



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 351/2023

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de agosto de 2023, en sesión de Pleno Jurisdiccional, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Caterin Liset Mamani Farfán contra la resolución de fojas 467, de fecha 28 de junio de 2021, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2021, doña Caterin Liset Mamani Farfán interpone demanda de *habeas corpus* a favor de su hija menor de edad A.G.M.M. (tres años), y la dirige contra don Harold Franz Morales Yauri (f. 1). Denuncia la vulneración de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a tener una familia y no ser separado de ella.

La recurrente solicita que la menor de iniciales A.G.M.M. le sea entregada en forma inmediata. Sostiene que siempre ha tenido la tenencia legal y de hecho de su menor hija, pero actualmente se encuentra en poder de su padre. Refiere que, por motivos de salud, la menor viajó a Lima el 23 de diciembre de 2019, toda vez que en Cusco, donde residen, no hay especialistas para tratar la alergia que presenta (asma bronquial) y debía retornar los primeros días de marzo de 2020. Empero, el demandado no envió a la menor y, posteriormente, le indicó que la menor regresaría al Cusco cuando acabe la pandemia. Agrega que, en el mes de junio de 2020, el demandado le cortó toda comunicación con su menor hija, por lo cual, en el mes de julio de 2020 viajó a Lima, pero el demandado le impidió verla y tener cualquier tipo de comunicación con ella.

Manifiesta que, por esta situación, denunció a don Harold Franz Morales Yauri por violencia familiar y sustracción de menor ante el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

Sexto Juzgado de Familia del Callao (Expediente 03248-2020-0-0701-JR-FT-06). Acota que dicho juzgado le otorgó medidas de protección contra el demandado mediante Resolución 1, de fecha 24 de julio de 2020 (f. 30), las mismas que interpretó a su manera y propiciaron que evitara cualquier tipo de comunicación con ella. Ante ello, se expidieron la Resolución 4, de fecha 21 de setiembre de 2020 (f. 34), por la que se aclaró las medidas de protección; y, la Resolución 6, de fecha 19 de noviembre de 2020 (f. 35), que amplió las medidas de protección y ordenó un régimen de visitas temporal a su favor. Relata que posteriormente, ante el Segundo Juzgado de Familia del Cusco, presentó otra demanda contra don Harold Franz Morales Yauri para la ejecución del Acta de Conciliación 335-2018, de fecha 8 de mayo de 2018 (f. 16), en la que se acordó que ella ejercería la tenencia de la menor. Puntualiza que en dicho proceso se expidió la Resolución 1, de fecha 9 de setiembre de 2020 (f. 18), por la que se le exigió al demandado que cumpla con los acuerdos del acta de conciliación y con la entrega de la menor. Precisa que mediante auto final (Resolución 6), de fecha 2 de noviembre de 2020 (f. 19), se declaró fundada en parte la demanda de Ejecución de Acta de Conciliación Extrajudicial, en el extremo de la falta de entrega de la menor (Expediente 04467-2020-0-1001-JR-FC-02).

El Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco, mediante Resolución 1, de fecha 28 de enero de 2021 admite a trámite la demanda.

Don Harold Franz Morales Yauri, al contestar la demanda, señala que mediante acta de Conciliación 335-2018, de fecha 8 de mayo de 2018, se acordó que la recurrente tendría la tenencia de la menor y él se comprometía a pagar el 15 % de su remuneración como pensión alimenticia. Alega que la recurrente incumplió los acuerdos de la citada acta, pues la menor se encontraba descuidada y abandonada. Por ello, presentó ante el Tercer Juzgado de Familia del Callao una demanda contra la recurrente para obtener la tenencia de la menor (Expediente 03425-2020-0-0701-JR-FC-03). Refiere que el viaje de la menor a la ciudad de Lima fue porque se encontraba mal de salud, por la falta de atención médica por los problemas respiratorias que presentaba desde el año 2017, conforme se acredita con el Informe Médico 16-2020-DIRSAPOL/VII.MACREGSAPOLC7DAMO. Añade que en julio de 2019 viajó a la ciudad del Cusco porque se enteró que la menor no podía caminar hacia varios días, y que por ello la recurrente la llevó a un curandero. Acota que cuando él la llevó al hospital, se determinó que la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

menor presentaba una fisura grave de la tibia derecha. Aduce que no hubo comunicación con la recurrente por las medidas de protección dictadas en el Expediente 03248-2020-0-0701-JR-FT-06, por cuanto se le prohibió cualquier comunicación con ella (f. 101).

El Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco mediante sentencia de fecha 1 de junio de 2021 (f. 370), declara fundada la demanda y dispone la entrega de la menor A.G.M.M. en el plazo máximo de 48 horas, por considerar que, a nivel de la jurisdicción ordinaria, la recurrente ejerce la tenencia de la menor, y que si bien el demandado presentó demanda de variación de tenencia en la que también solicitó medida cautelar, este proceso se encuentra en trámite y no se ha emitido sentencia o resuelto la medida cautelar en la que se ordene la variación de la tenencia. Además, sostiene que la menor fue entregada al demandado el 24 de diciembre de 2019 por razones de salud, y que en el Expediente 03248-2020-0-0701-JR-FT-06 el juez tutelar ordenó un régimen de visitas a favor de la recurrente que el demandado ha incumplido; lo que demuestra una actitud renuente al cumplimiento de los mandatos judiciales, que no garantiza una adecuada vinculación de la menor con su progenitora.

