos devienen inaplicables e inefectivos en las prácticas y los derechos irrealizables (CIDH, 17 de octubre 2013). En suma, este principio implica el reconocimiento de los infantes y adolescentes como sujetos titulares de derecho, además de reconocerles el derecho a una protección especial, digno de atención, promoción, previsión y protección, a la cual el Estado y la sociedad misma se encuentra obligada.

Si bien, una de las dificultades que se plantea a nivel casuístico es la indeterminación de dicho principio, debido a su imprecisión

7 Artículo 1 de la Convención sobre los derechos del Niño.- “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienes social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...)”.

8 El principio-derecho del interés superior del niño deriva del artículo 4 de la Constitución Política de Perú, norma que señala “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC N° 1813-2009-PHC/TC de fecha 07/10/2009, al indicar “(...) este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución”.

9 Artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo; Legislativo, Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el **respeto a sus derechos**”.

conceptual, ello ha sido superado tanto a nivel infranormativo¹⁰ como jurisprudencial¹¹, entendiendo que su real contenido es el de ser considerado una regla-principio, que guía la conducta de las **entidades estatales, públicas, privadas y la comunidad en general, exigiendo que opten, en aquellas situaciones o conflictos donde se halle involucrados los niños, niñas y adolescentes, por aquella medida idónea, razonable y adecuada que satisfaga de manera más afectiva sus derechos fundamentales, debiendo para tal efecto sopesar y ponderar los intereses del niño frente a otras consideraciones y las posibles repercusiones positivas y negativas de la decisión.**

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa en la Opinión Consultiva 17/02 que el citado principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de su potencialidad, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aclara dicho organismo internacional que en toda medida que se opte en referencia al niño, niña y adolescente debe procurarse, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño

(entiéndase ejercicio de sus derechos fundamentales), para lo cual puede hacerse uso de los “cuidados especiales” y de medidas de protección, de ser necesario, la cual está prevista en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y es que toda decisión que se tome debe tenerse en cuenta las características particulares en la que se halla el niño en el caso concreto, así como visibilizar aquellos factores que concurren como es la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar, cuidado, entre otros, y a partir de la ponderación de derechos debe buscarse la solución que más optimice el ejercicio de sus derechos.

De lo anterior podemos colegir que dicho principio contiene un concepto dinámico, el cual obliga, a todo ente público o privado, a justificar o explicar cómo se ha evaluado el interés superior del niño al momento de optar por una decisión que lo involucre. En el ámbito judicial dicha obligación se trasluce en una garantía mínima, denominada “motivación reforzada”, debido a que debe exponer razones válidas por las cuales ha optado el juzgador por dicha solución, en un caso concreto, en tanto, la decisión dictada puede afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, cuya titularidad le pertenece al

10 El artículo 2 de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17/06/2016, señala: “El **interés superior del niño** es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su **interés superior** en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, **garantizando sus derechos humanos**” (el énfasis es nuestro).

11 **STC N° 02079-2009-PHC/TC** de fecha 09/09/2010: “En consecuencia, el deber especial de protección sobre los derechos del niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas, sino también a las entidades privadas e inclusive a la **comunidad toda**, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente”.

niño, niña y adolescente, que es un sujeto de derecho y protección internacional.

El Protocolo para Juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, explica la necesidad de dicha motivación reforzada en materia de infancia impuesta por el principio internacional del interés superior del niño en su expresión como regla procedimental, el cual reproducimos:

Así, el concepto del interés superior de la infancia es complejo, flexible y adaptable, por lo que debe determinarse de conformidad con las circunstancias concretas. Para ello las autoridades tienen un deber reforzado de protección integral que les obliga a evaluar y determinar el ISM fundamentando y motivado –de manera reforzada– el cómo y por qué la decisión tomada atiende a dicho principio rector. Lo anterior debe tomarse en cuenta, incluso, cuando sus derechos no formen parte de la litis o las partes no lo hagan valer. (Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la nación [México], 2021, p. 49)

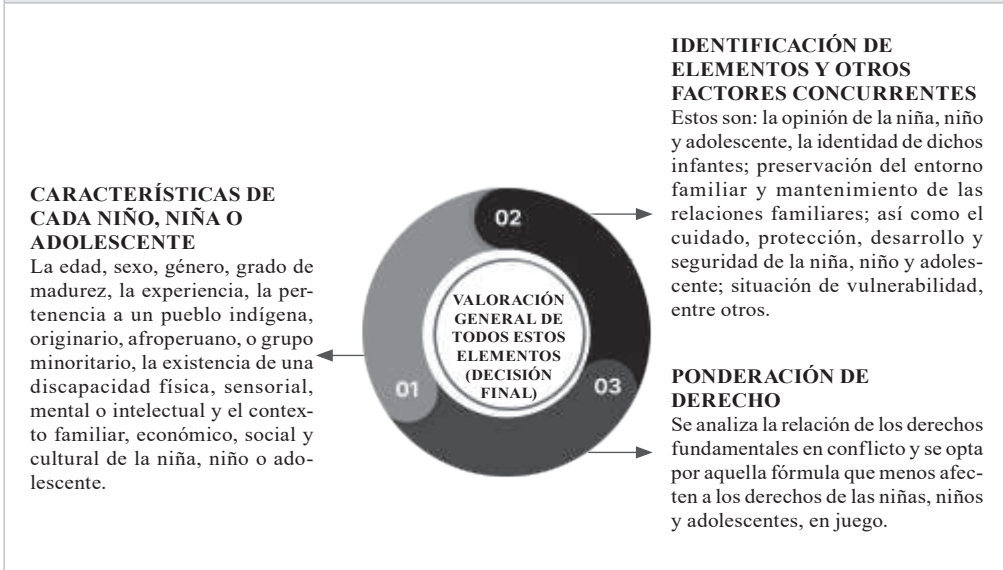
Resumiendo lo desarrollado hasta este momento, decimos que el interés superior del niño, en el ámbito judicial, se materializa como una norma de procedimiento,

a través del cual exige a los juzgadores respeten como parámetro convencional que toda decisión judicial que involucre un derecho fundamental de la infancia y adolescencia, debe contener una “motivación reforzada” que priorice en la medida de lo posible el goce de sus los derechos fundamentales, siendo esta una regla de procedimiento¹². Ello implica que deberá explicar el juez cómo se ha respetado el interés superior del niño y el derecho sustantivo en juego en el caso concreto, debiendo analizar mínimamente el contexto en la cual se encuentra el niño, niña y adolescente, así como ponderó los intereses del niño o adolescente frente a otras consideraciones.

Es bajo este estándar convencional de justificación reforzada que debe expresar toda decisión judicial, que el Decreto Supremo N° 002-2018-MIM Reglamento de la Ley N° 30466 - Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, acogiendo los lineamientos fijados el Comité de Derechos del Niño fijados en la Observación 15 (párrafo 6), es que esquematizó todo el procedimiento del razonamiento que debe realizar el juez en toda decisión judicial que involucre a dichos infantes y que debe visibilizarse en la Sentencia misma, el cual se encuentra establecido en los artículos 7 al 10 de dicho reglamento. A continuación, esquematizaremos dichos parámetros.

12 No olvidemos que el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 14 específico que el interés superior del niño encierra un concepto triple, al ser considerado un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. En cuanto a esto último, ha señalado que ello implica que los juzgadores deben cerciorarse de que los derechos y garantías procesales sea las adecuadas y se cumplan en el caso concreto, para lo cual hace mención a la justificación como parámetro obligatorio.

Cuadro N° 1: Elementos que debe evaluar y contener toda decisión judicial en el marco del ISN (motivación reforzada)



Del cuadro N° 1 podemos afirmar que el juez debe analizar y valorar en forma conjunta estos tres elementos: (i). **las características que posee el niño, niña y/o adolescente implicado en el caso concreto**, tanto a nivel individual como familiar, debiendo identificar la edad, sexo, género, grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo étnico o minoritario, la presencia de discapacidad, así como el contexto familiar en el que se desarrolla; (ii). **identificar elementos y otros factores concurrentes**, como son la opinión del niño, niña y adolescente, el cual debe tenerse en cuenta según el grado de madurez y la autonomía progresiva que adquiera en su desarrollo personalmente; la identidad de la infante implicada (el cual abarca características como nombre, edad, lengua materna, origen biológico o afectivo, etc.); preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones afectivas entre sus miembros; así como el cuidado, protección, desarrollo y seguridad de la niña, niño y adolescente; y, finalmente, la situación

de vulnerabilidad en la que se encuentra (test de vulnerabilidad); y, (iii). **ponderación de derechos**, el cual se realiza con un adecuado análisis de la relación de preferencia entre los derechos en juego en el caso concreto.

Estos tres elementos deben ser evaluados por parte de los jueces o juezas, en forma conjunta e integral, considerando la interrelación existente entre ellos, y a partir de aquello, tomar la decisión más adecuada que permita maximizar los derechos sustantivos en juego, materializando así el interés superior del niño; caso contrario, la decisión no solo no será injusta, sino que no estará acorde a derecho, pasando a constituir una decisión arbitraria.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE TODA NNA A UNA FAMILIA: A NO SER SEPARADOS DE ELLOS Y A TENER CONTACTO CON AMBOS PROGENITORES

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha resaltado, de manera clara, que

los niños y las niñas poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tiene además derechos especiales derivados de su condición. Dentro de dicha gama de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, cobra especial relevancia el de “tener una familia y no ser separada de ella”, el cual tiene un reconocimiento implícito y se extrae de la lectura de los distintos instrumentos internacionales como es la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 17.1), como la Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo y artículo 9.1), que reconocen, por un lado, que la familia es el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, por ser considerado el espacio natural por excelencia para el desarrollo personal integral de sus integrantes y, en particular, de los niños por su propia condición; por tanto, no pueden ser separados arbitrariamente de ellos; y, por otro lado, reconocen la obligación de la familia de brindar a los niños, niñas y adolescentes la estabilidad emocional y bienestar, recayendo sobre ellos la responsabilidad de su crianza y desarrollo¹³.

Por su parte la Corte IDH ha manifestado que:

[El] niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los

artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia

(...) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior del aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Nuestro ordenamiento interno reconoce dicho derecho específico de manera expresa en el artículo 8 del Código del Niño y Adolescente, al señalar que “el niño y el adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno familiar (...). El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia, sino por circunstancias específicas (...).

En esa misma línea, tenemos lo indicado por nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1817-2009-PH/TC, que reconoce su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, indicando lo siguiente:

A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra

13 El mismo preámbulo de la convención sobre los derechos del niño reconoce la necesidad de brindar apoyo a las familias, en un sentido amplio, por ser el escenario principal en el que los niños se desarrollan. En tal sentido se indica: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo a la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2 , incisos 1) de la Constitución.

En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento esencial en la vida de la familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de Ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no existe un ambiente familiar de estabilidad y bienestar (...).

De este modo, en virtud de este derecho, la familia asume, en primer orden, la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone en relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. De ahí que la unidad y la estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres, quienes están obligados a brindarles el cuidado y amor, generándose, en contraposición a ello, otro derecho

fundamental del niño como es el tener contacto y acrecentar su relación afectiva con ambos progenitores, en tanto ello le permite consolidar su identidad y estabilidad emocional, ello incluso en el caso de ambos padres no convivan juntos.

«El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha resaltado, de manera clara, que los niños y las niñas poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tiene además derechos especiales derivados de su condición.»

No debemos olvidar que la condición de divorciados o separados o no convivientes de los progenitores no puede implicar para los hijos una interpretación diversa de la tutela de su mejor interés, ello en el marco de la plenitud en el ejercicio de sus relaciones paterno-filiales, y es que persiste bajo este nuevo contexto familiar (separación) la obligación de ambos padres de cumplir con la crianza y cuidado de su hijo y/o hija; como también el de asegurar el vínculo afectivo de este con ambos padres, en tanto permite su desarrollo personal y emocional; consecuentemente, los progenitores están imposibilitados a impedir el contacto de su hijo con el otro progenitor e incluso con los miembros de la familia extensiva; salvo que exista una justificación razonable y constitucionalmente válida, la cual tiene carácter excepcional, lo contrario implicaría una transgresión a la unidad familiar.

Es interesante lo señalado por la jurisprudencia comparada respecto al marco de la obligación de los niños, niñas y adolescentes a tener contacto con sus progenitores, a pesar de las divergencias sostenidas entre ambos, así tenemos la sentencia expedida por la Corte Constitucional colombiana en la **T-384/18**, donde refirió:

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella sin duda va más allá de la mera obligación de los padres de sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos, ya que trasciende a un nivel de distintas manifestaciones como el recíproco afecto, el continuo trato, la permanente comunicación, el ejemplo de vida y de dirección, es decir, genera una conexión directa con el cuidado y el amor. Tan así resulta lo anterior, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “el niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que puedan afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los padres no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad”. Tan fuerte es el reconocimiento de este derecho en favor de los niños, niñas y adolescentes, que el ordenamiento constitucional, los diferentes tratados internacionales que obligan a Colombia y los desarrollos legales internos en materia de infancia y adolescencia promueven la unidad familiar en tanto resulta ser piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores. Así, el artículo 44 superior reconoce expresamente como derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes el tener una familia y no ser separados de ella, a su vez que el Código de la Infancia y la Adolescencia

establece en el artículo 22 que tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella; por consiguiente, los niños, niñas y adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos.

En resumidas cuentas, el derecho a vivir en familia comprende dos aspectos: (i) el derecho de niñas, niños y adolescentes a permanecer en su hogar y no ser separados de su padre/madre o familiares contra su voluntad, excepto que exista un peligro o riesgo grave para su integridad; y (ii) el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con ambos progenitores, aun en el caso de separación o divorcio, salvo que se demuestre ante una autoridad jurisdiccional que ello es contrario a su bienestar y seguridad, por ejemplo que ejerzan algún tipo de violencia en su contra o impida irrazonablemente que tenga contacto con el otro progenitor.

IV. LA GUARDA Y CUSTODIA (TENENCIA) Y RÉGIMEN DE VISITA COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR EL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A VIVIR EN FAMILIA Y A TENER CONTACTO CON AMBOS PROGENITORES

Como ya hemos mencionado líneas arriba, existe una obligación de los progenitores de sostener y garantizar el desarrollo de sus hijos menores de edad, pero ello va más allá de un compromiso económico, y más bien trasciende a la esfera de lo afectivo, en la medida que debe brindar un recíproco afecto, asegurar el continuo trato, así como una permanente comunicación, ser un ejemplo de vida y de dirección, ello indistintamente de la relación que puedan tener los padres o de la separación que tengan ambos. Esta obligación integral es parte de la responsabilidad

parental que tiene los padres respecto de los hijos, responsabilidad que también se extiende a la comunidad y al Estado, los cuales deben intervenir cuando existen discrepancias a nivel familiar respecto al desarrollo y ejercicio de los derechos del niño.

Sobre el particular, resulta de interés para el presente artículo, invocar lo señalado por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-284/18 de fecha 20 de septiembre del 2018, que certeramente reconoce el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a convivir a tener contacto con sus padres y la obligación sobre aquel, pese a las desavenencias y desencuentros que puedan existir entre ellos, así indica:

El niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que puedan afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los **padres no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad.**

Entonces, no cabe duda que existe una obligación compartida por parte de los progenitores respecto a la custodia y cuidado personal de sus menores hijos, y es que la convivencia entre padres directamente con sus hijos permite el acompañamiento y crianza en su proceso formativo, ya que coadyuva a su desarrollo integral, lo que permite, a su vez, lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. La custodia y guarda deriva justamente de lo establecido en los artículos 418 y 423 numerales 1, 2 y 5 del Código Civil, y artículo 74 literales a), c) y e) del Código del Niño y Adolescente, y debe ser interpretado bajo los parámetros del derecho de los infantes a la familia y a tener contacto con sus progenitores.

Aquí hacemos un punto aparte para aclarar que no utilizaremos el término previsto legalmente para hacer referencia a la obligación

de cuidado de los padres: “tenencia”, ya que dicha expresión no responde al actual contenido del derecho que designa, y más hace referencia a pertenencia de los hijos, lo que implicaría desconocer su condición de sujetos de derechos y más bien los cosifica. Es por ello que utilizaremos el término más adecuado y exigido por el sistema integral de protección de los infantes y adolescentes como es el de “custodia y guarda”.

Volviendo al tema central, lo ideal es que el niño, niña o adolescente permanezca bajo la custodia conjunta de sus padres, por ser lo que más se ajusta el interés superior del niño; sin embargo, existen situaciones donde ello no es viable por cuanto ambos progenitores se encuentran separados, pero ello no implica, tal como se ha desarrollado *supra*, que dicha separación deba romper la relación paterno-filial; por el contrario, existe la necesidad de que ambos progenitores deban decidir, de la manera más armoniosa, la forma en que deban ejercer la custodia o tenencia, la cual puede ser compartida o exclusiva de uno de los padres, siendo el pilar para ello la forma que más garantice el derecho del niño, niña y adolescente.

Consecuentemente, los padres separados en ejercicio de la responsabilidad parental que ostentan deben actuar con madurez al momento de decidir sobre custodia de sus hijos, la que, en rigor, debe darse de forma armónica y a través del diálogo alturado, buscando siempre el interés superior del niño, ponderando el contexto en el que se encuentran y la búsqueda de las mejores condiciones para su desarrollo, manteniendo los lazos efectivos del hijo o hija con sus padres. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, en la STC N° 01817-2009-PHC/TC:

(...) el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que

«El derecho a vivir en familia comprende dos aspectos: (i) el derecho de niñas, niños y adolescentes a permanecer en su hogar y no ser separados de su padre/madre o familiares contra su voluntad, excepto que exista un peligro o riesgo grave para su integridad; y (ii) el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con ambos progenitores, aun en el caso de separación o divorcio, salvo que se demuestre ante una autoridad jurisdiccional que ello es contrario a su bienestar y seguridad.»

impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

De no existir un acuerdo entre los progenitores sobre la tenencia o custodia de sus hijos en el marco de la ruptura de las relaciones entre ellos, es el Estado, específicamente el Poder Judicial, que debe intervenir para definir y garantizar la estabilidad familiar del niño y su derecho a vivir en familia y entrelazar lazos afectivos con ambos progenitores, a través de

la fijación de la custodia y guarda, como también de un régimen de comunicación y contacto paterno filial (denominado régimen de visitas) para el progenitor no custodio, situación que debe resolverse a través del proceso único establecido en el artículo 160 del Código del Niño y Adolescente.

Debe resaltarse que ambas formas: la custodia exclusiva y régimen de visitas, son pretensiones que están ligadas una a la otra, son como la cara y sello de una misma moneda, en la medida que al otorgar el juez la custodia monoparental o exclusiva a favor de uno de los progenitores, implica que a la vez debe garantizar el régimen de visita y comunicación a favor del otro progenitor no custodio, así como la relación afectiva del niño y/o adolescente paterno-filial, asegundado la comunicación y/o lazos entre ambos, lo cual facilitará el desarrollo personal del infante o adolescente. Lo dicho arroja como resultado una regla procesal: si bien la determinación de un régimen de visitas a favor del demandado o demandada no fue formalmente solicitado por la parte actora en su demanda de custodia y guarda, ello no impide para que el juez de familia, en uso de las facultades que le confiere la ley, fije en sentencia uno a favor del progenitor que no dispone de la custodia y cuidado, atendiendo el interés superior del niño, ello debido a que el régimen de visitas es una pretensión accesoria e implícita del proceso de custodia y guarda; o viceversa si se discute una pretensión de régimen de visita, implícitamente se está discutiendo la custodia y cuidado a favor de uno de los progenitores y el pronunciamiento abarca ambos conceptos; y es que la fuerza de dicha regla procesal la encontramos en lo previsto en el artículo 84 inc. c) del Código del Niño y Adolescente que indica que para el padre que no obtenga la tenencia del niño o adolescente debe señalarse el régimen de visita, pretensión accesoria que se encuentra tácitamente ligada a la de tenencia, así lo ha establecido la

Corte Suprema en la Casación N° 3172-2005, situación que obliga al juez que en caso de omisión en la pretensión por parte del demandante o demandante lo incluya en la sentencia por ser parte de la tenencia misma. La sentencia casatoria invocada señala lo siguiente:

Si bien la determinación de un régimen de visitas a favor del demandado no fue formalmente solicitada por la actora en su demanda, ello no impedía al *a quo*, en uso de sus facultades que le confiere la ley, fije uno a favor del padre que no dispone de la tenencia, atendiendo el interés superior del niño.

Por su parte, la guarda y custodia de los hijos, es, según lo establecido en el Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1997:

(...) una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidarlo y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario.

Así, la custodia debe ser entendida no como una facultad exclusiva del progenitor, sino que debe ser entendida como una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral, asegurando el pleno goce de sus derechos, incluido el derecho a mantener una relación afectiva con ambos padres.

El proceso de custodia, mal llamado tenencia, no viene a ser sino el medio a través del cual el Estado asume la responsabilidad parental en un sentido amplio, ante la falta de acuerdo entre los progenitores respecto a la forma en que debe ejercerse el cuidado sobre sus menores hijos en un contexto de conflicto familiar, donde decidirá el modo y la forma como debe ejercerse la custodia del niño, asegurando el derecho no del padre, sino del

hijo a la familia y a entrelazar vínculos afectivos con ambos padres, así como crecer en un ambiente de afectivo y seguridad. Ello se ve reflejado en el artículo 81 del Código del Niño y Adolescente, que señala:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determinaba de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña y adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia, la resolverá el juez especializado, citando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Por otro lado, el régimen de visita o régimen de comunicación entre el padre no custodio y su hijo menor de edad es definido, en palabras del profesor Varsi (2012), como

(...) una relación jurídica básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él, como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre, a quien no ve cotidianamente. (p. 311)

Por su parte, el profesor argentino Claudio Belluscio considerada al régimen de visita como el derecho del progenitor que no ejerce la guarda de su hijo menor a tener una adecuada comunicación con este, el cual es de carácter inalienable e irrenunciable, por lo que solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que ponga en peligro la seguridad del menor o

su salud física o moral, todo lo cual requiere la incorporación a la causa de elementos suficientes como descartar la continuidad de las visitas (Belluscio, 2012, pp. 24-25).

Lo innegable es que el juez de familia, quien a partir de un escrutinio estricto del contexto particular en que vive el niño, niña o adolescente, como del conflicto familiar generado alrededor del infante, y la opinión del niño, debe decidir la forma y modo como debe ejercer dicha guarda y custodia, como el régimen de visitas o viceversa, garantizando así el derecho del niño, niña y adolescente a ser cuidados por ambos padres y a mantener con ellos el contacto personal y consolidar las relaciones afectivas paterno-filiales, para lo cual debe cumplir estrictamente los parámetros de justificación que exige el interés superior del niño y que ha sido desarrollado en el cuadro elaborado *supra*; y en los artículos 7 al 10 del Decreto Supremo N° 002-2018-MIM, Reglamento de la Ley N° 30466 - Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

De optar por la custodia exclusiva o momoparental a favor de uno de los padres, debe asegurarse el régimen de visitas y/o comunicaciones del otro padre no custodio, porque ello asegura el derecho de su hijo a tener contacto con este último, lo que permitirá solidificar el vínculo afectivo paterno-filial o materno-filial y, por ende, asegurar su desarrollo integral. El juez debe abordar y resolver el conflicto familiar en su integridad, tan es así que puede, al margen de la decisión sobre la custodia y régimen de visita/comunicación, disponer en la misma sentencia medidas de protección complementaria a favor del infante cuando el caso lo requiera –como es la presencia de actos de violencia contra la niña, niño y adolescente–, ello en mérito a lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El faro que guía dicha decisión del juez es la regla proinfante, cuya finalidad será siempre el bienestar integral y armónico de los hijos menores de edad.

V. EL INCUMPLIMIENTO JUDICIAL DEL RÉGIMEN DE VISITAS COMO RAZÓN SUFICIENTE PARA DISPONER LA VARIACIÓN DE LA CUSTODIA Y GUARDA

El sistema internacional de los derechos humanos de los infantes y el Derecho Procesal de familia, en particular, nos recuerdan, conforme a lo indicado líneas arriba, que las sentencias judiciales que definen la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino formal, de tal manera que en cualquier tiempo se puede acudir al juez de familia para que este evalúe las condiciones que son más adecuadas para el bienestar de los menores y sus derechos fundamentales, y solo podrá disponer la variación o modificación de las medidas dictadas previamente en otro proceso en razón de la concurrencia de dos situaciones concretas: la primera, debido a las cambiantes relaciones interpersonales entre los progenitores y de estos con sus menores hijos; y la segunda, que la nueva estructura fáctica por la que atraviesa el niño, niña o adolescente constituya una razón suficiente para disponer la modificación o variación de las medidas dictadas previamente en el otro proceso.

Solo si los nuevos actos posteriores a la primera sentencia dictada en un proceso de custodia y guarda y/o régimen de visitas ponen en peligro la integridad del infante, el juez, a tenor del interés superior del niño, debe privilegiar la figura de la protección del niño sobre la cosa juzgada, debiendo proveer lo que sea conducente sobre la petición de modificación de guarda y custodia y/o régimen de visita. Y es que una de esas razones o

causas que pueden provocar la modificación de la guarda y custodia, y el régimen de visita impuesto anteriormente es el supuesto previsto en el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente, norma que hace referencia a los actos u omisiones realizadas por el progenitor a quien se le otorgó inicialmente la custodia, que impiden a su hijo contacto con el padre que cuenta con un régimen de visita, causa que abordaremos en este ítem, por estar vinculando con la casación a comentar.

Dicho artículo parte de la idea de que los progenitores tienen la responsabilidad solidaria, incluso a pesar de estar separados, de asegurarse que los niños, niñas y adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, lo que implica que deben promover, permitir y garantizar que se genere los lazos afectivos del niño con el progenitor no custodia, existiendo así la obligación de cumplir con las disposiciones judiciales que ordenan un régimen de visitas. Ello se justifica prevalentemente desde la perspectiva constitucional del interés superior del niño y el derecho de los niños a tener una familia y generar vínculos con ambos progenitores; sin embargo, de ocurrir el supuesto a través del cual el progenitor custodia impide de manera reiterada e injustificada alterará la convivencia de su hijo con el progenitor no custodia, siendo lo más grave la existencia previa de sentencia que le ordena el mismo.

Así el supuesto fáctico previsto en el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente, constituye una circunstancia grave que, sin duda, afecta el desarrollo emocional y evolutivo del

niño y/o adolescente, tal es así que es considerada una conducta alienadora por parte del padre que se encuentra la custodia contra el niño, niña y adolescente y por ende un acto de violencia psicológica, el cual traerá ciertas secuelas –pudiendo ser muy graves– en la vida posterior del infante; es por ello que la citada norma prevé como solución la modificación de régimen de visita a una de custodia y guarda, la cual debe ser compartida o exclusiva al otro progenitor y otra forma, siempre que permitan el contacto con ambos progenitores.

La solución prevista en la norma en comento, respecto a la modificación del régimen de visita por un cambio de custodia no es imperativa para el juez, en la medida que se encuentra obligado a evaluar el contexto del caso mismo, las circunstancias en las que se encuentra afectado el niño, niña o adolescente y, finalmente, ponderar los derechos en juego, estableciendo luego de un análisis integral, una mejor solución al caso concreto, pudiendo incluso aplicarse la suplencia de queja deficiente, para buscar la solución más efectiva que garantice el derecho del niño afectado a restablecer su derecho a tener contacto con sus progenitores¹⁴.

La Corte IDH, en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, estableció la gravedad de los efectos que implica el impedir que una niña o niño o adolescente tenga contacto y vínculo afectivo con su padre, en tanto, reconoce que ello afecta no solo la identidad de dichos infantes, sino también su derecho a vivir en familia; así reproducimos lo dicho:

14 La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertada en causa contenido en el Expediente N° 02914-2017-0-1601-JR-FC-04, ha precisado que: “La suplencia de queja deficiente es una herramienta procesal convencional y obligatoria en los procesos donde se discuten los derechos de los niños, niñas y adolescentes; la cual, exige a los jueces y juezas remediar las deficiencias de las pretensiones inicialmente planteadas o integrar las existentes en aras de garantizar y maximizar los derechos fundamentales de dichos infantes, brindando así una verdadera tutela efectiva diferenciada y reforzada”.

El hecho [de] que en todos estos M (nombre de la niña) no haya tenido contacto o vínculo con su familia de origen no le ha permitido crear relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de creer con su familia biológicas y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar.

La fórmula prevista en el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente no es nueva en el Derecho, ya que en la realidad es un hecho recurrente, así tenemos que también se encuentran presente en el Derecho comparado e incluso de una manera más amplia. Así tenemos el artículo 323 Séptimus, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal de México, donde indica:

Artículo 323 Séptimus.- Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la consciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con una de sus progenitores o destruir sus vínculos con un de sus progenitores.

La conducta descrita en el párrafo anterior se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres. Quien acredita dicha conducta será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, esta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el

cuidado del progenitor alienador o de la familia de este, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que ha diagnosticado dicho trastorno. (...).

Desarrolladas las categorías jurídicas vinculadas al caso concreto es que procedemos al análisis de la decisión judicial dictada por nuestra Corte Suprema en la Casación N° 3867-2019-Puno (variación de custodia).

VI. COMENTARIOS A LA CASACIÓN N° 3867-2019-PUNO (VARIACIÓN DE CUSTODIA)

La Casación Judicial N° 3867-2019-Puno había confirmado la sentencia de primera instancia, que declaró fundada la demanda a favor del padre del niño de iniciales J.L.Z.C. y ordenó la variación de la tenencia de la misma a su favor y estableciendo un régimen de visita a favor de la madre; así la Sala Civil Permanente actuando en sede judicial revocó la sentencia de primera instancia y modificando la demanda declaró infundada dicha pretensión. El argumento central para desestimar la demanda se encuentra en el considerando 3.7 de dicho precedente judicial, en donde luego de reconocer que la niña J.L.Z.C. se encontraba en un contexto “trágico” al haberse verificado la transgresión del derecho de dicho infante a tener un contacto con su padre y la afectación emocional por la que atravesaba debido a la inaceptable conducta de la madre de impedir un régimen de visita dispuesta judicialmente; pretendieron bajo la lógica de una supuesta ponderación de derecho, señalar que no es viable la variación de la custodia prevista en el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente, ya que el aplicarlo implicaría originar un daño mayor al infante, debido a la edad con que cuenta dicho infante (adolescente) y por el vínculo permanente que tiene dicho

adolescente con la madre. Así, reproducimos dicho considerando:

3.7. En esas circunstancias, **la variación que se propone podría resultar traumática para el menor, en principio, por la edad del menor y, luego, por los efectos devastadores propios de la separación entre el hijo que se ha encontrado vinculado con su madre sin interrupción alguna.** A dichas afirmaciones debe agregarse los puntos expuestos en el presente considerando. No obstante, debe añadirse que se aprecia una conducta que no es posible tolerar más: los problemas o dificultades que tengan entre sí las partes deben ceder cuando se trata de la educación y el respeto que le deben a sus hijos. Este Tribunal Supremo, luego de mucha deliberación, toma el fallo que aquí se explicita, pero repara no solo que los mandatos judiciales deben ejecutarse, sino, de manera fundamental, lo inaceptable de impedir o limitar el ejercicio del derecho de visita a uno de los padres. Se trata de acto reprochable que, sin embargo, debe ceder ante el interés superior del niño, lo que no obsta para que si se vuelve a reincidir en los mismos las conclusiones a las que se arriben puedan diferir de las que aquí se han tomado.

Creemos, sin lugar a equivocarnos, que este argumento no constituye, bajo la óptica del interés superior del niño, una justificación para validar la decisión final arribada, como es el de mantener la custodia del adolescente de iniciales J.L.Z.C. a favor de su madre. Es más, creemos que dicho argumento constituye una motivación insuficiente, atendiendo que dicha razón fáctica alegada –edad del adolescente y el vínculo sin interrupción existente con la madre– no tiene la fuerza como para justificar y preferir por la continuación del daño que se le viene ocasionando

a dicho infante por parte de la madre, quien ejerce una alienación parental. Pensamos que dicha sentencia casatoria descrita no solo no cumple con los estándares de una debida motivación reforzada que exige la justicia infantil, sino que, además, constituye la materialización viva de una violación por parte del Poder Judicial de los derechos de la niñez. Es más, la Sala Civil Permanente no ha cumplido con los estándares mínimos de justificación, que exige toda decisión judicial donde se encuentra involucrado los derechos fundamentales de un infante y/o adolescente, los cuales han sido desarrollados en los artículos 7 al 10 del Decreto Supremo N° 002-2018-MIM, Reglamento de la Ley N° 30466 - Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño y que han sido desarrolladas líneas arriba, las cuales debieron llegar a una solución distinta, y acorde con el interés superior del niño.

A continuación exponemos las razones por las cuales creemos que la Sala Civil Permanente debió declarar infundada dicha casación, y aplicando el ajuste del procedimiento, disponer algunas modificaciones a la decisión final que amparaba la demanda que otorgaba la custodia del infante de iniciales J.L.Z.C. a favor del padre biológico, la cual detallaremos líneas más abajo.

1. Tal como se describió en los antecedentes y análisis de la casación bajo comentario, se encontraba plenamente acreditado en el proceso, que hubo una ruptura de la relación convivencial sostenida por ambos progenitores, la cual data de noviembre del 2009, y a partir del cual se generó el alejamiento del hijo de ambos con su padre biológico. Esto causó que este último interpusiera en el año 2011 una demanda solicitando un régimen de visita (Expediente N° 0504-2011), y es que a esa fecha de inicio del proceso, el citado infante tenía más de 6 años

de edad. Asimismo, se probó que dicho proceso judicial culminó de manera favorable para el progenitor-demandante en la medida que el órgano jurisdiccional dispuso un régimen de visitas con externamiento a su favor, el que nunca se efectivizó, debido al incumplimiento sistemático por parte de la madre que no permitió dichas visitas, ignorando los requerimientos judiciales realizados en el proceso mismo, lo que originó que se derive al Ministerio Público, por la presunta comisión por el delito de desobediencia (Expediente Penal N° 01316-2016)¹⁵. Ello implica que estaríamos antes el supuesto fáctico que establece condicionalmente el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente: el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios y la resistencia permanente.

2. En cuanto a las características que posee el niño de iniciales J.L.Z.C. en el contexto individual y familiar, como los factores concurrentes alrededor de él (análisis siguiendo los parámetros que exige el interés superior del niño desarrollado en los artículos 7 al 10 del Decreto Supremo N° 002-2018-MIM, Reglamento de la Ley N° 30466), debemos indicar que existen varios datos a tener en cuenta: (i) el primero es que el infante inició el proceso cuando tenía 6 años en plena etapa de niñez y terminó cuando era adolescente, al tener más de 11 años de edad, habiendo vivido siempre bajo el cuidado de su madre¹⁶; (ii) vive en un entorno familiar recompuesto, conformado por su madre y

el padre afín (padastro), conjuntamente con su hermana menor¹⁷; (iii) el Informe Social N° 132-17-JEF-PSRJ-CSJPU-PJ y el Informe Psicológico N° 825-2017-PS-EMAJF-CSJU practicado al menor, y que fueran elaborados al inicio de proceso sobre modificación de tenencia (2017), nos otorgan datos importantes y es que el infante identifica como figura paterno a su padastro, y verificando la “ausencia del vínculo afectivo con el padre biológico”, lo que implica que desde tiempo atrás (evidentemente, desde la separación de sus padres, ocurrida en el año 2009 cuando el niño era un bebe) el niño de iniciales J.L.Z.C no ha tenido contacto con su progenitor, situación que se ha extendido durante la tramitación del presente proceso, lo que nos hace concluir que existe una ruptura de la relación afectiva paterno-filial entre el infante y su padre **desde el inicio de su vida, por aproximadamente más de 10 años**¹⁸, situación que ha sido reconocida expresamente por la propia madre en su recurso de apelación¹⁹; (iv) otro dato importante es se realizó el Informe Psicológico N° 935-2017-PS-EMAJF-CSJP a la madre del infante, en donde da cuenta que denota una personalidad con rasgos explosivos y represión emocional, que no permite que su hijo mantenga contacto con su progenitor, lo cual se corrobora por todo lo actuado en el proceso, tan es así que incluso no llevó al niño a la entrevista con el juez de primera instancia para conferenciar con él²⁰, lo que hace colegir que ella ejercía violencia psicológica sobre su hijo (alienación parental),

15 Ver fundamentos 2.1., 3.1. de la Casación N° 3867-2019.

16 Ver antecedentes y el fundamento 3.2 de la Casación N° 3867-2019.

17 Ver fundamentos 3.3 y 3.4 de la Casación N° 3867-2019.

18 Ver antecedentes (demanda) y fundamentos 3.3, 3.4. y 3.7.

19 En los antecedentes de la Casación N° 3867-2019 se sintetiza el recurso de apelación de sentencia interpuesto por la madre del niño, donde señala “que el menor no conoce al accionante”.

20 Ver en antecedentes (sentencia de primera instancia) y fundamento 3.3 de la Casación N° 3867-2019.

a tal punto que anuló la relación paterno-filial de su hijo con su padre biológico; (iv) en cuanto a la opinión del niño, y tal como ya hemos indicado, esta no pudo ser tomado en cuenta de manera directa por el juez, ya que la madre nunca permitió que conferenciara con dicho magistrado, pero de manera indirecta se puede colegir, teniendo en cuenta el informe social y psicológico que se elaboró de él, que se encontraba en una situación de vulnerabilidad total al tener una dependencia emocional con su madre y al no identificar como figura paterna a su padre biológico, sino al padre afín (padrastró), lo que implica, haciendo una lectura de ello, un pedido en el silencio (implícito) de reconocer su derecho a tener contacto con su real padre; (v) no existe relaciones de cordialidad de la madre con el padre biológico y mucho menos existe la consolidación de relaciones afectivas de este último con su hijo, y todo ello se debe a la conducta dolosa de la propia madre.

3. Lo anterior nos hace concluir que estamos ante un “caso paradigmáticamente dramático y grave”; situación que fue reconocida por la misma Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, tal como se lee del fundamento 3.6 de la casación bajo comentario²¹. Dicha conclusión se arriba a partir de la evaluación de los comportamientos parentales especificados líneas arriba que arroja que el infante de iniciales J.L.Z.C. se encontraba en un contexto de vulnerabilidad muy alto, debido no

solo a su edad, sino también a la decisión y presión familiar en la medida que ha sido sujeto de violencia psicológica (alienación parental) permanente por parte de su madre y durante toda su existencia, al privar de manera irrazonable e injustificada su derecho humano a tener contacto con su padre biológico, llegando incluso anular todo vínculo afectivo con aquel, y causando una dependencia emocional con respecto a ella y una afectación psicológica en él²². Lo más grave es que la madre le ha impuesto al niño como figura paterna a su padrastró, a quien lo identifica como su padre (socio-afectividad).

4. Toda esta situación desembocó en un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del adolescente, la cual causa un “riesgo real” de que continúe en dicho contexto de violencia psicológica grave. Esto obligaba a la justicia de familia a tomar una decisión que genere la menor probabilidad de que continúe agravándose dicho daño y que asegure, a la vez, el derecho del adolescente a reanudar y reconstruir una relación afectiva con su padre biológico. Lejos de ello, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, al momento de ponderar los derechos en juego (ver considerando 3.7.), nunca tomó en cuenta realmente la situación grave y riesgosa por la atravesada el infante, ya que el alejamiento con su padre biológico fue durante casi toda su vida, y más bien, dicho Colegiado antepuso de manera encubierta el interés de la madre.

21 Casación N° 3867-2019: “3.6. Por consiguiente, el escenario que e presenta es, por un lado, de un demandante que incumplió sus deberes de alimentación con respecto a su hijo y, del otro, de una demanda que incumple mandatos judiciales y se resiste a que su hijo mantenga relación efectiva con su padre. **Todo ello constituye un cuadro trágico que lo único que hace es perjudicar al menor, por cuyo interés es el que debe velar este Tribunal Supremo**”.

22 El incumplimiento del régimen de visita por parte del progenitor que convive con el hijo, a través de la alienación parental, se genera a través del denominado “discurso peyorativo” y se da cuando dicho progenitor crea un clima adverso, desinteresando progresivamente al menor en mantener contacto el progenitor no conviviente. Ello es una modalidad indirecta de obstaculización a la comunicación y el contacto paterno filial (Belluscio, 2012, p. 192).

Sustentamos dicha aseveración de la lectura del argumento que utilizó para justificar la negación del cambio de custodia a favor del padre biológico, el cual reproducimos

[que] la variación que se propone podría resultar traumática para el menor, en principio por la edad del menor [11 años] y, luego por los efectos devastadores propios de la separación entre el hijo que se ha encontrado vinculado con su madre “sin interrupción alguna”.

5. Somos del criterio que la demanda debió ser amparada por encontrarse dentro del supuesto previsto en el artículo 91 del Código del Niño y Adolescente, pero la custodia y guarda a favor del padre no debió ser exclusiva, sino compartida, para lo cual la justicia de familia debió disponer que la misma debe efectivizarse de manera gradual y progresiva, que permita la revinculación afectiva paterno-filial, y no a través de un cambio abrupto, por cuanto ello puede desestabilizar al ahora adolescente de iniciales J.L.Z.C. La Sala Civil Suprema debió flexibilizar las formas procesales en aras de garantizar la efectividad de sus derechos sustanciales del niño, y dentro del marco del principio del interés superior del niño, como norma sustantiva y procesal.

5. Creemos, también, que la sala tantas veces mencionada, al momento de resolver la casación, concibió erradamente al proceso como un procedimiento estrictamente ritualista en la medida que no podía excederse e ir más allá de lo planteado en los agravios expuestos en el recurso de casación interpuesto, y mucho menos pensó en la probabilidad de que dicho órgano colegiado supremo pueda disponer de oficio –sin mediar solicitud de parte– complementar lo resuelto por las instancias inferiores. Es por tal razón que analizó solo la posibilidad de confirmar la decisión o revocarla, lo que lo llevó –como hemos

hecho ver– a una errada decisión, que a la vez ha llevado a una situación de injusticia para el infante.

6. No debemos olvidar que el Derecho Procesal de Familia tiene una naturaleza sui géneris impuesta por el sistema internacional de derechos humanos, que cuenta con principios procesales propios como es el ajuste del procedimiento y la relativización del principio de congruencia –tal como fue reconocido en el III Pleno Casatorio Civil–, los cuales permiten a los jueces –sin importar la instancia judicial– aplicar la suplencia de queja en todas aquellas decisiones que puedan afectar derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, como ocurrió en el presente caso, llegando incluso a modificar por esta vía cuestiones que no figuran en el recurso de casación interpuesto, y ofrecieron así una posibilidad procesal para garantizar realmente los intereses y el derecho del adolescente en la que las pretensiones de las partes o lo resuelto por las instancias inferiores resultaban insuficientes. Dicha tutela diferenciada exige brindar una justicia adaptada y flexible, que garantice su acceso a los infantes y adolescentes, debiendo armonizarse el interés superior del niño como regla procedimental, relativizando las formas y los principios procesales que los guía, rompiendo cualquier barrera que obstaculice el acceso a la justicia, compensando así la desigualdad real y procesal en las que se encuentra dicho grupo vulnerable con relación a los adultos, siendo simplemente un proceso más especializado y diferenciado, como más humano y justo.

7. En esa lógica es que creemos que la Sala Civil Suprema debió declarar infundada la casación y confirmar la sentencia de primera y segunda instancia que declaró fundada la demanda a favor del padre biológico, pero también debió ajustar el proceso mismo –lo cual no puede darse en un proceso civil–,

y ajustando el procedimiento debió replantear la decisión arribada, modificando solo el extremo de disponer una custodia exclusiva a favor del padre biológico y, modificándola, disponer una custodia compartida, pero a la vez disponer que ello debe darse de manera paulatina, gradual y progresiva y con un acompañamiento por parte del equipo multidisciplinario y en especial el psicológico, para evitar cualquier problema con ese origen, todo ello con la intención de lograr un paulatino acercamiento entre ambos y la reanudación de la relación afectiva paterno-filial, debiendo disponer visitas progresivas y supervisadas de manera constante por parte de la asistencia social, la que debe acompañar al padre debido a que la actitud mostrada por la madre biológica, sumada al tratamiento psicológico que debe imponerse a todos los actores en esta dramática historia. Esta es una solución más razonable y ponderada que cumple con los estándares del riesgo menor que impone preservar el interés superior del niño a través de un cambio de tenencia progresivo y gradual, pero que a la vez permitirá que el adolescente tenga contacto cercano con ambos padres.

CONCLUSIÓN

Para finalizar este artículo, debemos indicar que el drama humano visibilizado a través de estas líneas es muy frecuente en la práctica judicial, lo que nos permite reflexionar sobre la necesidad y la importancia que tiene el establecer ciertos parámetros para resolver estos casos, donde se encuentran involucrados los derechos humanos de los infantes y/o adolescentes, ello a la luz del interés superior del niño, parámetros que

deben ser tenidos en cuenta por los jueces en todas las decisiones que emitan –indistintamente de las instancias judiciales en las que se encuentren–, ello en aras de preservar y garantizar el goce de los derechos humanos de la infancia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Belluscio, C. (2012). *El derecho de visitar a los hijos: tratado teórico y práctico*. Tribunales.
- CIDH. (17 de octubre 2013). *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidados, alternativos. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>
- CIDH. (30 de noviembre del 2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niña, niños y adolescentes. Sistemas Nacionales de Protección*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>
- De los Santos, M. (2013). Los procesos de familia en el Proyecto del Código Civil y Comercial. *Revista Derecho Privado*, (6).
- Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la nación (México). (2021). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Infancia y Adolescencia*. México, p. 49. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20IA%2010nov21.pdf>.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar* (Tomo III). Gaceta Jurídica.