La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco revoca la apelada y la declara improcedente, por estimar que ante la judicatura ordinaria se encuentra pendiente de definición la titularidad de la tenencia material de la menor favorecida y la forma en que será ejercida, actos que, si bien no son *per se* de naturaleza constitucional, sin embargo, tienen identidad fáctica y sus cuestionamientos son de índole legal y constitucional. Agrega que también existen varios procesos especiales sobre violencia familiar y uno de índole penal que se relacionan con el caso de autos. Por consiguiente, concluye que es de aplicación el artículo 5, inciso 6 del Código Procesal Constitucional de 2004 (Ley 28237).

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que la menor de iniciales A.G.M.M. le sea entregada en forma inmediata a doña Caterin Liset Mamani Farfán. Se denuncia la vulneración de los derechos a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

la integridad personal, a la libertad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella.

Procedibilidad de la demanda

2. Antes de analizar el fondo de la controversia, es necesario determinar si a través del proceso de *habeas corpus* es posible conocer asuntos relacionados con la tenencia de menores.
3. Al respecto, si bien este proceso constitucional no ha sido previsto para conocer de temas relativos a la tenencia de menores o al régimen de visitas, ni para convertirse en un instrumento ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, cuya competencia corresponde al juez ordinario; sin embargo, en diversa jurisprudencia este Tribunal Constitucional ha dejado sentado que en los casos en que la negativa de uno de los padres a permitir que el otro vea a sus hijos pueda constituir un acto violatorio de sus derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso a la integridad personal de los menores, o en los casos en que se hayan desbordado las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria, el *habeas corpus* resulta ser la vía idónea para conocer la controversia, con la única finalidad de dilucidar si la parte demandada ha vulnerado los citados derechos de los menores (Cfr. Sentencias 00292-2010-PHC/TC, 01817-2009-PHC/TC).
4. Asimismo, en la Sentencia 01384-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares -que impiden el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama-, no solo inciden en el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2.1 de la Constitución y el artículo 25.1 del anterior Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4 de la Constitución.
5. De lo referido precedentemente, es posible concluir que, en al proceso de *habeas corpus* de autos, no corresponde a este Tribunal determinar a quién atribuirle el mejor derecho de tenencia sobre la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

menor, ni reexaminar los criterios del juez ordinario a efectos de disponer medidas provisionales al interior del aludido proceso ordinario, ni analizar cuestionamientos de índole legal respecto de las actuaciones en el mencionado proceso civil; sino verificar si en el caso se presenta el alegado impedimento de relación parental entre la recurrente y su hija, y si dicha restricción se encuentra justificada, o si, por el contrario, resulta lesiva de los derechos fundamentales invocados en la demanda, tales como la libertad personal, la integridad personal, tener una familia y no ser separado de ella, y crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material de la menor.

6. Así las cosas, se aprecia que don Harold Franz Morales Yauri se muestra renuente al mandato judicial —que dispone la ejecución del acta de conciliación— por el cual la recurrente asume la tenencia de la menor, situación que habría impedido el vínculo afectivo entre la madre y su hija, y ello resultaría vulneratorio de los derechos invocados. Conviene mencionar también que obran en autos las resoluciones judiciales en materia de violencia familiar que dan cuenta de la negativa del padre a que la madre se reúna con su hija, lo que será materia de evaluación en la presente causa.
7. En esa línea, antes proceder con el examen del caso, corresponde abordar lo referido al contenido que atañe a los principios de protección especial e interés superior del niño, y los derechos a tener una familia y a no ser separado de ella, así como el derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.

Derecho de los menores a la integridad personal, a tener una familia y a crecer en un ambiente de afecto y seguridad

8. En relación con la materia que es objeto de controversia, la Sentencia 01317-2008-PHC/TC dejó precisado lo siguiente:

[...] el derecho a la integridad personal tiene un vínculo de conexidad con la libertad individual [...] [y] la institucionalidad familiar se constituye en un principio basilar que también influye de manera determinante en el desarrollo de la personalidad de los seres humanos que además se encuentra asociado al derecho de integridad personal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

9. En cuanto al derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, este se encuentra reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el "niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita de amor y comprensión; por lo que, siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material".
10. En efecto, este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, consagrados en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú. Así también, se ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, pues la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta ejerza un control arbitrario sobre el niño, y que le ocasione un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.
11. En este sentido, este Tribunal ha manifestado que el niño necesita, para su crecimiento y bienestar, del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres. Por lo tanto, impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes entorpece su crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como viola su derecho a tener una familia (Sentencia 01817-2009-PHC/TC, fundamentos 14-17).

El “interés superior del niño” y su calidad de sujeto especial de protección

12. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial y prioritario del Estado. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado, al establecer que “la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

13. Esto presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad, al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión. Por ello, requieren especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.
14. El artículo 3, inciso 1, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, previene 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”.
15. A nivel interno, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

16. Por su parte el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 02132-2008-PA/TC, hizo hincapié en que:

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”

Además, en la Sentencia 03744-2007-PHC/TC, dejó precisado que:

[...] el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

responsable de velar por sus derechos fundamentales.

Cabe señalar que el artículo 418 del Código Civil establece que “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”, siendo una de las facultades que dicha institución otorga a los padres, conforme lo prevén tanto el artículo 423, inciso 5 del Código Civil, como el artículo 74, literal e) del Código de los Niños y Adolescentes, la de “Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario”, es decir, el derecho a ejercer la tenencia.

Análisis de la controversia

17. Tal como se precisó *supra*, el presente caso no tiene por objeto dilucidar a cuál de los dos padres le corresponde la titularidad de la tenencia del menor, ni evaluar en virtud de la normativa que concierne al derecho de familia, la pertinencia de haberle asignado la tenencia a la madre. Antes bien, de lo que se trata es de determinar si el emplazado con su conducta renuente ha actuado en desmedro de los derechos fundamentales de la favorecida.
18. Así, de la revisión de los actuados, se aprecia que en virtud del acta de conciliación de fecha 8 de mayo de 2018, los padres de la menor identificada con iniciales A.G.M.M. acordaron que la tenencia la asumiría la madre en su domicilio situado en la provincia de Cusco. Asimismo, cabe precisar que en diciembre de 2019 —según lo indicado por ambas partes— la menor viajó de Cusco a Lima (donde vive el padre) para seguir un tratamiento médico. Empero, habiendo transcurrido varios meses, el demandado se negó entregar a la menor a la madre. Frente a ese hecho, la recurrente inició un proceso de ejecución de acta de conciliación ante el Segundo Juzgado de Familia de Cusco (Expediente 4467-2020-0-1001-JR-FC-02), en el que se expidió la Resolución 1, de fecha 9 de setiembre de 2020 (f. 18), por la cual don Harold Franz Morales Yauri fue requerido para el cumplimiento de la citada acta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad. Posteriormente, el mencionado juzgado, mediante auto final contenido en la Resolución 6, de fecha 2 de noviembre de 2020 (f. 19), declaró fundada la demanda incoada en el extremo relativo a la tenencia, y dispuso hacer efectivo el referido apercibimiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

19. Así también, de autos se advierte que la demandante interpuso denuncia por violencia psicológica contra el demandado, debido a su negativa en permitirle tener contacto con su hija (Expediente 03248-2020-78-0701-JR-FT-06). Al respecto, el Sexto Juzgado de Familia del Callao mediante Resolución 1, de fecha 24 de julio de 2020 (f. 30), dictó medidas de protección a favor de la recurrente, y con Resolución 6, de fecha 19 de noviembre de 2020 (f. 35), le otorgó un régimen de visitas provisional por tres meses. Esta resolución fue anulada por la sala superior, se volvió a resolver la causa y, mediante Resolución 20, de fecha 4 de marzo de 2021 (f.144), se ordenó la custodia provisional de la menor favorecida a doña Caterin Liset Mamani Farfán por cinco meses, hasta que se resuelvan los procesos de tenencia.
20. De lo expuesto, queda claro que, a pesar de que la madre —conforme a los pronunciamientos judiciales expedidos en sede ordinaria— ostentaba la titularidad de la tenencia y, por ende, la menor quedaba bajo su cuidado, el padre injustificadamente ha impedido que la esta tome contacto con la menor favorecida; lo que le ha generado afectación psicológica, vulneratoria de su integridad psíquica. De igual manera, el impedimento en la relación parental entre la recurrente y su hija producida por la conducta renuente del padre, incide sobre el derecho de la menor a tener una familia y a no ser separado de ella, por lo que la demanda debe ser declarada fundada.
21. Por otro lado, consta de la resolución expedida por el Séptimo Juzgado de Familia, de fecha de 11 de noviembre de 2020 (f. 40) - que resuelve el pedido del padre que había denunciado a la madre por violencia económica o patrimonial-, que dispuso no ordenar medidas de protección en relación con la denuncia, y sí más bien ordenó *tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la menor*, lo que evidencia la afectación psicológica que esta situación produce.
22. Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, cabe subrayar que lo resuelto en el presente proceso constitucional no enerva la posibilidad de que la justicia ordinaria pueda variar la situación de la menor afectada en materia de tenencia, en caso el padre considere que él es titular de la tenencia y accione judicialmente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02187-2021-PHC/TC
CUSCO
A.G.M.M.

En efecto, de los actuados se advierte que, si bien el demandado ha iniciado un proceso de variación de tenencia, el mismo se encuentra en trámite ante el Tercer Juzgado de Familia del Callao (Expediente 03425-2020-0-0701-JR-FC-03), conforme a la información del Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. **ORDENAR** a don Harold Franz Morales Yauri que entregue, de manera inmediata, a la menor identificada con las siglas A.G.M.M. a su madre, doña Caterin Liset Mamani Farfán, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el Nuevo Código de Procesal Constitucional, y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARA VIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE