



Maestría en Ciencias

Mención: Derecho

Línea: Derecho Civil y Comercial

**“FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL USO
DEL HÁBEAS CORPUS EN EL DERECHO DE FAMILIA”**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Maestro en Ciencias

Por:

Gilber Cabanillas Hernández

Asesora:

Maribel del Rosario Pozo Nishiyama.

Cajamarca, Perú

2014

“Tomado de la mano inicié mi aprendizaje en la vida. Ahora casi todo lo que soy lo debo a tus ejemplos de tenacidad y valor”

Este trabajo va dedicado a mis hijos Fernando y Daniela, a mi esposa Edith, quienes supieron comprender que sea más profesional que padre y poder ser algo en la vida.

*Mi eterno agradecimiento a la Universidad Nacional de Cajamarca
por su formación académica.*

*A todos mis docentes de Derecho y Ciencia Jurídica,
que día a día con sus enseñanzas sembraron el fruto del saber
jurídico en su discente y me apoyaron en la difícil tarea de
llegar al grado Magister.*

RESUMEN

El proceso de Hábeas Corpus que estaba orientado a la protección de la libertad individual física, corporal y ambulatoria por excelencia, ha ingresado al ámbito de protección del Derecho de Familia, llegando a tener relaciones con instituciones como la Tenencia y el Régimen de Visitas, ello gracias al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano de los principios y derechos- conexos a la libertad individual como: el derecho a la vida, a la integridad personal, a la verdad; a la salud, restricciones al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares, principios de protección especial e interés superior del niño, el derecho a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, etc. Hoy la evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria del proceso constitucional de Hábeas Corpus despliega un propósito garantista no solamente protegiendo la libertad física corporal, sino protege la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, perteneciente a todos los ámbitos del libre desarrollo de su personalidad.

ABSTRACT

The process of Habeas Corpus that was oriented to the protection of individual freedom physical, bodily and ambulatory par excellence, has entered the field of protection of the family law, to have relationships with institutions such as the tenure and the regime of visits, this thanks to the development of the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court of principles and rights-related to individual freedom as: the right to life, to personal integrity, to the truth; to health, restrictions to harmonic establishing ongoing and supportive family relationships, principles of special protection and best interests of the child, the right to grow up in an environment of affection of moral and material, security, the right to have a family and not be separated from it, etc. Today the evolution, positive, jurisprudential, dogmatic and doctrinal constitutional Habeas Corpus process deploys a purpose guarantees not only protecting the body physical liberty but protects the subjective sphere of freedom of the person human, belonging to all the areas of the free development of his personality.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas en el Derecho de Familia, que más se discute es el concepto de familia, ello debido a que ninguna norma nacional o internacional nos proporciona un concepto unificado al respecto, ni mucho menos nos proporciona una definición. Así, en nuestro país, la Constitución en su artículo 4° impone al Estado y la sociedad, el deber de proteger; a la familia, pero no nos dice qué es la misma, o qué grupos se debe proteger, en el mismo sentido el Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes tampoco lo definen; ello también ocurre con los tratados internacionales que refieren a la institución familiar, así la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tampoco conceptúan a la familia. Es gracias al Tribunal Constitucional Peruano, como supremo intérprete de la Constitución, que ha desarrollado el concepto de familia en reiterada jurisprudencia, el mismo que nos ha dilucidado el concepto, estructuras, composición y quienes conforman, hablando actualmente de las familias ensambladas o reconstituidas en una sociedad moderna.

Así, lo que parecía una utopía jurídica, en la actualidad es una realidad concreta; pues el Derecho de Familia se ha actualizado y se ha adecuado a nuevas situaciones familiares, sociales, económicas y culturales⁴, etc. Dicho proceso evolutivo reconoce igualdad de derechos y garantías a todos los involucrados en un conflicto familiar, lo que en nuestro sistema jurídico tradicional no se reconocía por una visión machista, excluyente, paternalista, hecho que ha llevado al Derecho de Familia entrar en un proceso activo de transformación desplegado por la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional.

Dentro de esta línea proteccionista del Derecho de Familia, juega un papel preponderante los derechos fundamentales concebidos como derechos inherentes a la persona humana, que han merecido la preocupación de los Estados a efectos de brindar una adecuada protección, garantizando una vigencia efectiva con diferentes mecanismos. Así, en el Perú, un mecanismo de protección la constituye el proceso de Hábeas Corpus. Dicho proceso constituye una garantía que busca que cualquier

⁴ Este proceso de transformación tuvo un origen conjunto entre la jurisprudencia anglosajona y el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Koudelka contra la República Checa. Demanda N° 1633/05, 20 de junio del 2006.

persona que se sienta afectado su derecho a la libertad individual o derecho conexo a él puede recurrir al órgano judicial a fin de obtener su tutela.

Inicialmente el proceso de Hábeas Corpus estaba orientado a una interpretación restringida de la libertad personal, centrándose exclusivamente en la protección de la libertad física, corporal y ambulatoria de la persona; posteriormente el ámbito fue ampliándose, ello gracias a la labor desplegada por el Tribunal Constitucional Peruano, ya que a través de su jurisprudencia, la concepción restringida que se tenía ha sido ampliada a otros derechos como: el derecho a la vida; a la integridad física, psíquica y moral; a no ser incomunicado; a la verdad; a la salud; a ser juzgado en un plazo razonable; restricciones al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares; protección especial e interés superior del niño; el derecho a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material; el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, etc.

Este desarrollo jurisprudencial amplió el ámbito de protección del proceso de Hábeas Corpus, llegando a tener relaciones con instituciones propias del Derecho de Familia como la Tenencia y el Régimen de Visitas. Así inicialmente temas que se consideraban ajenos al proceso de Hábeas Corpus, empezaron a tener un espacio en el ámbito de protección de dicha garantía constitucional. Sin temor a equivocarme considero que el caso presentado por los hermanos Tudela Van Breugel – Douglas, constituye la puerta de ingreso del proceso de Hábeas Corpus al ámbito de tutela del Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, estableciendo cuáles son los casos en los que procede dicha garantía constitucional, delimitando claramente la competencia en su ámbito de acción a fin de no asumir competencias que son propias de la justicia ordinaria; estos hermanos denunciaban que su padre se encontraba retenido afectándose su salud, así como no se les permitía tener contacto con él. El Tribunal Constitucional advirtió que el proceso de Hábeas Corpus también resultaba idóneo para tutelar denuncias referidas a restricciones al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares. En dicho contexto el colegiado señaló que: “El proceso constitucional de Hábeas Corpus aun cuando tradicionalmente ha sido concebido como un mecanismo procesal orientado

por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria denota que su propósito garantista trascienda el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio. (...) Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, impide el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo reclama, no solo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal (física, psíquica y moral), protegida por el artículo 2º.1 de la Constitución y el artículo 25º.1 del Código Procesal Constitucional sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional, a tenor del artículo 4º de la Constitución”⁵.

El problema que originó el presente trabajo de tesis estuvo orientado a que siendo el Proceso Constitucional de Hábeas Corpus de naturaleza especial que protege la libertad individual corporal por antonomasia, se extienda al ámbito del Derecho de Familia, a fin de proteger la libertad, la dignidad, la libertad personal, de la familia y de los menores; en tanto la Tenencia y Régimen de Visitas, no resultan eficaces a la protección de los principios de protección especial e interés superior del niño y a los derechos a crecer en ambiente de afecto y de seguridad moral y material y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, siendo que en algunos casos no basta tener sentencia favorable que ordene la tenencia o el régimen de visitas a favor de uno de los padres para garantizar los principios y derechos citados, sino que en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de Hábeas Corpus a fin hacer efectivo el derecho o la sentencia judicial a favor de un de los padres y/o familiares, por tal razón el problema quedaba resumido en la pregunta: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican el uso del Hábeas Corpus en

⁵ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp N° 01317-2008-PHC/TC. Caso Francisco Tudela Van Breugel Douglas (fundamentos jurídicos 13 y 45).

el Derecho de Familia?, problema que creemos ha quedado resuelto en el desarrollo de la presente tesis.

El motivo que llevó a estudiar la temática de los fundamentos jurídicos que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, está principalmente relacionado a la función que vengo desempeñando como Fiscal Provincial de la Fiscalía Civil y Familia de la Provincia de Celendín desde el año 2010, en la que a diario me veo inmerso en temas relacionados a la protección de los derechos de niños y adolescentes y la familia en general, teniendo en algunos casos que disponer como medida de protección la colocación familiar⁶ de los menores en una familia sustituta o albergues, a fin de sopesar el estado de abandono por parte de sus progenitores, la protección y cuidado de los menores a favor de uno de los padres, o la protección y asistimiento de los hijos hacia sus padres mayores de edad. Pero es complejo cuando uno está como autoridad frente a la disputa de ambos padres sobre la tenencia y custodia de su hijos menores de edad o cuando uno de los padres que ostenta la tenencia niega al otro un régimen de visitas o lo sustrae a dicho menor privándole de su libertad corporal vulnerado sus derechos fundamentales de protección especial, a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, a tener una familia y no ser separado de ella; allí resulta trascendente el Hábeas Corpus como garantía constitucional reparador de derechos, ingresando al ámbito de protección de tutela del Derecho de Familia.

Lo que pretendo lograr con el estudio de este tema es conocer los fundamentos jurídicos que sustentan el uso de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, desbordando la esfera de la libertad individual por excelencia, así como las circunstancias jurisprudenciales en las que a través del Hábeas Corpus ha sido objeto de protección los principios de protección especial e interés superior del niño y los derechos a tener una familia y no ser separado de ella, y a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, en el desarrollo de la

⁶ Hoy acogimiento familiar, según la Ley N° 30162 publicada el 07 de enero del año 2014. El acogimiento familiar, es una medida de protección temporal que se aplica a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o desprotección familiar con la finalidad de ser integrados a una familia extensa o a una familia no consanguínea previamente evaluada o seleccionada.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, la que resulta de gran importancia para el presente trabajo, habiendo revisado las sentencias más resaltantes al tema desde el año 2008 a la actualidad.

El presente trabajo de investigación se estructura en cuatro capítulos: En el capítulo I hago mención a los aspectos metodológicos de la investigación, se describe la realidad problemática, formulación del problema, justificación, limitaciones, antecedentes, objetivos, hipótesis, diseño, tipo, métodos, técnicas e instrumentos de investigación, etc. El Capítulo II referido al Marco Teórico comprende cuatro temas; la garantía constitucional del Hábeas Corpus; dignidad, principios y derechos; la familia e instituciones tutelares del derecho de familia. El Capítulo III desarrolla los fundamentos jurídicos que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, principios y derechos.

Finalmente, espero que el presente trabajo de investigación tenga una buena acogida por sus lectores, ya que constituye una temática nueva en la materia, así como me someto a las críticas que podrían haber, dejando a consideración de todos el fruto de mi investigación y dedicación con el que reafirmo mi interés por la investigación jurídica.

EL AUTOR

ÍNDICE

	Pág.
DEDICATORIA.	I

AGRADECIMIENTO.	II
RESUMEN.	III
ABSTRACT.	IV
INTRODUCCIÓN.	V

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLAN DE LA INVESTIGACIÓN.....	01
1.1.1. Planteamiento del problema.....	01
1.1.2. Formulación del problema.....	04
1.1.3. Justificación la investigación.....	04
1.1.4. Ámbito de la investigación.....	05
a) Territorial.....	05
b) Temporal.....	06
1.1.5. Limitaciones de la Investigación.....	06
1.1.6. Antecedentes de la Investigación.....	06
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	07
1.2.1. General.....	07
1.2.2. Específicos.....	07
1.3. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....	08
1.3.1. Variables de la investigación.....	08
1.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	09

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	09
1.6. UNIDAD DE ANÁLISIS.....	11
1.7. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO.....	11
1.7.1. Métodos Generales.....	11
a) Analítico –Sintético.....	11
b) Deductivo.....	12
1.7.2. Métodos Particulares.....	12
a) Dogmático Jurídico	12
b) Hermenéutico Jurídico	13
c) Lógico.....	14
1.7.3. Técnicas e instrumentos.....	15
a) Fichaje.....	15
b) Análisis de contenido.....	15
c) Análisis documental.....	15

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL HÁBEAS CORPUS.

2.1.1. Antecedentes.....	16
2.1.2. Antecedentes del Hábeas Corpus en el Perú.....	19
2.1.3. Etimología.....	23
2.1.4. Naturaleza Jurídica.....	23
2.1.5. Definición.....	24
2.1.6. Finalidad.....	24
2.1.7. Tipos de Hábeas Corpus.....	25
a) El Hábeas Corpus Reparador.....	26
b) El Hábeas Corpus Restringido.....	26
c) El Hábeas Corpus Correctivo.....	28
d) El Hábeas Corpus Preventivo.....	29
e) El Hábeas Corpus Traslativo.....	31
f) El Hábeas Corpus Instructivo.....	32
g) El Hábeas Corpus Innovativo.....	33
h) El Hábeas Corpus Conexo.....	34

2.2. DIGNIDAD HUMANA, PRINCIPIOS Y DERECHOS.

2.2.1. Dignidad Humana.....	36
2.2.2. Principios.....	40
a) Normas Regla y Normas Principio.....	42
b) Tesis de Robert Alexis.....	45
b.1. Tesis de la Optimización.....	45

b.2. La Ley de la Colisión.....	47
b.3. La Ley de la Ponderación.....	48
2.2.2. Derechos.....	50
a) Generación de los Derechos Humanos	52
a.1. Primera Generación.....	53
a.2. Segunda Generación.....	54
a.3. Tercera Generación.....	55
a.4. Cuarta Generación.....	55
b) Los Derechos Humanos y/o Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.....	58
2.3. LA FAMILIA.	
2.3.1. Definición.....	61
2.3.2. Evolución del Concepto Jurídico.....	65
2.3.2.1. La Familia a la luz de las Constituciones de 1933,1979 y 1993.....	68
2.3.2.2. La Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	69
2.3.3. La Familia como Institución.....	74
2.3.4. Fines de la Familia.....	76
2.3.5. La Importancia Social y Jurídica de la Familia.....	78
2.3.6. El Derecho de Familia.....	80
2.3.7. Caracteres del Derecho de Familia.....	83
a) Carácter natural del Derecho de Familia.....	83
b) Carácter local o nacional.....	84
c) Carácter ético.....	84

d) Carácter Público.....	84
2.4. INSTITUCIONES TUTELARES DEL DERECHO DE FAMILIA.	
2.4.1. Patria Potestad.....	85
4.4.2. Tenencia.....	90
2.4.2. Régimen de Visitas.....	92

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL USO DEL HÁBEAS CORPUS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

3.1. PRINCIPIOS.	
3.1.1. El Principio de Protección Especial del Niño.....	99
3.1.2. El Principio de Interés Superior del Niño.....	102
3.2. DERECHOS.	
3.2.1. El Derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material..	110
3.2.2. El Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.....	113
3.3. PRESUPUESTOS PARA EL USO DEL HÁBEAS CORPUS EN EL DERECHO DE FAMILIA	
3.3.1. Amenaza o violación de derechos conexos a la libertad individual.....	130
3.3.2. Los hechos y el petitorio de la demanda deben estar referidos a la vulneración del contenido constitucionalmente protegido	131

3.3.3. Que el agraviado haya agotado la vía judicial ordinaria.....	132
3.3.4. A la presentación de la demanda no haya cesado la amenaza o violación del derecho o se haya convertido en irreparable.....	133
CONCLUSIONES.....	134
SUGERENCIAS.....	136
BIBLIOGRAFÍA.....	137
APÉNDICE.....	145

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLAN DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El sistema jurídico peruano ha regulado en el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus la cual procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; así dicha norma constitucional se ha desarrollado progresivamente en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, listando su procedencia respecto a la protección de los derechos ligados a la libertad individual corporal de la persona humana; libertad que es condición indispensable para la realización tanto moral, ética y física de la persona, fin supremo de toda sociedad. Libertad que ha sido clasificada en libertad de culto, de tránsito, de pensamiento, de opinión, de expresión, de asociación, etc. No olvidemos que todas ellas se reducen a un núcleo genérico

común que tiene el designio de dar al ser humano la libertad de actuar para realizarse mejor.

Si bien es cierto, el Hábeas Corpus en su origen estaba dirigido contra los abusos de poder de las autoridades; sin embargo, hoy en día, los abusos de poder no sólo provienen de autoridades sino también de particulares que ostentan algún tipo de poder, como es el caso de los padres frente a los hijos menores de edad que incumplen la entrega de sus hijos a los padres que ostentan la tenencia, o como el caso de los padres que impiden al otro la visita cuando no ejercen la tenencia.

La realidad problemática que se presenta en ésta investigación, es que, siendo el Proceso Constitucional de Hábeas Corpus uno de naturaleza especial y que tiene por finalidad la protección del Derecho Fundamental de la libertad individual, por lo que siendo así resulta analizar si dicha naturaleza jurídica puede extenderse a la esfera ordinaria del Derecho de Familia, a fin de proteger la libertad, la dignidad, la libertad personal, de la familia y de los menores.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el proceso constitucional de Hábeas Corpus, aun cuando tradicionalmente ha sido concebido como un mecanismo procesal orientado por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria ha determinado que su propósito garantista trascienda el objetivo descrito para

convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse *la esfera subjetiva de libertad de la persona humana*, correspondiente no sólo a su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio⁷.

Ante esta tendencia progresista del Tribunal Constitucional, respecto al uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, corresponde efectuarse la siguiente pregunta ¿acaso las instituciones jurídicas propias del Derecho la Familia como la Tenencia y Régimen de Visitas, no resultan eficaces a la protección de los principios y derechos de los menores (el principio de protección especial del niño, principio de interés superior del niño, el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella)? pues, de la tendencia jurisprudencial emanada del Tribunal Constitucional Peruano, se concluye que la mayor parte de sentencias han sido declaradas fundadas, determinándose así que no basta tener sentencia favorable que ordene la tenencia o el régimen de visitas a favor de uno de los padres para garantizar los principios y derechos citados, sino que en muchos casos se ha tenido que acudir a la vía constitucional, haciendo uso del Hábeas Corpus a fin lograr una verdadera protección de derechos.

⁷ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N°05003-2009-PHC/TC-El Santa. Caso Adelaida Fajardo Nuñiberto (fundamento jurídico 8) publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 18 de junio del 2012.

Frente a dicha problemática, consideramos que resulta necesario hacer extensiva la garantía constitucional del Hábeas Corpus al ámbito familiar, razón por la cual en el presente trabajo se establecerán los fundamentos jurídicos bajo los cuales corresponde hacer uso del Hábeas del Corpus para proteger instituciones propias del Derecho de Familia.

1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia?

1.1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

- **A nivel Teórico.** Porque me permitió estudiar la institución jurídica de naturaleza constitucional como la garantía especial del Hábeas Corpus, el estudio de los principios de protección especial del niño, principio de interés superior del niño, el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, así como el estudio de instituciones jurídicas del Derecho de Familia como Tenencia y Régimen de visitas, haciendo una revisión detallada de la bibliografía sustantiva y procesal de ambas materias, diferenciando claramente el ámbito de protección de dichas instituciones,

con la intención de incrementar el tema del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

- **A nivel Metodológico.** Se justifica en la medida que me permitió revisar conceptos básicos de investigación jurídica, emplear métodos y técnicas de recolección bibliográfica, así como el empleo de métodos y técnicas de investigación, pues la presente se trata de una investigación de tipo Descriptiva – Explicativa

- **A nivel Práctico.** El presente trabajo encuentra su justificación, en el hecho que me permitió ampliar la temática con relación al objeto de estudio. Además el problema es de gran importancia para el conocimiento de estudiantes, abogados, magistrados y demás operadores jurídicos. Especialmente la utilidad del presente trabajo se orienta a los abogados y magistrados a quienes se les brinda alcances del Hábeas Corpus como garantía constitucional especial a la protección de los Principios y Derechos de los Niños y Adolescentes que los procesos de Tenencia y Régimen de Visitas, en el Derecho de Familia.

1.1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.

- a) **Territorial.** Teniendo en cuenta la vigencia de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus regulado en el artículo 200 de la Constitución, el estudio tiene

alcance nacional, dado que se pretende determinar los fundamentos jurídicos que justifican su extensión al Derecho de Familia, cuyas instituciones se encuentra reguladas en normas también vigentes.

b) Temporal. No tiene alcance temporal, porque la norma que constituye la unidad de análisis se encuentra vigente desde 1993.

1.1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

Las limitaciones que se presentaron en la elaboración y desarrollo del presente trabajo de investigación fueron la deficiencia en bibliotecas de Derecho con bibliografía especializada para la elaboración del proyecto y desarrollo de la tesis, así como la escasa bibliografía referente al objeto de investigación.

1.1.6. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Respecto a este tema, específicamente en cuanto a su objeto de estudio, es la primera investigación que se efectuó en este ámbito, dado que no existe otros trabajos de investigación de similar naturaleza en las bibliotecas de las universidades nacionales y particulares de la ciudad de Cajamarca, a nivel de Pre y Postgrado; sin embargo, es posible que a nivel nacional existan trabajos investigación relacionados al tema. No obstante, se debe precisar que existen algunos artículos y comentarios sobre el tema, como: **Procedencia del Hábeas**

corpus para tutelar el derecho a mantener las relaciones familiares⁸, y Los alcances del Hábeas Corpus para la tutela del vínculo familiar⁹; sin embargo, cabe señalar que únicamente se trata de comentarios y análisis aislados, sin la profundidad que desarrolló el presente estudio.

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.2.1. GENERAL.

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican el uso de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

1.2.2. ESPECÍFICOS.

- a) Determinar si la naturaleza del Hábeas Corpus alcanza al ámbito del Derecho de Familia.

- b) Determinar las circunstancias en las que los principios de protección especial del niño y el principio de interés superior del niño, son objeto de protección a través de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

⁸ CABALLERO PINTO, Henry Víctor – Fiscal de Familia. Especial de la Gaceta Constitucional, Tomo 64, abril del 2013.

⁹ BERMUDEZ TAPIA, Manuel, Abogado Magister en Derecho. Docente de la Academia de la Magistratura, especial publicado en Gaceta Constitucional, abril del 2013.

c) Determinar las circunstancias en las que los derechos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, son objeto de protección a través de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

1.3. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.

La optimización de los principios de protección especial e interés superior del niño, el reconocimiento de derechos humanos y fundamentales a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material, así como el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, constituyen los fundamentos jurídicos que justifican la eficacia del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

1.3.1. VARIABLES DE INVESTIGACIÓN.

-) La Garantía Constitucional del Hábeas Corpus
-) El principio de protección especial del niño.
-) EL principio de interés superior del niño.
-) EL derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
-) El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

1.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.

Por la naturaleza del estudio, se basó en el diseño **No Experimental**¹⁰, debido a que en la presente investigación no se realizó un control de las variables que puedan modificar comportamientos por ser de carácter nominal y/o referencial, además en el desarrollo del presente trabajo el investigador no realizó experimento alguno, ni manipuló variables con grupo experimental y de control.

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

- a) De acuerdo al fin que persigue: **Básica**, por cuanto lo único que se pretendió, es un aporte a la ciencia jurídica, a la doctrina y al debate científico determinando las razones jurídicas que justifican el uso de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

La investigación básica o teórica, pretende hacer aportes teóricos al Derecho o crear conceptos que desarrollen un determinado sistema o rama jurídica. A estas investigaciones se les conoce como teórica, fundamental o dogmática. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar o cuestionar las existentes,

¹⁰ HERNADEZ, FERNADEZ, Kerlinger y otro. 1999. En principio, la diferencia entre investigación experimental y no experimental se basa en un elemento fundamental: el control directo de las variables independientes o la ausencia de dicho control. **La investigación no experimental** es la búsqueda empírica y sistemática en la que el científico no posee control directo de las variables independientes pues sus manifestaciones ya han ocurrido, son inherentemente, no manipulables. Se hacen inferencias sobre las relaciones entre las variables, sin intervención directa, de la variación concomitante de la variable independiente y dependiente. Citado por la Dra. Roxana Sotomariño. Curso de Investigación Jurídica. Doctorado en Derecho. Trujillo, Universidad Privada “Antenor Orrego”, agosto del 2008.

incrementar los conocimientos filosóficos de carácter jurídico, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico¹¹

b) De acuerdo al diseño de investigación: **Descriptivo – Explicativo**, es de tipo descriptivo puesto que el objetivo central del presente trabajo estuvo basado en el estudio de la norma prescrita en el artículo 200 inciso 1) de la Constitución Política que regula la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus y es de tipo explicativo por cuanto se tuvo que determinar las razones jurídicas que justifican el uso de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el de Derecho de Familia. Con el fin de contrastar la hipótesis no sólo se analizó las sentencias del Tribunal Constitucional, sino que, se desarrolló las razones jurídicas que sustentan la inclusión del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, por tanto se usó la técnica de la argumentación, referida al discurso jurídico basado en la doctrina, en el Derecho Comparado, en las sentencias y normas nacionales e internacionales vigentes.

c) La presente tesis, por el diseño de investigación también resulta **Propositiva**, en el sentido que se sugiere una modificación a la parte in fine del artículo 25° del Código Procesal Constitucional, incorporando como un derecho conexo derivado de la libertad personal, el principio de protección al vínculo familiar.

¹¹ ARANZAMENDI NICANOR, Lino. *Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada en el Derecho*. Editorial Grijley, Lima, 2011, págs. 112-113.

1.6. UNIDAD DE ANÁLISIS.

Para el presente trabajo de investigación la Unidad de Análisis lo constituyó la norma prescrita en el artículo 200 inciso 1) de la Constitución Política que regula la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus, así como el último párrafo del artículo 25° de Código Procesal Constitucional, procedencia del Hábeas Corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual. De igual manera, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en relación a la garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia desde el año 2008 a la actualidad, tales como: STC EXP.N°1713-2008-PHC/TC, Caso Tudela; STC EXP.N°1817-2009-PHC/TC, Caso Shelah Allison Hoefken; STC EXP.N°05003-2009-PHC/TC, Caso Adelaida Fajardo Nuñiberto; STC EXP.N°05787-2009-PHC/TC, Caso Liliana Suito Río de Illescas; STC EXP.N°1905-2012-PHC/TC, Caso Roxana Shuara Ricci; STC EXP.N°2892-2010-PHC/TC, Caso Nora Rosario Heredia Muñoz; STC EXP.N°1905-2012-PHC/TC, Caso Félix Antonio Guerra Huari.

1.7. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO.

1.7.1. Métodos Generales:

- a) **Analítico-Sintético.** El análisis y la síntesis son métodos que cumplir con los objetivos propuestos para esta investigación, es decir dicho método se empleó cuando se tuvo que hacer razonamientos válidos de la norma e interpretación de las sentencias del Tribunal Constitucional a través del análisis y la síntesis,

pasos que me permitieron analizar el trabajo con la finalidad de determinar describir y explicar, cuáles son las razones jurídicas que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

- b) Deductivo.** Que sirvió como una conclusión lógica, luego de la reflexión que se hizo, aplicando razonamientos válidos, contrastando de lo general a lo particular. Este método consiste en que, a partir de una ley o situación general, se llegue a extraer implicaciones (deducciones) particulares contenidas explícitamente en la situación general, es decir, parte de una verdad universal y, por medio de otras verdades intermedias, nos lleva a una verdad particular o menos universal que la primera.

1.7.2. Métodos Particulares.

- a) Dogmático Jurídico.** Conocido también como conceptualismo o institucionalismo, este método ha sido el más adecuado para el desarrollo de la tesis, porque me permitió estudiar las Instituciones Jurídicas referidas al Hábeas Corpus, Principios y Derechos, La Familia, Instituciones Tutelares del Derecho de Familia como la Tenencia y Régimen de Visitas, etc. Además la investigación que desarrollo es formal, y el método dogmático rechaza todo elemento que no sea puramente formal. En la presente investigación se partió de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en esos dogmas a través de las instituciones que le

dieron origen. En síntesis el método dogmático jurídico me permitió estudiar al Derecho como una ciencia técnica o formal, independientemente de la sociedad.

- b) Hermenéutico Jurídico.** Para el desarrollo y cumplimiento de la presente tesis, también se empleó el Método Hermenéutico Jurídico, porque se tuvo que hacer una interpretación jurídica de las normas referidas a los fundamentos jurídicos del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia.

En sentido epistémico, el método básico del conocimiento científico es la observación de los hechos o fenómenos de hechos fácticos y su interpretación (hermenéutica) para determinar su significado y sentido. La observación y la interpretación son inseparable: resulta inconcebible que una se mantenga en total aislamiento de la otra.

Señala Trazegnies: “el intérprete no tiene una verdad por descubrir detrás del texto: un texto puede decir muchas cosas. Lo que tiene ante sí es un instrumento que puede utilizar, tiene un material de construcción con el cual puede edificar una solución jurídica original para el caso concreto (...) Desde esta perspectiva el intérprete no es un ser pasivo, sometido a la hipotética voluntad de un hipotético legislador, como que fuera un simple portavoz; el

intérprete es, en realidad un coinventor del Derecho, tiene la libertad de agregar a la norma nuevos sentidos ajenos a la intención del legislador”¹²

c) **Lógico.** Si bien la investigación que he realizado es básica descriptiva – explicativa, el empleo del método lógico me permitió diferenciar entre la simple explicación gramatical del texto normativo con la jurisprudencia constitucional vertida por el Tribunal Constitucional, esto me permitió llegar a conclusiones válidas.

El método lógico es, pues la investigación de lo general, de lo que se repite en el desarrollo del objeto y despoja a su historia de todos aquellos elementos secundarios, superficiales e irrelevantes. Es decir se ocupa de investigar las leyes generales del funcionamiento y desarrollo del fenómeno, estudia su esencia. Para poder descubrir las leyes fundamentales de los fenómenos, el método lógico debe basarse en los datos que proporciona el método histórico, de manera que no constituya un simple razonamiento especulativo.

¹² TRAZEGNIES GRANADA, Fernando de, cit., p.47. Según KELSEN, al plantear que la ley conduce a múltiples interpretaciones, señala, sin embargo, que el análisis racional, científico, de la norma, contribuye a reducir el campo de las interpretaciones posibles, a establecer los marcos dentro de los cuales pueden caber las interpretaciones legítimas. Según KELSEN la ciencia del Derecho no es capaz de seguir el proceso interpretativo hasta encontrar una sola interpretación válida; encontrará varias. Pero en todo caso, en el camino descarta también muchas interpretaciones como inválidas (en TRAZEGNIES GRANADA, Fernando de, cit., pp. 47.-48).

1.7.3. Técnicas e instrumentos:

- a) **Fichaje.** Por la naturaleza del trabajo, la técnica del fichaje fue la que más utilicé para dar cumplimiento con los objetivos propuestos en la investigación, por tanto dicha técnica me permitió el estudio de la normatividad, doctrina y jurisprudencia peruana en relación al Hábeas Corpus en el Derecho de Familia. Como instrumento se utilizó las fichas en sus diferentes modalidades.

- b) **Análisis de contenido.** Mediante ésta se obtuvo información relevante tanto en la sentencias como en la doctrina, prestando especial atención a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en relación a la garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia. Como instrumentos se utilizó la libreta de notas.

- c) **Análisis Documental.** Esta técnica fue de gran importancia porque me permitió la revisión bibliográfica para la elaboración del marco teórico en que se sustenta la tesis. Como instrumentos se utilizó la libreta de notas.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL HÁBEAS CORPUS.

2.1.1. Antecedentes.

En el antiguo Derecho Romano emergen las primeras manifestaciones de una institución que posteriormente se encargaría de velar por el derecho a la libertad. Así, en el año 533 D.C. aparece en Roma la institución denominada *Interdicto Romano del Hombre Libero Exhibendo*, consistía en la interposición de una acción posesoria con la finalidad de que se exhiba el cuerpo del hombre que había sido privado dolosamente de su libertad. Esta concepción de hábeas corpus ha sido catalogada como la percepción clásica de este instituto y como el instrumento *non plus ultra* de tutela de la libertad individual, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajones denominaron *power of de locomotion*¹³

¹³ ETO CRUZ, Gerardo. *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a Partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima, Editorial ADRUS, Cuarta Edición, agosto del 2011, pág. 315.

En España durante el reino de Aragón, se reconocieron ciertas atribuciones a los súbditos frente al rey o sus órganos delegados, a través del llamado *Privilegio General*, dictado por Pedro Tercero en el año 1348; sus mecanismos eran:

La manifestación de personas. Por la cual si una persona había sido detenida sin hallarse en flagrante delito, o contra la ley, debía ser puesta en libertad en lapso de 24 horas.

El Juris firma. Institución procesal de naturaleza penal y civil tenía por finalidad que la Justicia Mayor controle los Procesos Judiciales.

El inventario. Que protegía el derecho de propiedad de las personas sobre los bienes muebles.

En el Reino de Aragón como el de Castilla, existía un alto funcionario judicial, que era el *Justicia Mayor* quien ejercía un verdadero control de la labor judicial, además de interceder contra los abusos del Rey o contra cualquier funcionario estatal¹⁴.

¹⁴ CARRASCO GARCÍA, Alberto. *Derecho procesal constitucional doctrina, legislación y jurisprudencia, precedente vinculante*. Editorial FECAT. E.I.R.L. 2da edición, capítulo V. Procesos Constitucionales de la Libertad: Hábeas Corpus, pág. 289.

Al Hábeas Corpus, se le conoce como una institución típicamente inglesa, pues fue en Inglaterra donde se dio una manifestación más consistente, con fines y objetivos definidos por su carta magna o declaración de derechos proclamados por el **Rey Juan “Sin tierra”** en Londres el 15 de Junio de 1215. La Carta Magna pone fin al desenfrenado absolutismo de los monarcas contra sus súbditos, pues instituye expresamente normas con caracteres propios de una garantía; es decir, ampara la libertad corporal del individuo con la finalidad inmediata de evitar o terminar con prisiones injustas o detenciones excesivamente prolongadas y arbitrarias. En este contexto histórico la significación que se le daba era "*Traedme el cuerpo*" (habeas corpus).

En 1679, justamente en Inglaterra, durante el reinado de Carlos II se promulgó la primera Ley de Hábeas Corpus, con el sentido actual, es decir con el fin de ordenar la libertad de la persona que se encontraba detenida indebidamente.

El primer registro del uso de este recurso contra una autoridad establecida data de 1305 durante el reinado de Eduardo I de Inglaterra, cuando se exigió al rey que rindiera cuentas de la razón por la cual la libertad de un sujeto era restringida.

Aparece en el derecho histórico español como el denominado recurso de “manifestación de personas” del Reino de Aragón en el Fuero¹⁵ de Aragón de 1428, y en las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya de 1527, más tarde en la Ley Inglesa de 1640 y en el Acta Hábeas Corpus de 1679. La institución del Hábeas Corpus estaba concebida como una forma de evitar agravios e injusticias cometidas por los señores feudales contra sus súbditos o personas de clase social inferior.

2.1.2. Antecedentes del Hábeas Corpus en el Perú.

El primer texto legal latinoamericano que lo consagra es el Código Penal del Imperio de Brasil de 1830 (artículos 183 y 184) y es propiamente en el artículo 340° del Código de procedimientos Penales del mismo país sancionado en 1832. Así en América Latina tiene el mérito de haber hecho suya esta institución que ha tenido un desarrollo propio y perfiles muy definidos. Luego fue incorporado en otras legislaciones comparadas como en los Códigos de Livingston de 1837, que fueron aplicados en Guatemala, en la constitución de Costa Rica del año 1837 e incluso antes del amparo de la Constitución de Yucatán del año 1841¹⁶.

¹⁵ OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. La palabra fuero es ambigua, pues aplíquese para designar tres cosas diferentes: ámbito dentro del cual la autoridad puede ejercer sus atribuciones; en este sentido y aplicada a los tribunales de justicia es sinónimo de jurisdicción. Nombre de algunas compilaciones de ciertas leyes o como leyes dadas para un municipio en la Edad Media. Conjunto de privilegios otorgados a ciertas personas, en razón de su cargo o empleo.

¹⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El proceso constitucional del Hábeas Corpus - Derecho procesal constitucional*. Trujillo- Perú, Marsol Editores, 1998, pág.70.

Luego en la declarada independencia nacional el General José de San Martín consagró en el Estatuto Provisional del 08 de octubre de 1821 lo que sería las primeras manifestaciones de las denominadas posteriormente “Garantías Individuales”¹⁷

En el Perú, el Hábeas Corpus fue reconocido por Ley de 21 de octubre de 1887, que desarrolló el artículo 18° de la Constitución de 1860. De acuerdo a lo establecido en este último precepto constitucional, se estableció:

“Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del juez competente o de autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti de delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de las veinticuatro horas a disposición del juzgado que corresponde. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera”

En el año 1916 se promulgaron la Ley N° 2223, que buscó ampliar el margen de protección del hábeas corpus, y la Ley N° 2253, que trató de perfeccionar los aspectos procesales contemplados en la Ley del 21 de octubre de 1897. Luego a través de la Ley N°4019, de fecha 2 de enero de 1919, se promulgo el Código de Procedimientos en Materia Penal y entró en vigencia en 1920¹⁸, estableciendo la regulación del hábeas corpus solo para detenciones indebidas. Será justamente en el artículo 352° de este último

¹⁷ CARR ASCO GARCÍA, Alberto. Op. cit., pág. 290.

¹⁸ El Código de Procedimientos Penales, quedó derogado con el Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio del 2004, con la dación el Nuevo Código Procesal Penal que entró en vigencia en Cajamarca el 01 de abril del 2010.

código que establecerá una disposición que pareciera abrir la puerta a la posibilidad de iniciar procesos de hábeas corpus contra particulares. Dicho artículo establecía lo siguiente:

“Cuando el secuestrado provenga de persona que no es autoridad, el juez, una vez puesto en libertad el detenido, procederá a abrir instrucción contra el culpable conforme a este Código”

Posteriormente, el Hábeas Corpus adquiere rango constitucional con la Carta Magna de 1920, cuyo artículo 24 establecía que:

*“Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público; **excepto infraganti delito**, debiendo en todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera. La persona aprehendida o cualquier otra podrá interponer conforme a la ley, el recurso de Hábeas Corpus por prisión indebida”.*

Sin perjuicio de la imprecisión en la que incurre la Constitución de 1920 al referirse al hábeas corpus como un recurso, cabe mencionar que a partir de dicho año se va intentar recurrir al Hábeas Corpus incluso para solicitar que se declare la inconstitucionalidad de alguna ley. El caso Cecilia Althaus de Pardo puede resultar por demás ilustrativo de lo recientemente afirmado.

Luego, en el año 1940, el Código de Procedimiento Penales estableció que el hábeas corpus procedía cuando el agraviado era sometido a prisión por más de veinticuatro horas sin que el juez competente le haya tomado su instructiva; así como en los casos que se violen los derechos individuales o sociales amparados por la Constitución.

Posteriormente, el Decreto Ley N° 17083, del 24 de octubre de 1968, efectuó una distinción entre lo que allí se denominaba hábeas corpus penal y hábeas corpus civil, pasando a ser este último el antecedente de lo que a la postre consagraría la Constitución de 1979 como el proceso de amparo. Así en los supuestos en que se buscaba proteger la libertad personal, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de tránsito se interponían un hábeas corpus penal; quedando para los casos los llamados derechos sociales el hábeas corpus civil.

Con la Constitución de 1993 se presentó un cambio importante, ya que se amplió el margen de protección de proceso constitucional que venimos comentando. Así según el artículo 200 de esta constitución prescribe:

“El Hábeas Corpus procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que viole o amenace la libertad individual o de los derechos constitucionales conexos”.

Finalmente, fue la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la que luego se encargó de regular lo dispuesto en la Carta de 1979, pasando de 1993

recogió dentro de los diversos procesos constitucionales consagrados en el artículo 200 al Hábeas Corpus.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N° 28237, le ha destinado el Título II, que comprende los artículos 25 al 36, además de las disposiciones generales en lo que le resulte aplicable.

2.1.3. Etimología.

La institución procesal del Hábeas Corpus deriva de dos voces latinas “**Hábeas**” que se significa tener y “ **Corpus**” que es cuerpo; relacionadas ambas palabras significa “ tener” corporalmente a una persona, para constatar el respeto de su integridad física y psicológica.

2.1.4. Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica del Hábeas Corpus es la de un proceso sumario urgente y especializado mediante el cual se protege la libertad individual y corporal de la persona proceso que tiene sus principios en la Constitución y en el Derecho Procesal Constitucional.

2.1.5. Definición.

El Artículo 200°, inciso 1 de la Constitución Política de 1993, prescribe “El proceso de Hábeas Corpus, procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”. El añadido de derechos constitucionales conexos debe ser entendido como los referentes a la seguridad personal, el derecho al debido proceso, y la inviolabilidad de domicilio.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2663- 2003- HC/TC. Caso Eleobina Apunte Chuquihuanca citando a Luis Alberto Huerta Guerrero, expresó que: “el proceso de Hábeas Corpus es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc)”

2.1.6. Finalidad.

Protege la Libertad individual y derechos conexos (libertad personal, física y ambulatoria). Su finalidad última es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

Lo que persigue es detener la violación de un derecho constitucional o impedir que la amenaza de violación del mismo se haga efectiva. La violación o amenaza de violación de un derecho constitucional tiene un responsable, pero el objeto del Hábeas Corpus no es precisamente realizar una función punitiva, ella se hará efectiva en la vía penal correspondiente. Procede contra actos u omisiones que vulneren o amenacen los derechos constitucionales, contra autoridades, funcionarios y particulares, para defender el derecho a la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2.1.7. Tipos de Hábeas Corpus:

A partir del Código Procesal Constitucional, el legislador explícitamente reconoce haber desarrollado una variada tipología o clases de este remedio procesal, es decir, aparte del hábeas corpus clásico, reparador o principal, a partir de la jurisprudencia comparada y de la doctrina, se ha reconocido posteriormente nuevas modalidades y bien pueden ir reconociéndose posteriormente otras figuras, que por ahora caben identificarlas bajo el cartabón¹⁹ genérico del hábeas corpus conexo, o versiones complejas como el hábeas corpus colectivo, cuando se presenta a favor de un grupo de personas afectadas por un acto o amenaza hacia un derecho que les es común

¹⁹ Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición-Tomo 3, 2001, la palabra cartabón (De etim. disc.; cf., prov. escartabon e it., quartabono). M. Planilla de madera plástico u otro material en forma de triángulo rectángulo escaleno que se utiliza en delineación.

u homogéneo. Con todo, veamos las diversas concepciones que el Tribunal Constitucional ha deparado a estas modalidades del hábeas corpus²⁰.

a) El hábeas Corpus Reparador.

Dicha modalidad representa la modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física, por orden policial, mandato judicial (juez penal, civil, militar), decisión de un particular sobre el internamiento en un centro psiquiátrico sin proceso de interdicción, cuando un condenado continúe en reclusión al haber cumplido su pena, etc.

b) El Hábeas Corpus Restringido

Esta modalidad se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades, que

²⁰ La clasificación que se presenta, ha sido recogida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 2663- 2003- HC/TC, caso Aponte Chiquihuanca, su fecha 23 de abril del 2004.

configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir que, pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se la limita en menor grado”, como la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares, actos perturbatorios provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes, las reiteradas e injustificadas citaciones policiales, etc. El objeto del hábeas corpus restringido consiste en atender no aquellos supuestos en los cuales el derecho a la libertad personal es afectado totalmente, sino que procede en aquellos casos en los cuales existe una restricción menor en la libertad física de la persona, se convierte en el instrumento idóneo para tutelar el derecho fundamental a la libertad de tránsito.

Conviene precisar que en el hábeas corpus restringido, si bien no está de por medio una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. Por el contrario, en estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas.

“En el caso de autos, se cuestiona directamente restricciones a la libertad de tránsito o de locomoción presuntamente producidas por haberse colocado candado en la puerta que permite el libre acceso al área del terreno que es de propiedad del recurrente. Se trata por consiguiente, no de un supuesto de detención arbitraria frente al que normalmente procede un hábeas corpus de tipo reparador, sino del

*caso en que se denuncia una restricción a la libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas. Se configura por tanto, el supuesto del denominado **hábeas corpus restringido**”²¹.*

c) El Hábeas Corpus Correctivo.

Es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. El Tribunal Constitucional señaló que: “Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente”²²

Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes, casos de arbitraria restricción del derecho de

²¹ Tribunal Constitucional del Perú STC Exp. N° 05456-2007-PHC/TC. (fundamento jurídico 1) Publicada en la página del Tribunal Constitucional el 22 de mayo del 2008.

²² Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N.º 726-2002-HC/TC. caso Alejandro Rodríguez Medrano vs. La Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro

visita familiar a los reclusos, de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro, determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

*“El artículo 25, inciso 17 del Código Procesal Constitucional prevé el **hábeas corpus correctivo**, estableciendo que éste procede para tutelar “el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena”. Por tanto esta tipología de hábeas corpus procede ante actos u omisiones que comporten violación u amenaza, en principio del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes y del derecho a la visita familiar, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena”.*²³

d) El Hábeas Corpus Preventivo.

Se utiliza cuando no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley. Es requisito *sine qua non* de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta. El Tribunal Constitucional en el caso Patricia

²³ Tribunal Constitucional de Perú RTC Exp. N° 04570-2007-PHC/TC. (fundamento jurídico 2) Publicada en la página del Tribunal Constitucional el 21 de mayo del 2008.

Garrido, precisó: “Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la acción de Hábeas Corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4° de la Ley N.º 25398, se necesita que ésta sea **cierta y de inminente realización**; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible”²⁴.

*“Ya en sentencia anterior (Exp. N° 2663-2003-HC/TC), este Tribunal Constitucional ha señalado que el **hábeas corpus preventivo** “(...) podrá ser utilizado en los caso en que no habiéndose concretado la privación de la libertad –integridad personal y libertad de tránsito- existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia”. Igualmente en reiterada jurisprudencia este colegiado ha precisado que para determinar si la amenaza de un derecho es inminente o no, hay que establecer en primer lugar, la diferencia entre actos futuros remotos y actos futuros inminentes. Los primeros son aquellos actos inciertos que pueden o no suceder, mientras que los segundos son los que están próximos a realizarse, es decir, su comisión es casi segura y en un tiempo breve. Respecto a la naturaleza real de la amenaza, no puede tratarse de una mera suposición sino que, por el contrario, la afectación del derecho o bien jurídico tutelado debe ser objetiva y concreta”²⁵.*

²⁴ Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N° 399-96-HC/TC (fundamento jurídico 3), caso Patricia Garrido Arcentales y otro contra el capitán PNP Henry Huertas.

²⁵ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 04909-2007-PHC/TC (fundamento jurídico 2 y 3) publicada en la página del Tribunal Constitucional el 26 de mayo del 2008.

e) El Hábeas Corpus Traslativo.

Denuncia mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

Landa Arroyo, refiere que en este caso “*se busca proteger la libertad o la condición jurídica del status de la libertad de los procesados, afectados por las burocracias judiciales [...]*”²⁶.

El Tribunal Constitucional, en el caso Ernesto Fuentes, textualmente señaló lo siguiente: “Que, el tercer párrafo del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N.° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137° del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura”²⁷

²⁶ LANDA ARROYO, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 116

²⁷ Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N° 110-99-HC/TC, caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima.

“El hábeas corpus traslativo se lo utiliza para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido”²⁸.

f) El Hábeas Corpus Instructivo.

Se utiliza cuando no es posible ubicar el paradero de una persona detenida o desaparecida, su finalidad es garantizar la libertad y la integridad personal, así como asegurar el derecho a la vida y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció que habiendo quedado demostrado la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú, por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25° de la Convención en relación con el artículo 1.1.

²⁸ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 002663-2003-HC.Ob.cit (fundamento jurídico 6).

“El hábeas corpus instructivo puede ser utilizado cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida desaparecida. La finalidad de su interposición no solo es garantizar la libertad y la integridad personal, sino adicionalmente asegurar el derecho a la vida y, desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición”²⁹.

g) El Hábeas Corpus Innovativo.

Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.

Al respecto, García Belaunde expresa que dicha acción de garantía “debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado”³⁰.

Asimismo, César Landa afirma que “... a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos”³¹.

“Respecto a la presente, materia de autos, este Tribunal considera que, habiendo el juzgado penal demandado variado con fecha 20

²⁹ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 002663-2003-HC. Ibidem (fundamento jurídico7).

³⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo; *Constitución y Política*, Eddili, Lima 1991, pág.148.

³¹ LANDA ARROYO, Cesar Op. cit, pág. 193.

de julio de 2007, el mandato de detención impuesto al beneficiario por la medida coercitiva de comparecencia, y hallándose este en libertad, se ha producido la sustracción de la materia. No obstante esta circunstancia procesal este Tribunal estima pertinente el análisis del presente caso en aplicación de lo establecido en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que prevé el hábeas corpus innovativo: (...) cuando pese haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante”³².

h) El Hábeas Corpus Conexo.

Procede ante la amenaza o violación de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual. En el Perú ha sido la Ley N° 23506 la que implícitamente ha dado lugar al hábeas corpus conexo, al establecer de modo enunciativo en su artículo 12° que el hábeas corpus procede en los diecisiete supuestos mencionados, de los cuales no todos estuvieron referidos en estricto a la libertad individual, sino también a derechos constitucionales conexos a ella.

El Código Procesal Constitucional en la misma tónica que la Ley N° 23506 ha establecido en su artículo 25° que el hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que enunciativamente conforman la libertad individual, también en los

³² Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N° 5490-2007-HC/TC, caso Elvito Alfímedes Rodríguez Domínguez contra Quincuagésimo Sexto Juzgado Penal de Lima (fundamento jurídico 2) publicado el 24 de marzo del 2008.

diecisiete supuestos mencionados; incluso ha ido más allá, pues en su parte in fine ha establecido que el hábeas corpus procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio.

- **Configuración jurisprudencial del hábeas corpus conexo.**

El Tribunal Constitucional ha precisado que, el hábeas corpus conexo “cabe utilizarse cuando se presentan situaciones (...) como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida, o de ser obligado a prestar juramento, o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra él o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados – previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados”³³.

2.2. DIGNIDAD HUMANA, PRINCIPIOS Y DERECHOS.

³³ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 002663-2003-HC. Ibidem (fundamento jurídico 6)

2.2.1. Dignidad Humana.

Es complejo estudiar el tema de principios y derechos humanos y/o fundamentales de la persona humana no sin antes comprender el concepto dignidad humana. La dignidad encierra para el Derecho un contenido primordialmente ontológico que la erige como fuente de todos los derechos, pues la exigibilidad de estos depende de la propia existencia de la persona como una realidad determinada (ente).

La importancia de la dignidad para los derechos fundamentales resulta de su fundamentabilidad formal y material, que les ha permitido constituirse en la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado constitucionalizar en la sociedad y el Estado, erigiéndose como el pilar dogmático del modelo de Estado constitucional y democrático, y del actual estadio de evolución del constitucionalismo contemporáneo³⁴

Los derechos fundamentales quedan definidos como ámbitos de protección que permite al individuo la posibilidad de su desarrollo en la sociedad de todas sus potencialidades. Ello significa la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía

³⁴ LANDA, César. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa D.F, 2006, p.113. Citado por Carolina CANALES CAMA, en su artículo “*La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano*”. En: Gaceta Constitucional de Gaceta Jurídica, febrero del 2010, pág. 28.

moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento.

De esta forma la dignidad humana se concretiza cuando entra en vinculación con el corpus de derechos fundamentales. Caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales atendiendo a la diversidad de objetivos que puedan perseguir estos derechos en un sistema axiológico.

Pues, para la Constitución Política del Perú la dignidad del ser humano no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado” y complementando dicha línea de razonamiento con lo regulado en el artículo 3°, que prescribe “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional peruano, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos en tanto soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”³⁵. Ello no significa que carezca de la eficacia inherente a los derechos fundamentales. En ese sentido “la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición concreta del contenido de garantía”³⁶. Solo así la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho.

La afirmación del valor normativo de la dignidad humana y su progresivo reconocimiento como derecho fundamental ha venido siendo perfilado por el supremo intérprete de la Constitución. En tanto comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana (siendo todas ellas en sí mismas necesidades humanas que emergen de la experiencia

³⁵ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 0010-2002-AI, Caso Legislación Antiterrorista (fundamento 218) de fecha 4 de enero del 2003.

³⁶ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 2273-2005-PHC, Caso Karen Mañuca (fundamento 8) de fecha 13 de octubre del 2006, en el cual el TC establece algunos criterios para el reconocimiento de derechos fundamentales. Así refería que, por ejemplo, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como las garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido.

concreta de la vida práctica), es posible afirmar que se configuran los elementos que determinan el progresivo reconocimiento de su contenido constitucional autónomo.

Por el momento, nuestro Tribunal solo ha formulado jurisprudencialmente el postulado normativo: *principio-derecho* de la dignidad humana, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc. Pues este doble carácter (*principio-derecho*) produce consecuencias jurídicas; en tanto **principio**, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: **a)** criterio interpretativo, **b)** criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos devienen en una cuestión conflictiva, y **c)** criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; y como **derecho** fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana³⁷.

³⁷ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 0050-2004-AI (acumulados), N° 0019-2005-PI/TC, N° 0030-2005-PI, N° 1417-2005-AA, N° 10107-2005-PHC, N° 00926-2007-PA/TC.

En la STC Exp. N°10087-2005-PA/TC se estableció que la **dignidad de la persona humana** es un dínamo de derechos fundamentales, además constituye un valor y un principio portador de valores constitucionales; por ello, es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad. De esta forma la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y particulares, sino también como principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos³⁸.

Finalmente, en la dignidad humana, y desde ella es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano en los espacios amplios adonde concurre para entrar en relación con otras personas, pues para lograr esta vinculación, la dignidad humana comporta un triple carácter como valor, como principio y derecho fundamental.

2.2.2. Principios.

³⁸ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 05003-2009- PHC/TC. Op. cit (fundamento 3).

Habiendo, desarrollado el concepto dignidad humana corresponde seguir estudiando la categoría jurídica de “principios” la que resulta de suma importancia para el desarrollo de la presente tesis. Así Osorio, Manuel en su diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales³⁹, define:

“Principio como el comienzo de un ser, de la vida. Fundamento de algo. Máxima, aforismo. Principium. Vocablo latino. Principio o comienzo. Dábase tal nombre a la primera de las tribus que botaba en los comicios y que por ello figuraba en la ley respectiva”.

Marcial Rubio Correa⁴⁰, define que los principios generales del Derecho son:

“conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informa la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, sub-conjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar o no recogidos en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento”.

Los principios pueden ser en un ámbito, conceptos susceptibles de definición antes que proposiciones. Tal es el caso de la equidad, la justicia, la libertad, la igualdad, la democracia, etc. En todos estos casos pueden haber diferentes versiones que cada uno tenga sobre ellos y esas convicciones puedan ser más o menos distintas según las épocas. Sin embargo para todos funciona

³⁹ OSORIO, Manuel. Op. Cit., págs. 796 -797.

⁴⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Fondo Editorial 2006, pág. 307.

la misma regla: una vez definidos con acuerdo intersubjetivo básico, rigen como grandes informadores del funcionamiento del Derecho.

Los principios generales del Derecho son los enunciados normativos más generales que, a pesar de no haber sido integrados formalmente en el ordenamiento jurídico, se entiende que son parte de él, porque sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares, o bien recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar derechos legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa⁴¹.

a) Normas Regla y Normas Principio.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación es indispensable diferenciar entre normas regla y normas principio. Pues la distinta eficacia de las disposiciones constitucionales da lugar a que las primeras “**normas regla**”, sean definidas como mandados concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables; mientras que las segundas “**normas principios**”, constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la

⁴¹ CARPINTERO, Francisco. Norma y principio en el “Jus commune”. Revista de Estudios Históricos Jurídicos XXVII, 2005, 283-808. En Línea http://es.wikipedia.org/wiki/principios_generales_del_Derecho.

intermediación de la fuente legal para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

Aunque con otra terminología la distinción de **reglas y principios** se conoció en los años 50 en Alemania un tratamiento profundo gracias a Josef Esser. En Austria en los años 40 Walter Wilburg había anticipado algunas apreciaciones esenciales sobre este aspecto, en su teoría de los sistemas en movimiento. Sin embargo se desencadenó un debate internacional más amplio gracias a Ronald Dworkin, quien en su artículo “The Model of Rules” en el año 1967, la convirtió en fundamento de un gran ataque contra la versión de positivismo jurídico pregonada por H.L.A HART⁴².

Sin duda uno de los principales teóricos del derecho contemporáneo es el profesor Ronald Dworkin quien ha sido considerado como uno de los más importantes críticos del positivismo jurídico, dándose a conocer a partir de un debate que sostuvo con el profesor H.L.A. Hart, uno de los más renombrados seguidores del positivismo.

La tesis de Dworkin se sostenía en el hecho de que si el derecho solo estuviese constituido por reglas entonces tendría sentido el test de pedigree u origen (validez de las normas) pero en la medida que el derecho también

⁴² R. Dworkin. *The Model of Rules*. University of Chicago Law Review, 35 (1967), pp. 14 y ss.

contiene derechos y directrices entonces éstas normas no dependen de su origen sino de su contenido o fuerza normativa.

En este sentido, la tesis de Dworkin sostiene que el derecho tiene tanto normas como reglas, las primeras serían los **principios** y las **directrices** mientras que las **reglas** son aquellas órdenes que mandan algo de manera concreta.

En el caso de los principios se tratan de normas que hacen referencia a la equidad y la justicia y las directrices serían aquellas normas que buscan satisfacer los intereses de carácter social, político y económico. Dworkin, precisamente descubrió que había ciertos casos en los cuales no se encontraba una norma aplicable o quizás la regla que podría ser empleada resultaba inaceptable, esto es lo que llama un **caso difícil**, que de acuerdo a la tesis propuesta por Dworkin solamente podría tener una respuesta correcta⁴³

En las tres décadas transcurridas desde entonces, la distinción entre reglas y principios, y sus implicancia para la teoría de la aplicación jurídica, la estructura del sistema jurídico, la relación entre derecho y la moral y la dogmática jurídica, en especial la dogmática de los derechos

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1999. Citado por Eduardo Emilio Hernando Nieto, en separata de “*Razonamiento Jurídico*”, Material de auto aprendizaje, Lima, Décimo Tercer curso PROFA. Academia de la Magistratura, Julio 2009, pág. 69 y ss.

fundamentales, ha sido objeto de un insoslayable conjunto de investigaciones, siendo dos las posiciones fundamentales:

La *primera*, los principios como idea de optimización, lo cual puede sintetizarse en la fórmula en que los principios son mandatos de optimización y de este modo se diferencian fundamentalmente de las reglas, denominada “teoría de los principios”.

La *segunda*, se ha configurado como una mixtura, en la cual existe unidad de que es falsa, exagerada e insuficiente la concepción de los principios como mandatos de optimización.

b) Tesis de Robert Alexy.

Sin duda que Robert Alexy es uno de los más importantes filósofos del derecho contemporáneo y además muy conocido dentro de los teóricos de la argumentación jurídica por sus textos especialmente por el clásico “Teoría de la Argumentación Jurídica”⁴⁴ de la década de los ochenta. En este texto Alexy identifica concretamente al derecho como una forma especial del discurso práctico general, es decir, si el discurso práctico versa sobre la corrección de una conducta humana, el derecho también se refiere al comportamiento humano pero en este caso limitado por la realidad

⁴⁴ ALEXY, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales 1991.

jurídica determinada a través de las normas de derecho, la doctrina, la jurisprudencia, etc. Su tesis de los principios se estructura como:

b.1. Tesis de la Optimización.

Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas.

Frente a ello las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez entonces está ordenando hacer exactamente lo que ella exige ni más ni menos. Ellas son por lo tanto, mandatos definitivos. Esto significa que la distinción entre reglas y principios es cualitativa y no solamente de grado. Toda norma es una regla o un principio⁴⁵. Resulta muy ilustrativo presentar aquí las diferencias de principios y reglas realizadas por Pedro. P. Grández Castro⁴⁶.

⁴⁵ Robert Alexy. *Tres escritores sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá. Universidad de Colombia, 2003, p. 95.

⁴⁶ GRANDEZ CASTRO, Pedro y GONZALES OJEDA, Magdiel. *Curso Argumentación Jurídica*- curso de Doctorado en Derecho, Trujillo, Universidad Privada “Antenor Orrego”, abril del 2008.

PRINCIPIOS Y REGLAS

LAS REGLAS	LOS PRINCIPIOS
<ul style="list-style-type: none">) Son mandatos definitivos) Las reglas se aplican “todo o nada”) Cuando entran en “conflicto” una de ellas esta demás) Los conflictos entre reglas se resuelven en el plano de la validez.) Las reglas eliminan el margen de discreción de quien los aplica.) Se aplican a través de la subsunción. 	<ul style="list-style-type: none">) Son mandatos <i>prima facie</i>) Valen por el “peso” que representan en la argumentación.) Cuando entren en “conflicto”, el principio vencido sigue en el sistema jurídico.) Generan un amplio margen de discreción.) Deben ser optimizados: La ponderación es el modo de aplicarlos.

b.2. La ley de la Colisión.

La distinción entre reglas y principios se muestra con la mayor claridad en las colisiones entre principios y los conflictos entre las reglas, común a estas colisiones es la existencia de dos normas, que si se aplicara cada una por su parte, llevaran a resultados incompatibles entre sí, en concreto, a dos juicios jurídicos concretos

de deber ser que estaría en contradicción. Sin embargo uno y otro fenómeno se diferencian esencialmente en la manera como se soluciona el conflicto.

Los conflictos entre reglas. Un conflicto entre dos reglas sólo puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o si se declara la invalidez de una de ellas, operan los principios “*lex posterior derogat legi priori*”, “*lex superior derogat legi inferiori*”, etc.

Colisiones entre principios. Deben resolverse de una forma totalmente diversa. Los tribunales deben resolver estableciendo una relación de precedencia entre la colisión de dos principios relevantes condicionada a las circunstancias del caso concreto. La ley de colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada.

b.3. La ley de la ponderación.

La teoría de los principios, expresada en forma de la tesis de optimización, ha adquirido un lugar propio en la doctrina, sobre todo al postular su equivalencia con el principio de proporcionalidad y éste implica aquella. Que la teoría de los principios implique el principio

de proporcionalidad significa que sus tres sub principios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) son deducibles de ella. Por lo tanto quien objeta la teoría de los principios tiene que objetar el principio de proporcionalidad.

Los sub principios de **idoneidad y necesidad** se origina del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas. En cambio el principio de **proporcionalidad** en sentido estricto se origina a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas, sobre todo en relación con los principios que juegan en sentido contrario. La **ponderación** resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro. Para estos casos se formula la siguiente *ley de ponderación* “Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación a un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”⁴⁷

Al respecto el Tribunal Constitucional Peruano ha desarrollado en reiterada jurisprudencia⁴⁸ el tes ponderación o proporcionalidad en

⁴⁷ Robert Alexy. *Tres escritores sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Op. cit., págs. 99.

⁴⁸ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 0045-2004-AI/TC, N° 0010-2002-AI/TC. F.J. 195, N° 0408-1997-AA.F.J.4, N° 0090-2004-AA.F.J.12, N° 0050-2004-AI.F.J. 109, N° 0010-2004-AI.F.F.JJ.187 Y 188, N° 007-2006-AI, N° 4777-2004-AI.F.J. 27, N° 6712-2005-HC, N° 0007-2006-AI y N° 0015-2007-HC.

sentido estricto; así en la STC Exp. N°0045-2004-AI/TC se estableció:

*“La **idoneidad** consiste en la relación de causalidad de medio a fin entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio fin (...) **Necesidad**, busca examinar si existen otros medios alternativos al adoptado o, al menos, que los sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio – medio, esto es, de una comparación entre medios, el adoptado y el o los hipotéticos que hubieran podido adoptarse para alcanzar el mismo fin (...) **Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación**, consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación **“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia la afectación del otro”**. Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación – o no realización – de un principio y la satisfacción –o realización – del otro. Se establece así una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho sea mayor al grado de la realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho no estará justificada y será inconstitucional”. (Fundamentos Jurídicos 38, 39 y 40).*

2.2.3. Derechos

Es difícil entender aisladamente el término “derechos”, “derechos humanos”, “derechos fundamentales” por eso me remito a revisar toda una gama de definiciones y tratamiento doctrinario y jurisprudencial de tales

acepciones jurídicas, a fin de hacer más provechoso al desarrollo de los objetivos propuestos en la redacción de la tesis.

El término derechos humanos no es unívoco, tiene varias acepciones que dependen de las circunstancias que rodean a su empleo. Hay diferencias sustanciales entre derechos humanos, derechos fundamentales o derechos constitucionales, incluso se puede hablar de derechos naturales y derechos públicos subjetivos; cuando empleamos estos diversos términos, aun cuando parezcan referirse a conceptos diferentes, estamos hablando con unas pequeñas diferencias de ámbito y de grado, casi de lo mismo; de unas facultades y deberes correlativos inherentes al ser humano.

Generalmente la categoría **derechos humanos** se emplea dentro de un enfoque supranacional (declaraciones, pactos convenios, tratados, protocolos y convenios de derechos humanos) en cambio los **derechos fundamentales y o constitucionales**, están referidos al derecho interno contenido en la Constitución.

En los diversos documentos emitidos por la Organización de las Naciones Unidas, a través de sus centros de información, se expresa que:

“los derechos humanos son las condiciones de la existencia humana que permiten al ser humano desenvolverse y utilizar plenamente sus dotes de inteligencia y de conciencia en orden a la satisfacción de

las exigencias fundamentales que le imponen su vida espiritual y natural”⁴⁹

Por otro lado los derechos humanos vendrían a ser aquellos principios y normas universalmente aceptados que tienen que regir los actos de las personas, las comunidades y las instituciones si queremos que se preserve la dignidad humana y se fomenten la justicia, el progreso y la paz.

En relación al Estado, como institución específica, los derechos humanos constituyen un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en cada país, poniendo límite y reglamentación a la actuación estatal. Concretizan la libertad frente al Estado y la garantizan en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar.

La piedra angular de los derechos humanos es la libertad; por ello el hombre decide su autorrealización y el logro personal sin ningún tipo de presión. Es la facultad de elegir los medios más aptos para alcanzar perfeccionamiento. Es la facultad de escoger entre diversos medios aquel que sea más adecuado para alcanzar el bien del hombre. “Es decía Palomino Manchego, una esfera sagrada que no permite interferencias y reduce a polvo las concesiones arbitrarias”. La libertad es negativa cuando significa

⁴⁹ Cfr. DEL SOLAR ROJAS, Francisco José. *Derechos Humanos y su Protección*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2000, pág. 21-22.

independencia de la interferencia y es positiva cuando equivale al deseo y acto de autogobierno⁵⁰

a. Generaciones de los Derechos Humanos.

Históricamente, los derechos humanos han surgido y han sido reconocidos, de manera progresiva, por etapas o generaciones, cada una constituye en cierta forma, la realización de valores y principios como las consagradas por la Revolución Francesa de 1789: libertad, igualdad y fraternidad. Correlativamente a estos valores, en un primer momento se habló de la existencia de tres generaciones; actualmente se puede señalar hasta cuatro generaciones, correspondiendo esta última a la realización de la unidad en la diversidad.

a.1. Primera Generación

La primera generación de los derechos fundamentales en la libertad, comprende a los derechos civiles y políticos. Estos surgen ante la necesidad de oponerse a los excesos de la autoridad, se proclamaron para limitar las competencias o atribuciones del Estado y se constituyeron como garantías a la libertad. Figuran como

⁵⁰ PALOMINO MANCHEGO, José F. “¿Qué se entiende por derechos humanos?”. En: Revista Jurídica del Perú N° 14. Trujillo, 1998. Pág. 195.

Derechos Fundamentales de carácter individual en la Declaración de Independencia de los Estado Unidos en 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, derechos que luego pasaron a formar parte de las constituciones políticas contemporáneas. Son los derechos llamados “libertades” como precisa el maestro Alzamora Valdez: *Derecho a la vida, a la integridad y libertad física. Derechos civiles: no hay discriminación por sexo, raza, color religión, idioma u origen. Políticos: libertad de pensamiento y expresión. Interposición de recursos ante un Poder Judicial independiente. Participación en la vida política del Estado. Democracia y referendo.*

a.2. Segunda Generación.

Se funda en la igualdad, son los derechos económicos sociales y culturales. En esta etapa el hombre le exige al Estado que cumpla con ciertas obligaciones de dar y hacer. Son “derechos prestaciones” o “derechos acreencia” a diferencia de los derechos individuales que son derechos poder. Para realizarse en el mundo, el hombre necesita la ayuda de la sociedad, a través de sus gobernantes, a fin de obtener los medios para la satisfacción de sus necesidades. Por ello emergen los derechos a *la alimentación, habitación, vestido salud trabajo, educación cultura seguridad social, etc.*

En los derechos de primera generación el hombre se opone a que el Estado interfiera en su libertad, se le exige una abstención, un “no hacer”; en cambio en los derechos de segunda generación el Estado debe asumir un papel activo; pues tiene la obligación de crear las condiciones necesarias para la satisfacción de las necesidades económicas, sociales y culturales de todas las personas por igual, son derechos de carácter colectivo.

a.3. Tercera Generación.

Los derechos humanos de tercera generación deben sostenerse en el principio de la fraternidad, son los denominados derechos a la solidaridad que todavía se encuentran en proceso de maduración. Se inspiran en la armonía que debe existir entre los hombres y los pueblos, entre estos y la naturaleza. Aquí se concibe a la vida humana en comunidad. *Comprenden el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad.* En esta etapa se espera una alianza efectiva entre pueblos y estados, debe reconocerse que la humanidad tiene derecho a la paz, tanto en el plano nacional e internacional.

a.4. Cuarta Generación.

Siguiendo la línea de las generaciones, actualmente se habla de una cuarta generación de derechos humanos, que obedecen a la necesidad de concebir a la humanidad como una sola familia y que todos sus miembros deben sumar esfuerzos para el bienestar global y si cualquier integrante de ese cuerpo está adolorido o lesionado, ello inevitablemente redundará en el sufrimiento de todos los demás. Esta nueva generación de derechos, sería el inevitable desenvolvimiento de la organización política social hacia formas cada vez mayores y complejas, y junto a ello, también el arribo a ordenamientos jurídicos correspondientes a esas nuevas formas. *Comprende el derecho a la plena y total integración de la familia humana, igualdad de derechos sin distingo de nacionalidad, derecho a formar un Estado y Derechos supranacionales.*

Tanto los derechos de tercera generación como los de cuarta, no han sido incorporados en la legislación; sin embargo están ahí latentes en espera de condiciones favorables para su reconocimiento. No obstante el Tribunal Constitucional Peruano en reiterada jurisprudencia⁵¹ ha reconocido derechos constitucionales no enumerados bajo el principio-derecho de dignidad humana como presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales, y los principios de soberanía del pueblo, estado democrático de derecho y

⁵¹ Gaceta Jurídica: Extractos de Jurisprudencia Constitucional. Derechos no enumerados y nuevos derechos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Exp. N° 1417-2005-AA/TC, f. j. 3 y 4; STC. Exp. N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 5 y 6; STC. Exp. N° 0168-2005-PC/TC, f. j. 9 y 10.

la forma republicana de gobierno. Entre estos derechos reconocidos y no enumerados tenemos: *derecho a exigir la eficacia de las normas legales y actos administrativos, derechos constitucionales implícitos de los consumidores y usuarios, derecho a un plazo razonable, derecho a la verdad, derecho a la objeción de conciencia, etc.*

Derecho a un plazo razonable.

“... No cabe duda que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole por el contrario a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”⁵².

Derecho a la verdad.

⁵² Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N° 3771-2004-HC/TC, caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón contra la Primera Sala Penal de Piura (fundamento jurídico 16) publicada el 02 de febrero del 2005.

“... Nuestra Constitución Política, reconoce en su artículo 3, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno. Así el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo el Tribunal Constitucional considera que, una medida razonablemente posible en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente”⁵³.

b. Los derechos Humanos y/o Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.

Así pues, tratando de absolver las inquietudes *ut supra* indicadas y comprender la temática de los derechos humanos y/o fundamentales no se puede perder de vista lo desarrollado en el tema por el máximo intérprete de la Constitución, que ha establecido:

“Los derechos humanos aparecen derivados de la dignidad del ser humano, aparecen como una condición de la existencia de la ciencia del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional, los derechos humanos cuyo nomen iuris es utilizado en el ámbito del Derecho Internacional y denota, como ha dicho el Tribunal Constitucional, la obligación de Parte de los Estados que han

⁵³ Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N° 2488-2002-HC/TC, caso Genaro Villegas Namuche contra el Fuero Militar y Otro (fundamentos jurídicos 12 y 13) publicada el 22 de marzo del 2004.

suscrito los pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos, de proteger al ser humano frente al accionar arbitrario del Estado”⁵⁴.

El Tribunal ha expresado esta concepción de los derechos humanos no solo como declaraciones retóricas sino como obligaciones vinculantes para los Estados en estos términos:

“Las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por el artículo 2° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44° de la Constitución; vale decir la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”⁵⁵.

La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (caso Velásquez Rodríguez), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal

⁵⁴ Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N° 4677-2005-AA/TC, caso Confederación de Trabajadores del Perú – CGTP contra Municipalidad Metropolitana de Lima (fundamento jurídico 13) publicada el 25 de diciembre del 2005.

⁵⁵ Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. N° 4677-2005-AA/TC, Ob. cit (fundamento jurídico 14).

correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos vela de esta manera por la protección de los derechos de las personas pero, simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.

En este contexto el Tribunal Constitucional ha conceptualizado los **derechos humanos** como la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.⁵⁶

Ahora bien, los **derechos fundamentales** en cambio representan la concreción en el ámbito nacional de los derechos humanos. Como parte consubstancial del concepto actual de Constitución que no solo representa un límite formal a la actuación de los poderes públicos, sino principalmente un límite de carácter material a los mismos, los derechos fundamentales según ha precisado el tribunal constitucional, son parte central del ordenamiento jurídico del país y su dimensión no solo es subjetiva, es decir como atributos subjetivos

⁵⁶ Tribunal Constitucional del Perú STC Exp. N° 0050-2004- AI/TC, caso Cédula Viva, Demandante el Colegio de Abogados del Cusco contra la ley N° 28389 (fundamento jurídico 71) publicada el 06 de junio del 2005.

de las personas, sino también objetiva como normas de fundamentación de todo el sistema jurídico.

En esencia se supone que son **derechos fundamentales** “(...) aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el estado no otorgue con arreglo a su leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que solo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”. De esta forma el Tribunal Constitucional considera necesario configurar la naturaleza de los derechos fundamentales, que encerrando en sí mismos una aspiración, deben ser percibidos por los seres humanos como una experiencia concreta de la vida cotidiana, para lo cual se deben garantizar condiciones objetivas para su pleno goce y ejercicio⁵⁷.

“(...) los **derechos fundamentales** constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de guardar el

⁵⁷ Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 0050-2004- AI/TC. Ob. cit (fundamento jurídico 72).

principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”⁵⁸.

2.3. LA FAMILIA.

2.3.1. Definición.

Es la célula de la comunidad social. Dentro de ella se lleva a cabo innumerables actos de vida diaria y en ella se dan los sentimientos más nobles del ser humano, tiene su significación etimológica en la voz latina: “*Fames*” que significa hambre, y alude al hecho de que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias. En sentido amplio la familia es un conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad.

⁵⁸ Tribunal Constitucional del Perú STC Exp. N° 10087-2005- PA/TC, caso Alipio Landa Herrera contra Aseguradora Rímac Internacional (fundamento jurídico 06) publicada el 30 de junio del año 2008.

Cornejo Chávez, señala que “...la significación puramente etimológica del término familia no basta para configurar precisamente su concepto. Este debe ser buscado más bien en la esencia sociológica o jurídica del fenómeno”⁵⁹

Es por ello que sociológicamente, la familia ha sido considerada como “una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana” (Aristóteles), definición que no obstante los términos aparentemente vagos en que está concedida, puede a vez ser admitida como valedera.

Para Hinostroza Mínguez:

*La familia en sentido amplio, es el conjunto de personas, la misma que tiene entre sí algún vínculo de parentesco. Quedan comprendidos los ascendientes, descendientes, los parientes colaterales que descienden de un tronco común, tanto del marido como de la mujer. En consecuencia, la familia sería la agrupación permanente de personas relacionadas por vínculos jurídicos que derivan de la relación intersexual y la filiación.*⁶⁰

En la doctrina hay toda una clasificación de familia⁶¹, sin embargo, para el objeto de estudio solamente nos referimos a las familias amplias o extendidas y la

⁵⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de Familia*. Décima Edición. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima Perú, 1999, p.13.

⁶⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho de Familia*. 2da. edición, Edit. FECAT E.I.R.L, Lima- Perú, 1997, p.15.

⁶¹ Cfr. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. Los Alcances del Hábeas Corpus para tutelar el vínculo familiar. Familias ensambladas, separadas, divididas, convivenciales, migrantes, multiculturales. Gaceta Constitucional de Gaceta Jurídica, Noviembre del 2010, pág. 225 y ss.

familia nuclear o restringida, así tenemos:

Familia extendida o amplia. Considerada como un conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Por lo que, desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. En este sentido amplio de la familia se asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales en el mundo que tienen a imponer al Estado que lo proteja y lo defienda.

Esta concepción en sentido amplio, también lo comparte Ludwing Enneccerus, tiene una importancia relativamente reducida en el Derecho Familiar, pues no es a círculo tan vasto de parientes y afines, que hace alusión la mayor parte de las normas doctrinales y legales, a menos que se ponga, como en efecto hace el Derecho, límites restringidos en la línea colateral; y porque desde otro ángulo, ignora la situación de los convivientes no casados.⁶²

Familia Restringida o nuclear. Comprende sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está conformada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo la patria potestad. Este sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el

⁶² ENNECCERUS, Ludwing. Citado por CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit. p. 13.

núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección, aunque sea la más aludida en la legislación.

Hinostroza Mínguez nos dice que la familia en sentido restringido, “es el núcleo paterno-filial: padre, madre e hijos. Es denominada familia conyugal o pequeña familia”⁶³.

Sin embargo Palacio Pimentel entiende a la familia en sentido restringido lo siguiente: “La familia es un conjunto de personas unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción y que viven bajo un mismo techo, con los recursos y bajo la dirección de un jefe”⁶⁴

En sentido intermedio (familia compuesta), la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

Según Zanoni:

*La familia es así el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco. Allí donde no exista vínculo jurídico no existirá tampoco relación jurídica familiar, aunque ello implique una discordancia con el vínculo biológico.*⁶⁵

⁶³ *Ibid.*, p.16.

⁶⁴ PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. “Manual de Derecho Civil” Tomo II. 2da. Edic. Edit. Huallaga E.I.R. Ltda. Lima Perú. 1987. p. 698.

⁶⁵ ZANONI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 6.

2.3.2. Evolución del concepto jurídico de Familia.

Friedrich Engels ha escrito sobre las formas primitivas de la familia así como su desarrollo histórico, es decir desde los estadios primitivos con promiscuidad sexual en el que no solamente el hombre mantenía relaciones sexuales con varias mujeres, sino que también la mujer mantenía relaciones sexuales con varios hombres, refiriéndose a la familia expresa:

“... es el elemento activo, nunca permanece estacionada, sino que pasa de un forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; solo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia...”⁶⁶

La familia en sus inicios se caracterizaba por la poligamia, sin embargo a medida que el ser humano evolucionaba esta forma fue cambiando, así como sofisticándose, tal es así que dio lugar a la familia monogámica o contemporánea, la familia se funda por las leyes naturales de la preservación, subsistencia y el carácter racional del hombre.

⁶⁶ ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. 4ta. edición, Edit. Progreso, Moscú-Rusia, 1891, p.27.

Según Ramos Ríos, la familia como asociación de personas, no siempre tuvo las características de una familia monogámica, que es la que comúnmente conocemos, además la única que pudo desarrollarse el afecto entre las personas, conocido como amor mutuo entre los cónyuges; más bien, esta viene evolucionando conforme evoluciona la civilización humana, en ocasiones al margen de las reglas, las normas o parámetros normativos establecidos por el hombre, rebasando casi siempre las previsiones legislativas que la determinan, regula u organizan, a tal punto que no es exagerado afirmar que la organización familiar, no viene dado que ley divina o escrita por el hombre y ni aún estas serían o son capaces de regular su establecimiento y funcionamiento y mucho menos frenar eficazmente los desbordes de las pautas morales dominantes en la comunidad.⁶⁷

Los cambios sociales origina cambios en las relaciones familiares por lo que es difícil definir el término familia, así como en lo que respecta al matrimonio, la sociedad conyugal y paterno filial, así como las instituciones de amparo familiar pues se vienen trastocando al margen del ordenamiento jurídico.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos⁶⁸. Ello es de

⁶⁷ RAMOS RÍOS, Miguel Ángel. *Violencia Familiar, Protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares*. Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima-Perú, 2013, p. 18.

⁶⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (art. 23). 27/07/90, Observación General 19. En el documento se indica; “En vista de la existencia de

suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

2.3.2.1. La Familia a la luz de las Constituciones de 1933, 1979 y 1993.

La Constitución de 1933 solo dedicó dos artículos para referirse a la familia: el artículo 51° que prescribía “el matrimonio la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”; interpretando dicha norma se determina que no existe mención alguna a que dicha protección de la familia debe estar a cargo del Estado, es más ni siquiera se intenta conceptuar a la familia. Por otro lado el artículo 52° prescribía que era

diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.”

deber del Estado la defensa de la salud, física, mental y moral de la infancia.

La Constitución de 1979 fue la que más atención puso a la familia, e incluso en el preámbulo se señala que la familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura. Esta norma fundamental le dedicó todo un capítulo a la familia, siendo los aportas más importantes el deber del Estado y la sociedad de proteger a la familia, declaró la igualdad de los hijos, no interesando si provenían no de familias matrimoniales, asimismo reconoció la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, la unión de hecho como fuente generadora de familia, concediéndole en el aspecto económico, trato equiparable a la sociedad de gananciales que nace con el matrimonio; sin embargo no define qué es familia, al igual que la Constitución de 1933.

La constitución de 1993, ya no le dedica un título a la familia, sino más bien lo recoge dentro de los derechos sociales y económicos, resaltando el deber del Estado de protegerla, reiterando la igualdad entre los hijos y la igualdad ante la ley del hombre y la mujer, así como el reconocimiento de la unión de hecho como fuente de familia, pero solo para equipararla económicamente a la sociedad de gananciales que nace con el matrimonio.

Observamos que los tres cuerpos normativos constitucionales aludidos no han definido a la familia en concreto, pues su definición ha ido evolucionando en su tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial como se ha desarrollado en la evolución del concepto jurídico.

2.3.2.2. La Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Es importante para los objetivos propuestos en la redacción de la tesis, recoger el reconocimiento constitucional de la familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

a. La familia como Instituto básico de la sociedad.

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 en instituto básico, natural y fundamental en la sociedad para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños⁶⁹.

b. La familia en el Constitucionalismo contemporáneo.

⁶⁹ Tribunal Constitucional del Perú STC EXP. N° 1817-2009-PHC/TC, caso Shelah Allison Hoefken contra Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador (fundamento jurídico 15) publicada el 10 de noviembre del 2009.

El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Sin embargo es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia. Se trataba de un modelo de familia matrimonial tradicional y nuclear, en donde el varón era la cabeza de familia y se desarrollaba en la esfera pública y profesional, dedicado a cubrir los gastos familiares, mientras que el rol de la mujer se constreñía a la esfera privada del cuidado del hogar y de los hijos. Desde una perspectiva tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco⁷⁰.

c. La familia en los Tratados de Derechos Humanos.

A nivel de la región los constituyentes se han referido a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, elemento natural y fundamento de la sociedad, fundamento de la sociedad, asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, base de la sociedad, célula fundamental de la sociedad, por citar algunos. Por su parte el artículo

⁷⁰ Tribunal Constitucional del Perú STC EXP. N° 04493-2008-PA/TC, caso Leny de la Cruz Flores contra la Corte Suprema de la República (fundamento jurídico 7), publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 26 de octubre del 2010.

23° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCIP) conceptúa a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también que el artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado⁷¹.

d. Consecuencia de los cambios en la estructura de la familia.

Consecuencia de los cambios en la familia es que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, monoparentales o las reconstituidas. Al respecto debe precisarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población⁷².

⁷¹ Tribunal Constitucional del Perú STC EXP. N°06572-2006-PA/TC, caso Janet Rosas Domínguez contra la O.N.P. (fundamento jurídico 6), publicada el 26 de Marzo del 2008.

⁷² Tribunal Constitucional del Perú STC. EXP N° 04493-2008-PA/TC. Ob. cit (fundamento jurídico 8).

e. El rol del legislador y los jueces al resolver conflictos familiares.

Los acelerados cambios sociales pueden generar una brecha entre la realidad y la legislación, provocando vacíos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido frente a conflictos intersubjetivos que versen sobre las nuevas estructuras familiares, los jueces tendrán que aplicar los principios constitucionales a fin de resolverlos, interpretando la legislación también en función de la realidad y por consiguiente brindando la paz social que es tarea prevalente del Derecho⁷³.

f. Familias ensambladas o reconstituidas.

La protección de la familia y el derecho a fundarla. No puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino, en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de particulares ... más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es mucho más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al

⁷³ Tribunal Constitucional del Perú STC EXP N° 04493-2008-PA/TC. Ob. cit (fundamento jurídico 9).

Estado y a la comunidad a proteger a la familia⁷⁴.

El Tribunal Constitucional la define como: “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”. También admite como denominaciones: familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras, que se conforman a partir de la viudez o del divorcio.

2.3.3. La Familia como Institución.

La familia es una institución universal, al parecer la única que va desarrollando en toda modalidad de sociedades. Las personas en general nacen de una familia y mayoría crean también una propia y así sucesivamente; la familia como es tiene varias funciones de todas las instituciones, aunque en nuestra sociedad muchas de sus actividades tradicionales hayan pasado parcialmente a otras. Todavía quedan sociedades en las que la familia continúa ejerciendo funciones educativas, religiosas, recreativas y productivas que ayudan al individuo a socializar. Las instituciones establecen normas que guían

⁷⁴ Tribunal Constitucional del Perú STC Expediente N° 09332-2006-PA/TC, caso Reynaldo Shols Pérez (fundamentos jurídicos 14 y 23) publicada el 06 de febrero del 2008.

acciones recíprocas en la sociedad, reduciendo de esa manera la probabilidad del comportamiento eventual e impredecible. Cuando las normas se aceptan de manera general, las personas siguen un comportamiento que las conduce al cumplimiento exitoso de las necesidades sociales. La educación, la religión, la familia, el sistema político y la economía se consideran instituciones sociales básicas en casi todas las sociedades. La Constitución Política del Perú de 1993 en el artículo 4° reconoce a la familiar como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

Bautista Toma señala “la familia es, ante todo, una institución social. En su concepción moderna puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas la unión intersexual, la procreación y el parentesco”⁷⁵

De la misma forma Zanoni expresa que se ha afirmado que la familia es ante todo una institución social, aquí el concepto de la institución social, institución que trasciende como un conjunto de pautas de conducta internalizadas que se aplica a una determinada categoría de relaciones sociales, en este caso, las familiares⁷⁶

Plácido, Alex afirma lo siguiente:

“...la familia es una sociedad natural y que, por ello, está regida por

⁷⁵ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*. 3ra. edición, Ediciones Jurídicas, Lima- Perú, 2008, p. 16.

⁷⁶ ZANONI, Eduardo. *Derecho Civil- Derecho de Familia*. Op. cit. p.20.

principios que emanan de la naturaleza del hombre, no puede concluirse que la procreación y la unión de los sexos por forzoso automatismo se dará siempre de acuerdo con las normas del derecho natural. El mismo derecho natural impele al legislador a organizar y regular jurídicamente a la familia para proteger y garantizar su estructura fundamental y determinar todos aquellos aspectos concretos que no vienen definidos por los principios naturales. Por ello, la referencia a la familia como instituto fundamental.⁷⁷

2.3.4. Fines de la Familia.

El reconocimiento de la unión sexual dirigida a la procreación de los hijos, la ayuda mutua entre los cónyuges propia de hacer vida en común, sentar la base de organización familiar, de la cual el matrimonio es su principal fuente.

El Código Civil tampoco establece relaciones de parentesco consanguíneo en línea recta y en línea colateral, así como parentesco por afinidad, en consecuencia a este grupo humano se le reconoce en sus grados de parentesco. Este cuerpo legal en el artículo 233°, prescribe:

⁷⁷ PLÁCIDO, Alex. “La delimitación jurídica del concepto de familia”. <http://blog.pucp.edu.pe/item/20472/la-delimitacion-juridica-del-concepto-de-familia-primera-parte>. 15.03.18.

“La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

Interpretando teleológicamente las normas aplicables para la familia están destinadas para su consolidación férrea y su gran fortalecimiento, por lo que cualquier acto contrario a ello, vulneraría su eficacia jurídica como institución natural, debiendo intervenir el Estado para sancionar a los actos que ataquen.

Se desprende de este mismo cuerpo legal, en el artículo 234°, lo siguiente:

“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tiene en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades”.

Se espera que esta unión formalizada, con el propósito para hacer vida en común, sea la apropiada para hacer construir del matrimonio una familia estable, en que las consideraciones de ambos cónyuges sean iguales, sin que exista desequilibrio de poder entre ellos o con respecto a sus hijos. Consecuentemente también existan consideraciones para todos los miembros de la familia originados no sólo por el matrimonio, sino también por la convivencia, pues hay que tomar en cuenta que el Perú existe gran cantidad de familias extramatrimoniales, por tanto el instituto de familia trasciende a del matrimonio.

La familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional, es pues, agente primordial del desarrollo social (STC. Exp. N° 06572-2006-PA/TC, f. j. 10)⁷⁸

2.3.5. La Importancia Social y Jurídica de la Familia.

Para el hombre en su dimensión social, la familia es la primera sociedad y quizás la única inevitable, a que surge todo ser; célula de la comunidad civil, reflejo y depositaria de su cultura. Cabe resaltar que la organización familiar tiene un estrecho vínculo con la constitución y desarrollo del Estado y con sus fines sociales, morales, jurídicos, políticos y económicos. Representa así un elemento esencial del Estado porque éste no es sino la organización jurídica de una agrupación de familias, de donde se infiere su importancia.

La familia tanto a nivel social como jurídico cumple un rol relevante porque el ser humano en la sociedad, tiene como primera sociedad a la familia, siendo la cédula de la comunidad civil, que es a la vez reflejo de la cultura que

⁷⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín y Otros. *El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica S.A, Primera Edición Julio del 2013, pág. 163.

se desarrolla en ella, que traerá consecuencias jurídicas importantes en sus relaciones que se derivan.

Para Cornejo Chávez, la importancia de la familia la destaca desde el ámbito social al considerarla que funciona como un mecanismo de defensa frente a todas las agresiones; como las biológicas: la hambre, la sed, las enfermedades; las físicas: el frío, el calor, la intemperie; las del medio social: el abuso de los más fuertes contra los débiles; como el hábitat de amor que todo hombre necesita vitalmente, para desarrollarse; así como la escuela de formación que deja huellas indelebles, las cuales pueden permanecer en forma positiva o negativa; como unidad de consumo y a veces aún de producción; en ocasiones como refugio final ante la adversidad; y siempre como el hogar en que se comparte en amor y compañía todas las peripecias de la vida diaria.⁷⁹

Por su parte, Palacios Pimentel considera que la importancia de la Familia, se encuentra en que la familia cumple una función de protección de defensa frente a las contingencias y hasta peligros del medio físico del ambiente y del medio social. Por lo que concluye que la familia es para cada ser humano hasta un refugio frente a la adversidad, las enfermedades, la vejez, la miseria. Socialmente para este mismo hombre la familia es la célula de toda sociedad; la familia es su primera sociedad; la familia es su primera sociedad; después ya

⁷⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Op. cit.* p. 16.

vendrá la escuela, el taller, la oficina. De allí su importancia para la persona individual y para la evolución de toda sociedad.⁸⁰

La familia posee importancia jurídica pues es una institución que tiene un estrecho vínculo con la Constitución y a la vez con el mismo desarrollo del Estado y con sus fines sociales, morales, jurídicos, políticos y económicos, de éste. Podríamos decir que el Estado se funda en la estrecha unión que vincula al grupo familiar, en consecuencia al ser débiles los vínculos familiares, también lo será el Estado, de la misma forma contrario sensu, de ser fuerte los vínculos familiares, el Estado será una estable y sólida organización. Es por ello, que todo plan o propósito de reforma social, hace indispensable la intervención estatal en la familia, para alcanzar cualquier transformación social, será preciso un cambio estructural previo de la familia.

El Dr. Enrique Bernales Ballesteros es de la opinión que en los sectores populares y en la mayoría de los pueblos de provincias, la familia todavía tiene una composición más amplia y que responde a patrones tradicionales antes que jurídicos, incluyendo parientes colaterales no considerados en los grados existentes, parientes espirituales e, inclusive, allegados que no tienen vínculo jurídico formal pero que sí tiene cercanía social y humana, por ejemplo, lo

⁸⁰ PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Op .cit.* p. 697.

parientes análogos a los afines, en el caso de una pareja que no ha formalizado matrimonio.⁸¹

2.3.6. El Derecho de Familia.

Es el deber que tienen los padres de la protección y asistencia hacia sus hijos menores, es interés del Estado, en cuanto a su cumplimiento, por ello lo transforma en obligación, pero también lo cataloga al mismo tiempo como un derecho que nace precisamente de su calidad de padres.

La familia dentro de la sociedad, se encuentra ya regulada por un conjunto de normas, por tal razón desde que la familia existe o se constituye, está gobernada por preceptos, por leyes emanadas de la sociedad, del Estado, incluyendo a todas las normas éticas que conocemos.

Según Peralta Andía:

La expresión Derecho de Familia tiene una doble acepción. En sentido subjetivo, significa una serie de facultades jurídicas que pertenecen a la familia como tal; pero en sentido objetivo, comprende aquel conjunto de normas jurídicas que regulan la institución familiar (...) Desde un punto de vista jurídico, el derecho de familia, está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos familiares (...) el derecho de familia es una rama del derecho en general que está formado por un conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones

⁸¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993- Análisis Comparado*. Quinta. Edición, Editora Raos S.R.L, Lima- Perú, 1999, pp. 192 - 194.

*que derivan de la sociedad conyugal, de las paterno – filiales y de las instituciones de amparo familiar.*⁸²

Alex Plácido expresa: “El derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regula los vínculos jurídicos familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el Derecho Civil”⁸³

Para Palacios Pimentel, el Derecho de familia consiste en la normatividad jurídica de las relaciones familiares, entendiendo que la familia es el conjunto de personas unidas entre sí por los lazos del matrimonio o el parentesco, el derecho de familia norma, regula la constitución y los requisitos del matrimonio, los deberes que éste impone entre los cónyuges y entre éstos y los hijos, luego trata de la disolución y/o anulación del vínculo matrimonial, la normatividad de las relaciones de parentesco, de la patria potestad, los alimentos, instituciones protectora de la familia, como la tutela y la curatela y el Consejo de Familia, así como los efectos de las uniones de hecho o concubinato.⁸⁴

En el mismo sentido, el autor considera que las relaciones familiares, materia del Derecho de Familia, se encuentran también dentro del Derecho Público así como del Derecho Privado, por lo que dependería del derecho de

⁸² PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa, Lima-Perú, 2008, págs. 54-55.

⁸³ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. F. *Manual de Derecho de Familia*. 2da. edición, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2002, pág.18.

⁸⁴ PALACIOS PIMENTEL, H. Gustavo. *Op. cit.*, pp. 700 - 701.

que se trate, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, lo que permite exista una bifurcación en el Derecho de Familia: El Interno tiene como contenido las relaciones cuyas normas son formuladas por la autoridad doméstica y se extiende a los actos de orden moral y también religioso; a la estimación y mutua tolerancia entre los cónyuges y los restantes miembros de la familia, así como referente a la vida económica del hogar; al cuidado y la orientación de los hijos, a la salud, al confort; en suma el Derecho Interno norma el orden de interés privados e íntimos de la vida familiar. El Derecho Externo está constituido por las relaciones reguladas por la ley sobre la “celebración de matrimonio”, la prueba del matrimonio, los impedimentos del matrimonio, la nulidad del mismo, el divorcio; la patria potestad, la tutela y la curatela y el consejo de familia.

2.3.7. Caracteres del Derecho de Familia.

El primer rasgo característico del Derecho de Familia es que en él la voluntad individual es menos autónoma que en la demás esferas del Derecho Civil y que la mayoría de sus disposiciones son de orden público, asimismo otra característica del Derecho Familiar es, su íntimo contacto con otras normas éticas con las que suele confundirse y con las que siempre comparte el gobierno de la familia. El hecho de que ésta sea al mismo tiempo materia de normatividad para la religión, la moral, la tradición y el Derecho Familiar,

otorga a este último matices que no se advierten en otras ramas del Derecho Civil.

El Derecho de Familia tiene sus propios caracteres, pues tanto el varón como la mujer y entre padre e hijos las relaciones nacen a raíz de la naturaleza misma, por lo que merecen el calificativo de “relaciones naturales”, es decir dictadas y gobernadas por la naturaleza antes que por la misma ley, lo que le distingue de otros derechos civiles, que tiene carácter patrimonial, como los derechos reales o los de obligaciones. Es por ello, que Palacio Pimentel distingue al Derecho de Familia cuatro caracteres:

- a) **Carácter natural del Derecho de Familia.** El legislador no puede alterar artificialmente las relaciones familiares, dado el carácter natural de la familia como son la procreación, la comunidad de intereses materiales y morales, la vida en común bajo un mismo techo.

- b) **Carácter local o nacional.** El Derecho tiene que adecuarse necesariamente a las peculiaridades del grupo familiar, las cuales son producto del medio físico y del medio social, y de las costumbres de cada zona, de cada región; y de la época, hasta del clima, la economía, la tradición, etc. El Derecho de Familia no puede ir en contra de esas peculiaridades, ni siguiera ignorarlas, como a veces ha sucedido, en el nuestro, con las uniones de hecho.

- c) **Carácter ético.** El Derecho de Familia regula predominantemente relaciones de orden ético, espiritual, sentimental, tales como el amor, la fidelidad conyugal, el amor filial, la tolerancia y la comprensión; el mutuo respeto y afecto entre los integrantes del núcleo familia, entre padres e hijos. Se trata de deberes morales, los cuales son elevados a la categoría de normas jurídicas obligatorias, lo que no ocurre en la misma medida con otros grupos de derechos civiles, como los reales o los de obligación.
- d) **Carácter Público:** A pesar de que el Derecho de Familia, integra junto con otros derechos privados el contenido del Derecho Civil, es innegable el carácter público del Derecho de Familia, porque los modos de actuar y de obrar que la ley impone a los fundadores e integrantes de la familia, no son renunciables, no son negociables, no so tampoco modificables voluntariamente por medio de pactos o de acuerdos. Se trata de derechos que no pueden ser materia de transacción.⁸⁵

Cornejo Chávez, concluye en sus consideraciones de los caracteres del Derecho de Familia, que el primera característica de éste, es que en él la voluntad individual es menos autónoma que en la demás esferas del Derecho Civil y que la mayoría de sus disposiciones son de orden público y como

⁸⁵ PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Op. cit.*, p. 702.

segunda característica que su íntimo contacto con otras normas éticas suele confundirse y con las que siempre comparte el gobierno de la familia.⁸⁶

2.4. INSTITUCIONES TUTELARES DEL DERECHO DE FAMILIA.

2.4.1. Patria Potestad.

La convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país en 1990, en su artículo 18 se refiere a la patria potestad cuando señala que es principio que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, por lo que les incumbe a ellos o a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental, el interés superior del niño.

Según el artículo 418° del Código Civil, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores; es claro que la intención del legislador es que sean los padres quienes se encarguen de los menores. Los motivos son evidentes nexos biológicos y afectivos que rondan la relación entre padres e hijos, siendo aquellos los más indicados para prodigarles el cariño y los cuidados que necesitan, de allí que el

⁸⁶ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Op. cit.*, pp. 20-21.

legislador inserte la fórmula “derecho – deber”, pues no solamente es una obligación de los padres el atender a sus hijos, sino que nadie puede desposeerle de tal derecho salvo razones justificadas.

La institución jurídica de la patria potestad ha evolucionado con el paso de los años y muy en contraste a lo regulado hace siglos en el Derecho Romano antiguo donde el jefe de familia tenía la condición de propietario de sus hijos y éstos la condición de esclavos (podrían venderlos, alquilarlos o condenarlos lícitamente a muerte), en la actualidad vemos una regulación equilibrada y razonada de la patria potestad, donde más que un poder o posesión de dominio de los padres con respecto de sus hijos, existen deberes y obligaciones para con ellos, donde los menores ya no son simples espectadores de su crecimiento y desarrollo personal, sino que tienen derecho a manifestar libremente sus opiniones en todos los asuntos que les afecten las mismas que deben ser tomadas en consideración en función de su edad y madurez, conforme lo señala el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes.

“La patria potestad es el deber y el derecho que tiene los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, no pudiendo ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres, precisamente porque constituye el derecho el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres”⁸⁷

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de la República Exp. N° 99-98-Lima. En Extractos de Jurisprudencia Civil, de Actualidad Jurídica, noviembre del 2007, pág. 66.

Nos dice Enrique Varsi, que mediante la filiación los padres se vinculan jurídicamente con sus hijos cumpliendo con satisfacer sus necesidades y requerimientos asistiéndolos protegiéndolos y representándolos. Por lo tanto, la relación paterno filial es un complejo de relaciones familiares entre padres e hijos en la que se da la denominada “autoridad paternal”, que obedece a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos⁸⁸.

El mencionado autor explica que al constituir un medio de realización natural, la familia tiene como uno de sus fines, el cuidar la persona y los bienes de los hijos, lo que se cumple mediante el ejercicio de la autoridad de los padres dentro de la institución de la patria potestad. Así los padres cuidan y defienden a su descendencia, que es una obligación propia, innata y connatural en el ser humano. Así observamos que la patria potestad está conformada por un complejo de derechos y obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padre e hijos son numerosas y de diversa índole, como aquellas que se derivan de la guarda, la educación, la corrección moderada y la asistencia.

En la actualidad la institución de la patria potestad, implica una relación de familia horizontal, en la que tanto padres e hijos gozan de derechos y deberes que cumplir, en algunos casos se toma en cuenta los intereses del hijo por sobre

⁸⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág 237, citado por Claudia Canales Torres en Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica, febrero del 2008. Pág. 27.

las atribuciones del padre, con la finalidad de que los hijos logren un desarrollo integral en el desarrollo de su personalidad.

“La patria potestad es una institución jurídica que contempla el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. En el divorcio la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido de su ejercicio. Entre los atributos de la patria potestad se encuentran el régimen de visitas y la tenencia, su régimen lo regula el Código de los Niños y Adolescentes, están referido a los padres que se encuentran separados de hecho sin que exista acuerdo entre ellos, en cuyo caso el juez aplica reglas pertinentes que protegen al menor”⁸⁹

En el Perú tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes regulan la institución de la patria potestad; las normas generales están contenidas en el Código Civil, como deberes y derechos de los padres e hijos, el régimen patrimonial, la responsabilidad, la representación, suspensión y extinción de la patria potestad. Por tanto el Código de los Niños y Adolescentes contienen normas especiales y de trato inmediato que regulan la institución de la patria potestad, tales como los deberes y derechos de los padres y el sistema de decaimiento y extinción de la patria potestad.

La función esencial y natural de la familia, es proteger a los hijos, sin embargo sucede que en algunos padres abusan de la autoridad o lo descuidan

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia de la Republica Exp. N° 787-97-Lima. En Extractos de Jurisprudencia Civil. Ob, cit, pág. 66.

por lo que se requiere brindar protección al menor fuera de su familia y hasta en contra de la misma.

Héctor Cornejo Chávez nos dice que son diferentes aquellas circunstancias, más o menos graves, las que pueden determinar el reconocimiento de las atribuciones inherentes a la patria potestad y aun su terminación, temporal o definitiva, en resguardo de los intereses del menor. A su vez, como es natural, tal potestad llega normalmente a su término cuando carece ya de objeto⁹⁰.

Nuestro Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes refieren varias formas para restringir el ejercicio de la patria potestad, no liberando a los padres de sus deberes como tales, de conformidad con lo establecido en el artículo 470 del Código Civil, siempre que los mismos sean compatibles con las causas que hayan conducido a tal situación. En este sentido el Código de los Niños y Adolescentes, respecto del sistema de decaimiento y extinción de la patria potestad establece como innovación un sistema estricto de decaimiento de la misma al unificar la figura de la suspensión en la que se integran las diversas causales contenidas en nuestro Código Civil referidas a la pérdida, la privación y la suspensión. Asimismo dicho cuerpo normativo regula la extinción de la patria potestad, vale decir la desaparición total, definitiva y normal de la misma y contempla la figura de la reincidencia, de manera tal que

⁹⁰ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit. págs. 548-549.

la reiteración de ciertas causales de suspensión puede implicar la extinción de la patria potestad.

La suspensión de la patria potestad implica una situación transitoria que suprime temporalmente el ejercicio de la patria potestad con el propósito de restablecerla posteriormente. En el mismo sentido las causales de pérdida de la patria potestad constituyen actos de extrema gravedad cometida por los padres hacia sus hijos, entre estas causales se encuentran las de naturaleza delictiva como el delito de abuso sexual en agravio de un hijo.

2.4.2. Tenencia.

Es la manifestación más directa de la patria potestad. Ésta se manifiesta con la crianza y relación directa de convivencia y cuidado hacia el menor. La figura de la tenencia es utilizada sobre todo en los procesos de separación de hecho o de divorcio, pues son en estos supuestos donde es más perceptible.

“La tenencia es una institución que tiene por finalidad, poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados y en busca de su bienestar, teniendo como objetivo el interés superior del niño, resultando en el presente caso imprescindible la realización de un informe social de su hogar a efectos de que se decida lo más conveniente para el menor”⁹¹

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Republica CAS. N° 1066-01-HUAURA, publicada el 11 de octubre del 2001.

El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 81° establece que “cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo y si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponerse la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

Del precepto normativo se concluye que existen dos formas de determinar la tenencia de los menores, en caso de separación de hecho o de divorcio, uno es el acuerdo entre los progenitores y el otro es la decisión del juez, quien de acuerdo a un análisis razonado del caso podrá optar por la tenencia exclusiva de uno de los padres, estableciendo un régimen de visitas para el otro progenitor, o también podrá decidirse por la tenencia compartida entre ambos.

Es de importancia resaltar que la tenencia puede ser acordada por los progenitores o decidida por el juez, el artículo en esencia da a entender que sobre todo ésta recaerá⁹² exclusivamente en uno de los padres; sin embargo cuando ninguno de los progenitores puede tener la tenencia y considerando el

⁹² Al respecto véase: AYVAR CHIU, Karina. “*La tenencia solo puede ser ejercida por los padres*”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 148, Gaceta Jurídica, enero de 2011, p.141. “(...) podemos definir (...) que nuestro legislador ha entendido por tenencia [a] aquel atributo del que goza los padres de tener en su compañía a sus hijos, situación que acarrea implícitamente otros deberes – derechos, propios del ejercicio de la patria potestad, como es el cuidado de los hijos, su alimentación, protección, vestimenta, cuidado orientación, etc”.

interés superior del niño, la tenencia como una solución excepcional podrá recaer sobre terceros⁹³

2.4.3. Régimen de Visitas.

Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, logrando el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Es una relación jurídico familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo a relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral⁹⁴.

La denominación de “Régimen de Visitas” no resulta técnicamente correcta; pues pareciera que solo se limitaría a un mero estar físico y no a una plena comunicación entre padre e hijo, la que solo podría darse en forma de

⁹³ De opinión contraria es AYVAR CHIU, Karina. Ob. cit., p. 143. “(...) nuestra regulación de forma expresa señala que la tenencia solo puede ser ejercida por los padres al ser un atributo propio de la patria potestad”.

⁹⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia: Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 2012. Lima Perú. Tomo III. Pág 311.

“visita” en el domicilio de quien detenta la tenencia o del padre que no convive con el hijo o a su vez en otro lugar a criterio del Juez si resulte conveniente.

Es el derecho a conservar las relaciones personales con el menor con quien no se convive; más específicamente es “aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos”⁹⁵.

El objetivo perseguido por todo régimen de visitas es “estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello, debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, dando preeminencia a los hijos, debe advertirse que el interés del menor rectamente entendido, requiere de un modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres”⁹⁶

Los fines que busca el régimen de visitas tenemos: **a)** Impedir que el distanciamiento de los progenitores confunda los sentimientos del menor, repercutiendo de manera negativa en su desarrollo, afectivo emocional y físico **b)** Ofrecer al padre no conviviente la oportunidad de participar en la formación de su hijo, incidiendo en el desenvolvimiento de su personalidad y

⁹⁵ PLACIDO VILCACHUA, Alex. *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p.513.

⁹⁶ KIELMANOVICH. Jorge. *Procesos de Familia*. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, p.167. Citado por Hernesto Vásquez Pérez, Asesor del Tribunal Constitucional Peruano, en *El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2013, p. 45.

consolidando la relación paterno filial c) Mantener las relaciones afectivas del menor con las personas que formaban parte de su vida, permitiendo que estos lazos de afecto se acentúen y perduren, al margen de los conflictos familiares que pudieren existir.

El Artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes establece que “los padres que no ejerzan la patria potestad tienen el derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria”. Creo que no debe vincularse el cumplimiento de la obligación alimentaria con el incumplimiento del Régimen de Visitas al menor; pues no solo se castiga al padre renuente, sino también al hijo, quien debe mantenerse al margen de los problemas legales entre sus progenitores. Así pues no resulta congruente condicionar el régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria (deber de contenido patrimonial); ante el incumplimiento del deber alimentario, el padre que ostenta la tenencia tiene expedito otras vías para hacer cumplir dicha obligación, como el empleo de medidas cautelares como el embargo, retención o la aplicación del derecho penal con la denuncia por el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

La solicitud (demanda) no solo es exclusiva a los padres; sino que también se extiende a otros parientes; de allí que el artículo 88° de los Niños y Adolescentes dispone que “... si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrían

solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el **cuarto grado de consanguinidad de dicho padre...**”. Independientemente de las personas que puedan solicitar el régimen de visitas, el niño o adolescente puede ser visitado por el padre solicitante y ciertos parientes (abuelos, tíos, hermanos); pues lo que se pretende es mantener y conservar los lazos familiares. En ese sentido al artículo 90° del código citado prescribe que “el régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique”.

Salvo que el interés superior del niño lo justifique, el padre que ostenta la custodia está prohibido, por razones personales que a su criterio son justificadas, de impedir que el menor se relacione con el otro padre. No olvidemos que ambos padres tienen el derecho de participar en el desarrollo integral de los hijos, quienes tienen el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. En este sentido “el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro o a ambos el derecho a mantener comunicación con aquellos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visitas. Tal derecho consiste en términos generales, en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el derecho a mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor. Fuera de ello el cónyuge que no ejerce la guarda – en tanto conserve la patria potestad

– tiene derecho a vigilar la educación de los menores, derecho que se trasunta especialmente en la facultad – ejercitable en todo momento – de solicitar el cambio de la tenencia, ya que para conferir esta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos”⁹⁷

Tan importante es el régimen de visitas que su incumplimiento da lugar a los apremios de ley, y en caso de resistencia, puede originar la variación de la tenencia (artículo 91 del CÑA). Esta variación se da como castigo al padre o la madre que desobedece el régimen de visitas; pues no puede generarse derecho alguno a favor del padre que vulnera el derecho del otro progenitor.

Esta facultad de relacionarse no sólo corresponde a los niños y adolescentes, sino también a las personas mayores de edad o discapacitados, quienes necesitan vivir un entorno socio familiar de paz y tranquilidad, en armonía con toda su familia; en consecuencia no solo los padres los son los únicos que adquieren la calidad de visitantes sino también los hijos cuando el visitado es el padre (mayor de edad, incapaz, dependiente, etc.).

Es pertinente recoger la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, así tenemos:

a. Derecho del hijo de poder visitar al padre no puede restringirse.

⁹⁷ BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Derecho de Familia*. Tomo III, Depalma, Buenos Aires 1981, p.402.

“La especial protección al anciano y la familia que mandatoriamente establece el artículo 4° de la Norma Fundamental. Más aún la tutela efectiva de la integridad moral de la persona en cuanto se refiera al desarrollo de su personalidad, requiere del derecho de todo hijo de visitar a su padre, no pudiéndose restringir en modo alguno tal atributo”⁹⁸.

b. Impedir contacto entre padres e hijos puede afectar el derecho a tener una familia.

“En determinados casos la negativa de uno de los padres de permitir ver a su hijos puede construir un acto violatorio de los derechos a tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso integridad personal, y si se han desbordado las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria, puede acudirse a la justicia constitucional”⁹⁹

⁹⁸ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 05787-2009-PHC/TC (fundamento jurídico 4) publicada el 10 de febrero del 2010.

⁹⁹ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 04192-2010-PHC/TC (fundamento jurídico 3) publicada el 20 de junio del 2011.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL USO DEL HÁBEAS CORPUS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

3.1. PRINCIPIOS.

3.1.1. El Principio de Protección Especial del Niño.

Este principio se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental, y se ha regulado a nivel supranacional y nacional, veamos:

a. A nivel Supranacional.

Primero, es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. Segundo, en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el *“niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y*

socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad". Tercero, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene *"derecho a cuidados y asistencia especiales"*. Cuarto, en sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los *"Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar"*. Quinto, el artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo *"niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"*. Sexto, en línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

b. A nivel Nacional.

El artículo 4º de la Constitución reconoce que la *"comunidad y el Estado protegen especialmente al niño"*. Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

"El constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y

mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral”¹⁰⁰.

Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

“El menor de edad se encuentra, en comparación al mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física. Esta fue una consideración fundamental en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención Sobre los Derechos del Niño, donde se señala que el niño por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”¹⁰¹

De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional del Perú STC Exp. N° 00550-2008-PA/TC (fundamento jurídico 15) publicada el 15 de noviembre del 2008.

¹⁰¹ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 00012-2010-PI/TC (fundamento jurídico 30.a) publicada el 11 de noviembre del 2011.

de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la “protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”¹⁰².

“En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado”¹⁰³.

3.1.2. El Principio de Interés Superior del Niño.

En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte IDH, se *“funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la*

¹⁰² CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 59.

¹⁰³ Tribunal Constitucional de Perú STC. Exp. 1817-2009-PHC/TC. Ob, cit (fundamento jurídico 7).

necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 1386 del 20 de noviembre de 1959, que establece:

Principio 2.

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

En sentido similar, La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa 25278, del 3 de agosto de 1990, prescribe:

Artículo 3.1.

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

Este principio, también ha sido regulado en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo *“niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.*

En el Perú este principio universal ha sido recogido en el artículo 4° de la Constitución vigente que prescribe: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...), siendo denominado como el principio de protección especial de la infancia y la adolescencia, el mismo que según el Tribunal Constitucional debe ser interpretado con el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y con el artículo 3.1.de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales conforman el bloque de Constitucionalidad¹⁰⁴. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual,

¹⁰⁴ En el fundamento 4 de la STC Exp. N° 03330-2004-AA/TC, de fecha 11 de julio del 2005, el Tribunal Constitucional definió el bloque de constitucionalidad en los siguientes términos: “Relacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a control”.

espiritual y social¹⁰⁵.

Artículo IX C.Ñ.A.

“En toda medida concerniente al niño y 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 considere el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos”

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las

¹⁰⁵ En el fundamento 12 de la STC Exp. N° 06105-2005-PHC/TC, de fecha 06 de diciembre del 2005, el Tribunal Constitucional señaló que: “La tutela permanente con la que ésta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño. Una doctrina de este tipo posee un carácter eminentemente especial cuando media un desamparo para los menores de edad (situación objetiva de abandono) como la que ha sido reconocida constitucionalmente”

políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, es preciso “ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”.

En la doctrina entre los diversos autores que han tratado el tema del principio del interés superior del niño, hay el consenso en que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que existe la necesidad de su concretización¹⁰⁶, por consiguiente los trabajos elaborados al mismo se han abocado a desentrañar su contenido y alcances, ofreciendo diversas respuestas, sin embargo para los objetivos propuestos es de interés del investigador conocer el criterio que ha desplegado el Tribunal Constitucional, al respecto:

a. La STC Exp. N° 03247-2008-PHC/TC.

De fecha 14 de agosto de 2008 en la cual el Tribunal Constitucional hace suya la interpretación que ha sido propuesta por Miguel Cillero

¹⁰⁶ Pretender definir lo que debe entenderse por “interés superior del niño” es una tarea compleja, ya que nos encontramos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. Disponible en: <<http://revisitas.um.es/educatio/article/view/153701>>.

Bruñol¹⁰⁷ en el sentido de que el principio del interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, los cuales son el contenido del principio, existiendo por tanto, una idea entre el interés y los derechos. A continuación se cita el octavo fundamento de la sentencia referida, que recoge una interpretación garantista del principio de interés superior, veamos:

“8. Que frente a esta situación la doctrina de protección integral se asienta en el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño), cuyo fin y forma de interpretación es (...) la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo declarado derecho; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser interés superior”

b. La STC Exp. N° 00012-2010-PI/TC.

De fecha 11 de noviembre del 2011, en la cual el Tribunal Constitucional en el literal b) del fundamento 30, interpreta el principio del interés superior del niño en los siguientes términos:

“b) Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4 de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger especialmente al niño. En este precepto reside la constitucionalización del denominado interés superior del niño, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los

¹⁰⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En GACIA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998, p.78.

derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone el razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios pro homine y favor debilis”

c. La STC Exp. N° 2132-2008-PA/TC.

De fecha 09 de mayo de 2011 en la cual el Tribunal Constitucional en el fundamento 10), ha determinado que el principio de interés superior del niño está vinculada al principio de protección especial reconocido en el artículo 4 de la Constitución, el cual ha sido conceptualizado en los siguientes términos:

*“10. De este modo el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose, por tanto, en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales”
(sic)*

En consecuencia el principio del interés superior del niño, según se desprende de la interpretación del Tribunal Constitucional en las sentencias aludidas, es entendido como el deber de privilegiar el interés de los niños y

adolescentes mediante el pleno respeto de sus derechos, teniendo en cuenta, para ello, las características particulares de la situación en la cual se encuentren.

Con relación a este principio es pertinente mencionar lo indicado por la doctrina nacional por Alex Plácido, por un lado, en cuanto a que la protección especial reconocida a favor de los niños no puede ser considerada discriminatoria en el marco de la Constitución ni de la Convención sobre los Derechos de Niño; y, por otro lado, respecto a que en los casos donde el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio del interés superior del niño, este no ha sido objeto de una pretensión, sino que la discusión ha sido sobre cierto derecho en el que ese interés estaba implicado, destacando la importancia de tomar en cuenta las particularidades que rodean al caso. Así se hace las citas respectivas:

“a) Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Pero en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica objetiva y razonablemente el otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio; sino, por el contrario sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales consideraciones. De acuerdo con ello, la especial protección que les reconoce la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. A tales derechos especiales le corresponde deberes específicos, vale decir la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado...”¹⁰⁸

“b) Pero, de este pleito en que ha entrado en juego ese interés [el

¹⁰⁸ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *“El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional”*. En: Cuadernos Jurisprudenciales. N° 62, Gaceta Jurídica, Lima agosto del 2006.

principio de interés superior del niño], se comprueba que no se lo reclama como objeto de una prestación, sino que se ha discutido sobre cierto derecho en que ese interés está implicado (...) Y en ese debate sobre derechos reclamados, se ha decidido de acuerdo con el “interés superior del niño”. De ello se tiene que, éste último es, además de contenido de aquellos, un parámetro o criterio en la valoración de un derecho, relación jurídica o situación concreta, o en la solución de un conflicto de derechos (...) Asimismo han tenido vital importancia los datos personales y circunstanciales concretos de los protagonistas y de cada caso y situación: solo así se ha podido decidir cuál es, donde está y como encontrar el interés superior del niño que se trate, cualquiera que sea la forma de presentación fáctica del problema vivencial o conflictivo”¹⁰⁹

3.2. DERECHOS.

3.2.1. El Derecho a crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material

¹⁰⁹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Ahora sí: el principio de protección especial de la infancia y adolescencia". Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/item/22854/ahora-si-el-principio-de-protección-especial-de-la-infancia-y-adolescencia>>.

Este derecho, se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece:

Principio 6.

“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (...).”

De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la

relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto. Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado

En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“Los Estados Partes tiene el deber de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

- a. Derecho al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, la protección de la familia y el derecho a la integridad personal**

“Las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, neutralizando el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo o de afinidad reclama, incide sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2.1 de la Constitución, pero también se oponen a la protección de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad a tenor del artículo 4° de la Constitución”¹¹⁰

“Este Tribunal considera que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, neutralizando el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo o de afinidad reclama, incide sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2.1 de la Constitución, y también se oponen a la protección de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad a tenor del artículo 4° de la Constitución”¹¹¹

b. Relaciones familiares entre padres separados y los hijos -Negativa de un padre para que el otro vea a los hijos lesiona el derecho a tener una familia.

“La importancia de las relaciones parentales está en que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos (...) En determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y otros derechos fundamentales”¹¹²

¹¹⁰ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 04413-2008-PHC/TC (fundamento jurídico 2) publicada el 2 de julio del 2009.

¹¹¹ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 02490-2010-PHC/TC, caso Daniel Abelardo Moya Arriola en derecho propio y de María Arriola Grande de Moya (fundamento jurídico 2) publicado el 01 de diciembre del 2010.

¹¹² Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 02892-2010-PHC/TC, caso Nora Rosario Heredia Muñoz a favor de su hijo L.F.H. (fundamentos jurídicos 4 y 8) publicado el 06 de diciembre del 2010.

3.2.2. El Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Este derecho fundamental se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se reconoce que: *“el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*¹¹³.

En la misma línea de protección dicha Convención su artículo 9.1 establece que: *“los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”*.

En la legislación peruana este derecho se encuentra reconocido en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, que prescribe *“el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”*. En tal sentido se determina que el niño y adolescente tienen la facultad de desarrollarse en su núcleo familiar, con el objeto que alcancen su adecuado desarrollo psicobiológico; y el supuesto que carecieran de su familia natural, tendrá el derecho de vivir en una familia sustituta. Veamos

¹¹³ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Compendio Normativo del Sistema de Justicia Juvenil*. Instrumento Normativo N° 1. Noviembre del 2013 Lima- Perú, pág. 9.

cómo el Tribunal Constitucional Peruano ha recogido este derecho en la jurisprudencia peruana.

a. Derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia y su reconocimiento en instituciones internacionales.

“Es un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño, que reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, así como en su artículo 9.1, que establece que lo Estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, y a su vez, reconocido de manera expresa en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”¹¹⁴

Así para el Supremo Intérprete de la Constitución Peruana, este derecho aparece derivado y/o implícito de aquel dínamo de derechos fundamentales – dignidad humana- como valores y principios, en esta línea de pensamiento el niño y el adolescente 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 sus miembros, especialmente los niños y los adolescentes.

¹¹⁴ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 04227-2010-PHC/TC, caso Antonio Guerra Huari a favor de G.B.G.L (fundamento jurídico 5) publicada el 06 de diciembre del 2011.

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar; de ahí que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño.

b. Derecho de interrelación y afectividad entre padres e hijos es irrestricto.

“El derecho de interrelación entre padres e hijos es irrestricto, dado que no existe autoridad funcionario o persona capaz de prohibir o limitar su ejercicio, toda vez que el contacto directo y las expresiones de afecto cobran importancia gravitante para la integridad emocional de ambos. Es de especial relevancia tener en cuenta que la protección a la afectividad a la familia y el derecho de interrelación entre padres e hijos, es irrestricto, no pudiendo ninguna autoridad, funcionario o persona prohibir o limitar su ejercicio, salvo que exista causal grave comprobada para ello, pues el contacto directo y las expresiones de afecto cobran importancia gravitante para la integridad emocional de ambos”¹¹⁵

Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior

¹¹⁵ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 02892-2010-PHC/TC. Ob. cit (fundamentos jurídicos .5, 7).

del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

c. Convivencia entre padres e hijos como manifestación del derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

“El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye 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 exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselos 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”¹¹⁶

¹¹⁶ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 2892-2010-PHC/TC. Ob. cit (fundamento jurídico 6).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL USO DEL HÁBEAS CORPUS EN EL DERECHO DA FAMILIA



Consolidando este desarrollo doctrinario, jurisprudencial, normativo de los fundamentos jurídicos que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, el Tribunal Constitucional Peruano en un primer momento ha establecido que “No le corresponde a esta vía (constitucional) conflictos jurídicos de orden familiar, pues ello no solo es materia de los procesos constitucionales, ya que no le compete a este Colegiado determinar si la tenencia le corresponde a uno u otro padre, o restablecer el régimen de visitas judicialmente impuesto; quedando claro, pues, estimar una demanda como la de autos implicaría una invasión del fuero de la justicia ordinaria¹¹⁷

Esta posición ha sido reforzada por reiterada jurisprudencia que se ha emitido al respecto; quedando claro que conforme a la propia naturaleza de los procesos constitucionales, no cabe acudir a la jurisdicción constitucional para dilucidar temas propios de la jurisdicción ordinaria, concretamente respecto a temas relativos a procesos de familia. De este modo no cabe acudir a la vía constitucional a fin de dilucidar aspectos referentes a la **tenencia o régimen de visitas**, tampoco puede utilizarse la jurisdicción constitucional como mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad¹¹⁸.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional acepta que en algunos casos excepcionales, relativos a regímenes de visita, puede pronunciarse sobre el fondo de la

¹¹⁷ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 05530-2008-PHC/TC (fundamento jurídico 4) publicado el 13 de noviembre del 2009.

¹¹⁸ Cfr. RRTC N°S 00862-2010-PHC/TC, 00400-2010-HC/TC, 02892-2010-PHC/TC, 02325-2011-PHC/TC, 04188-2011 PHC/TC, 02214-2011-PHC/TC, 0579-2012-PHC/TC, 01305-2012-PHC/TC, entre otras.

controversia. De esta manera en la STC Exps. N°s 01817-2009-PHC/TC y 02892-2010-PHC/TC, reconoce que el impedimento de alguno de los padres de estar en contacto con alguno de sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos a tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral e incluso de la seguridad personal y que en aquellos casos en los que las posibilidades de respuesta de la jurisdicción ordinaria hayan sido claramente desbordadas, se puede acudir de manera excepcional a la justicia constitucional. Esta posición ha sido reforzada con la STC N°00005-2011-PHC/TC¹¹⁹, que ha establecido:

“Se trata de supuestos excepcionales que se hacen por manifiesta vulneración de derechos reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 9.1 y 9.3, en el Código de los Niños y Adolescentes, artículo 8°, y en la Declaración de los Derechos del Niño, Principio 6, entre otros, todo ello solo en virtud de dilucidar si el emplazado ha atentado los derechos del favorecido, no procediendo al hábeas corpus para dilucidar temas de familia, ni utilizar este proceso como un mecanismo ordinario de ejecución, pues de lo contrario, siendo una materia que no compete al juez constitucional sino al juez ordinario, excedería el objeto del proceso constitucional del hábeas corpus”

Comentario especial merecen las sentencias que tuvieron un pronunciamiento sobre el fondo, como ya mencioné se encuentra la STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, la cual resolvió un caso donde un padre impedía a sus hijos relacionarse con su madre; a pesar de que se había establecido un régimen de visitas de esta última. El Tribunal estimó:

¹¹⁹ Tribunal Constitucional de Perú STC N°00005-2011-PHC/TC (fundamento jurídico 3) publicado el 09 de junio del 2006.

“Que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante por las particulares circunstancias que rodean el presente caso, por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada, toda vez que se encuentra en riesgo la libertad personal e integridad personal de los menores; así como su desarrollo armónico e integral. Asimismo por los hechos investigados este Tribunal, en virtud del principio iura novit curia previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal habrían sido supuestamente vulnerados, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”¹²⁰

Analizando el caso, existen tres actos lesivos a saber: a) por acción, al haber impedido el demandado a sus menores hijos que vean y mantengan contacto directo con su madre vulnerando sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; b) por acción, al haber agredido a sus menores hijos, vulnerando su derecho a la integridad personal; y c) por omisión de acto de cumplimiento obligatorio (resolución judicial), al no haberse entregado a la demandante uno de sus menores hijos, vulnerando su derecho a la libertad individual, debido a que existe una medida cautelar que así lo dispone.

El Tribunal, con base en sendas pericias psicológicas, llega a la conclusión de que los menores, bajo la tenencia del emplazado, no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión; pues en autos se encuentra demostrado no solo los exámenes

¹²⁰ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. Ob, cit (fundamento Jurídico 2).

médicos legales, sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido a la menor identificada con las siglas V.R.R.A., poniendo en grave riesgo su integridad física y psicológica. Este hecho veda al emplazado para que pueda ejercer la custodia y tenencia de los menores¹²¹. Precisado que el emplazado en la ejecución de la medida cautelar si logró entregar a dicha menor pero no a su menor hijo de las iniciales J.A.R.R.A.

En consecuencia, el Tribunal resolvió **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales. **ORDENA** a **Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz** que entregue al menor **J.A.R.R.A** a doña **Shelah Allison Hoefken**, con apercibimiento de aplicarse el art. 22 del C.P.C., y ser denunciado por Delito de Desobediencia a la Autoridad. **OFICIA** al Quinto Juzgado Penal de Lima para que ejecute de manera inmediata lo dispuesto por el Tribunal Constitucional **FACULTA** emplee apremios en caso de resistencia, **ORDENA** a la PNP preste las garantías. Faculta el **ALLANAMIENTO Y DESERRAJE** del domicilio del demandado u cualquier otro donde se pueda encontrar al menor o cualquier otra medida a fin de la sentencia se ejecute.

¹²¹ Ibidem.f.j.39.

Otra de las sentencias que merece comentario especial es la STC N° 04227-2010-PHC/TC, el tribunal al conocer otro caso de régimen de visitas, expuso:

*“En el presente hábeas corpus es posible apreciar de lo actuado que el caso ha desbordado claramente las posibilidades de actuación de la actuación ordinaria. Así que una sentencia de hábeas corpus emitida con fecha 2 de junio de 2009 no haya podido ser ejecutada (al 6 de setiembre de 2011) (...). En el presente caso se advierte que en virtud del presente acuerdo conciliatorio de fecha cuatro de abril del 2008 se dispuso que la tenencia de la menor de iniciales **GBGL** estaría a cargo de su padre así como de un régimen de visitas a favor de su madre. Ante la retención de la madre de la menor se inició un proceso de habeas corpus ante el Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, en que con fecha 2 de junio de 2009, tras constatar que la menor favorecida se encontraba retenida indebidamente en el domicilio de su madre se declaró fundada la pretensión y se ordenó que la demandada, doña Julissa Diana Laurent Panana, (...) cumpla con entregar a la menor favorecida **GBGL** a su progenitor **Felix Antonio Huari** quien ejerce su tenencia. Por tanto en el presente caso la falta de ejecución de la sentencia de hábeas corpus resulta vulneratoria del derecho a la tutela procesal efectiva en **conexidad** con el derecho de la menor favorecida a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (Cfr. STC Exps. 1817-2009-PHC/TC, STC 2892-2010-PHC/TC), debiendo **estimarse** la pretensión en el presente caso (...). Si la madre tenía razones para cuestionar la tenencia a favor del padre debía impugnarla ante el juez de familia en lugar de sustraer a la menor de modo traumático e impedir el contacto de la misma con su padre”*¹²²

Recientemente nuestro Tribunal se ha vuelto a pronunciar sobre un caso relacionado con el régimen de visitas en la STC Exp. N° 01905-2012-PHC/TC, en la que ha establecido que la controversia sobre la tenencia de menores es competencia de la

¹²² Tribunal Constitucional de Perú STC Exp N° 04227-2010-PHC/TC. Ob. cit (fundamentos jurídicos 11, 14 y 15).

justicia ordinaria, sin embargo, ello no implica que toda demanda de Hábeas Corpus relacionada con dicha materia carezca de relevancia constitucional, pues impedir el contacto de los hijos con uno de los padres vulnera los derechos a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral, y a tener una familia, reconocidos en la Declaración de los Derechos del Niño, siendo posible su cuestionamiento en el proceso del Hábeas Corpus. Declaró **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta a favor de los menores N.S.S. y M.S.S. **ORDENA** que los menores N.S.S. y M.S.S., sean puestos a disposición del juez de familia para que el plazo de tres días determine si deben ser entregados respecto a su madre o se disponga otra medida para su bienestar integral. **INFUNDADA** la demanda respecto a la entrega directa de los menores a la recurrente¹²³.

Pero la facultad de relacionarse - vínculo familiar - entre padre e hijos no solo corresponde a los niños y adolescentes; sino también a las personas mayores de edad o discapacitados; pues así lo ha dejado establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, al respecto en la STC Exp. N° 01317-2008 PHC/TC, donde estableció que:

*“El proceso constitucional de Hábeas Corpus aun cuando tradicionalmente ha sido concebido como un mecanismo procesal orientado por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria denota que su propósito garantista trascienda el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse **la esfera subjetiva de libertad** de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre*

¹²³ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 01905-2012-PHC/TC, caso Roxana Suhara Ricci contra la Sala Penal de Apelaciones de Ica, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 11 de enero del 2013.

desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio. (...) Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, impide el vínculo efectivo que todo nexo consanguíneo reclama, no solo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal (física, psíquica y moral), protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución y el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional, a tenor del artículo 4° de la Constitución ”¹²⁴

Así, el Tribunal Constitucional declaró **FUNDADA** la demanda de Habeas Corpus **ORDENA** que Francisco y Juan Felipe Tudela Van Douglas ingresen libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros **ORDENA** que Graciela De Losada Marrou se abstenga de cualquier obstrucción y acción destinada a impedir el libre ejercicio del derecho aludido que fuera restituido por el Tribunal Constitucional a los accionantes **OFICIA** al juzgado de instancia para que conforme a lo resulto por el Supremo Intérprete y con todas las garantías que le otorga la ley aplique los apremios de ley en caso de resistencia.

En esta línea de razonamiento el Tribunal Constitucional ha emitido reiterada jurisprudencia.¹²⁵ Otra de las STC Exp. N° 05003-2009-PHC/TC, (caso Adelaida Fajardo Nuñubero) se declaró fundada la demanda de hábeas corpus y se ordenó el traslado de la beneficiaria al domicilio del demandante (uno de sus hijos) al considerar

¹²⁴ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp N° 01317-2008-PHC/TC. Ob. cit (fundamento jurídico 45).

¹²⁵ Cfr. STC N°S 05787-2009-PHC/TC, 05003-2009-HC/TC, STC Exp. 04169-2009-PHC/TC, STC Exp. 05787-2009-PHC/TC, RTC Exp.00062-2010, etc.

el tribunal que por las condiciones de desnutrición en que se encuentra la anciana, sus otros hijos vienen afectando sus derechos a la integridad y a la salud mental, que tiene como fundamento a la dignidad humana. Finalmente STC Exp. N° 05787-2009-PHC/TC, (caso Liliana Suito Ríos de Illescas) se declaró fundada la demanda y se ordena a la emplazada abstenerse de realizar cualquier acto injustificado que obstaculice la comunicación y visitas de su hermana mayor al domicilio de su padre. Así el Tribunal Constitucional consideró que el derecho de interrelación entre padres e hijos, es irrestricto, dado que no existe autoridad o persona capaz de prohibir o limitar su ejercicio, toda vez que el contacto directo y las expresiones de afecto cobran importancia gravitante para la integridad emocional de ambos¹²⁶.

Considero que no resulta necesario profundizar más el tema respecto al uso de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en la protección de personas mayores, que si bien dicha temática está dentro del contenido del Derecho de Familia; sin embargo la unidad de análisis de la presente investigación, está orientada a Instituciones del Derecho de Familia como Patria Potestad, Tenencia y Régimen de Visitas, instituciones jurídicas netamente referidas a la protección y cuidado de los Niños y Adolescentes, que es nuestro objeto de estudio en la presente tesis, quedando como inquietud del autor en otro momento ampliar dicha temática respecto a mayores.

¹²⁶ Las sentencias STC Exp. N° 05003-2009-PHC/TC STC y Exp. N° 05787-2009-PHC/TC están comentadas en Gaceta Constitucional de agosto y noviembre del 2010, págs. 41 a 47 y 21 a 27.

Esta ampliación de su ámbito de tutela ha posibilitado que el proceso de hábeas corpus sea competente para analizar denuncias relacionadas con instituciones con el Derecho de Familia, tales como la tenencia y el régimen de visitas, claro está delimitando el ámbito de protección, a fin de que no se asuman competencias propias de la justicia ordinaria.

En tal sentido observamos que el Tribunal Constitucional ha concebido al ser humano como un ser conformado por una serie de factores que hace su unidad, advierte que su equilibrio está constituido no sólo por su cuerpo, sino que es un todo que engloba el físico, la psiquis, así como la parte emocional e ideológica, razón por la que se busca la protección del individuo como un todo, como una unidad, haciendo que el ámbito de protección a través del proceso de hábeas corpus no se centre en la parte física sino en todos sus componentes que hacen su unidad. Así el doctor Oré Guardia expresa que:

“La libertad individual del ser humano se encuentra conformada por una serie de factores en condicionamiento recíproco que materializan una unidad y cuyo desenvolvimiento en un equilibrio de normatividad permite el ejercicio básico de su autonomía moral. Tales factores son los siguientes: su fisiología (vis fisiológica), lo que razona (vis racional) lo que siente (vis emotiva) y lo que cree (vis ideológica). Todo acto que afecte el desarrollo equilibrado de alguno de estos factores repercute, merced a su unidad, en el desarrollo equilibrado del resto, incidiendo en el derecho fundamental a la libertad individual, y consecuentemente, dando lugar a la afectación material que debe dar lugar a la procedencia del hábeas corpus”¹²⁷

¹²⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *El Hábeas Corpus. Temas y Propuestas de modificación en el Código Procesal Constitucional*. Primera Edición. Reforma. Lima, 2001, p.137.

Considero que es allí donde radica el fundamento para que el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia haya venido ampliando el ámbito de tutela con el proceso de hábeas corpus al Derecho de Familia. Ya se ha mencionado algunos derechos en los que se estableció que el citado proceso constitucional procedía para su protección considerando que forma parte del contenido del derecho a la libertad individual, tales como el derecho a la verdad a ser juzgado en un plazo razonable, a la salud. Así dicho intérprete respecto del derecho a la salud estableció:

“Derivados de la dignidad del ser humano, aparecen como condición de existencia de la ciencia del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional, los derechos fundamentales, siendo el derecho a la salud uno de los logros más significativos de la constitucionalidad del Estado. Este Tribunal en la STC Exp. N° 05408-2007-PHC/TC preciso que: si bien es cierto el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución, también es cierto que su irrevocable conexión con el derecho a la vida, la integridad, y el principio de dignidad, se configura como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye como dice el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud N° 26842, condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular a la vida digna”¹²⁸

Es así que la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional ha venido ampliando el ámbito de tutela del proceso del hábeas corpus, dejando de lado la concepción restringida y conservadora del citado proceso que lo centraba a la tutela exclusiva del derecho a la libertad corporal. Como lo hemos indicado inicialmente la

¹²⁸ Tribunal Constitucional de Perú STC Exp. N° 05003-2009-PHC/TC. Ob. cit (fundamento jurídico 4)

concepción restringida del proceso del hábeas corpus permitía que el juez constitucional – principalmente – verifica si la demanda afectaba el derecho a la libertad individual o a sus derechos conexos. Por ende si Juan Pérez interponía demanda a favor de su menor hijo, en la que denunciaba que a pesar de tener una sentencia judicial a su favor que dispone un régimen de visitas, no se le permite verlo, afectando así el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, así como su derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, el juez constitucional declaraba la improcedencia de la demanda en atención a que dicha pretensión no incide en forma negativa en el derecho a la libertad del menor, situación que ha sido superada y que con la presente tesis se pretende desterrar del razonamiento del juez constitucional al resolver casos de hábeas corpus relacionado con instituciones del Derecho de Familia como tenencia y régimen de visitas.

Por ende al presentarse en la actualidad conflictos dentro del núcleo familiar que afecten no solo a los padres, sino a la integridad de los hijos menores, la justicia constitucional se encuentra legitimada para intervenir a fin de tutelar tanto los derechos de los padres como de los menores a través del proceso del hábeas corpus relacionados con temas de familia.

3.3. PRESUPUESTOS PARA EL USO DEL HÁBEAS CORPUS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

El Tribunal Constitucional a partir de una concepción amplia del proceso del Hábeas Corpus fundamentada en el principio *in dubio pro homine*, ha extendido a través de su jurisprudencia, el ámbito de protección de dicho proceso constitucional a derechos distintos a la libertad personal, pero conexos a ésta, como el derecho a la integridad personal, a la institución familiar, el derecho al mantenimiento de las relaciones familiares.

En las siguientes líneas esbozaremos los presupuestos de procedencia del Hábeas Corpus para tutelar el derecho al mantenimiento de las relaciones familiares y/o el principio de protección al vínculo familiar, con la advertencia de que no se agota el tema de estudio, considerando que en la doctrina nacional no existen estudios de la temática al respecto.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes al mantenimiento de las relaciones familiares y/o el principio de protección al vínculo familiar, se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la integridad personal, en ese sentido *prima facie*, cualquier amenaza o vulneración de aquel derecho habilitaría su tutela a través del Hábeas Corpus; sin embargo, ello significaría convertirlo en un proceso ordinario, como el proceso único regulado en el Código de los Niños y Adolescentes y al juez constitucional en uno de familia, desnaturalizando la finalidad y naturaleza del mencionado proceso constitucional; en ese sentido, resulta evidente que no todos los casos en los que se invoque la afectación del derecho de los niños, niñas y adolescentes al mantenimiento de las relaciones familiares y/o el principio de protección al

vínculo familiar, con sus padres u otros parientes, va corresponder su protección mediante el Hábeas Corpus, sino que dicha procedencia será de naturaleza excepcional; en tal sentido se debe tener en cuenta los siguientes presupuestos:

3.3.1. Amenaza o violación de derechos conexos a la libertad individual.

Esta violación o amenaza¹²⁹ a la libertad personal y derechos conexos se da por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio en dos situaciones distintas, antes o después de haberse fijado un régimen de visitas. Cuando **existe un régimen de visitas** el derecho de los niños, niñas y adolescentes al mantenimiento de las relaciones familiares y/o el principio de protección al vínculo familiar, se produce cuando el progenitor que ostenta la tenencia no permite las visitas ni la comunicación con el otro progenitor. El régimen de visitas fijado vía conciliación extrajudicial o judicialmente, impone al progenitor que tiene los hijos bajo su custodia, el deber de permitir las visitas y la comunicación con el progenitor que no ostenta la tenencia. En ese sentido la existencia de un régimen de visitas determina que el acto lesivo al derecho del mantenimiento de las relaciones familiares consista en la omisión de un acto de cumplimiento obligatorio por parte del padre que ejerce la tenencia de los hijos, el padre que es impedido ver a sus hijos fácilmente puede

¹²⁹ La amenaza tiene que ser cierta y de inminente realización, tal y como lo consagra el artículo 4° de la Ley N° 25398. Para que exista **CERTEZA** de la amenaza del derecho a la libertad se requiere de un conocimiento seguro y claro de dicha amenaza, dejando de lado conjeturas o presunciones. El concepto de **INMINENCIA** implica que el atentado contra la libertad individual esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios (Cfr. STC Exp. N° 2435-2002-PHC/TC, STC Exp. N° 08-2005-PHC/TC, STC Exp. N° 3944-2007-PHC/TC)

acreditar el acto lesivo, bastara la constancia policial indicando lugar día y hora de la visita. Cuando **no existe un régimen de visitas** el acto lesivo no va a consistir en la omisión de un acto de obligatorio cumplimiento, en este caso el acto lesivo se verifica por la acción del progenitor, que tiene la tenencia de los niños de impedir que vean y se comuniquen con el otro progenitor, en este supuesto difícilmente prosperará el Hábeas Corpus, debido a la dificultad de acreditar la certeza y veracidad del acto lesivo.¹³⁰

3.3.2. Los hechos y el petitorio de la demanda deben estar referidos a la vulneración del contenido constitucionalmente protegido.

En el proceso constitucional de Hábeas Corpus, el derecho constitucional protegido es la libertad individual y los derechos conexos a ésta, si bien ni el Código Procesal Constitucional, ni la jurisprudencia constitucional han indicado como se desarrolla dicha conexión, lo cierto es que el Tribunal Constitucional desde una concepción amplia de la libertad individual ha establecido que las restricciones al mantenimiento de las relaciones familiares que vulneren la integridad personal y el principio de protección a la familia como garantía constitucional se encuentran dentro del ámbito de protección del Hábeas Corpus.

¹³⁰ En la STC Exp. N° 01384-2008-PHC/TC, del 08 de agosto del 2008, se señaló que si bien es cierto que una de las características que define los procesos constitucionales es la ausencia de etapa probatoria, también lo es que a pesar de tal eventualidad se requiere la existencia de elementos mínimos que permitan corroborar la veracidad y la certeza del acto lesivo.

Esta demanda, constituirá un recurso especial, por la que el agraviado explicará de manera congruente los hechos con el petitorio, no invocando el derecho que le asiste a ostentar la tenencia o visitar a su hijo, por cuanto este se encuentra regulado en la norma vigente (Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes), sino cómo es que se ha vulnerado el derecho conexo a la libertad individual referida al vínculo familiar, teniendo como fundamento, los principios de protección especial e interés superior del niño, y los derechos fundamentales a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material, así como el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, generando convicción en el Juez Constitucional, a fin de encontrar tutela judicial efectiva.

3.3.3. Que el agraviado haya agotado la vía judicial ordinaria.

El derecho al mantenimiento de las relaciones familiares y/o el principio de protección al vínculo familiar de los niños, niñas y adolescentes está contemplado dentro de nuestro ordenamiento legal con la denominación del régimen de visitas, estando previsto que su conocimiento corresponde a los juzgados de familia a través del proceso único, establecido en el Código de los Niños y Adolescentes. Igualmente, en el caso que el régimen de vistas se haya fijado mediante conciliación extrajudicial, la ley de la materia ha previsto que ante el incumplimiento de dicho acuerdo procede un proceso de ejecución del acta de conciliación, que es competencia del Juez de familia. En ese sentido en aplicación de esa

regla el proceso de Hábeas Corpus se convierte en subsidiario y de última ratio, no procede si previamente no se ha agotado la vía judicial ordinaria; si pese a ello desborda el fin perseguido resulta procedente el Hábeas Corpus como garantía constitucional de protección a las relaciones familiares y el vínculo familiar.

Está claro que el juez constitucional en este proceso no realizará un examen de las decisiones del juez de familia, afectado la institución jurídica de la cosa juzgada, sino se abocará a determinar si se ha vulnerado del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

3.3.4. A la presentación de la demanda no hay cesado la amenaza o violación del derecho o se haya convertido en irreparable.

Si antes de interponerse el proceso de Hábeas Corpus, cesa la amenaza o violación a mantener las relaciones familiares por parte del progenitor que tiene la tenencia de los hijos, carece de objeto dicho proceso. En cuanto al supuesto de irrevocabilidad, no procederá el Hábeas Corpus debido a la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación del derecho.

CONCLUSIONES.

Primera: Los fundamentos jurídicos que justifican el uso de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, son los principios de protección especial e interés superior del niño; los derechos fundamentales a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; encontrándose legitimados los jueces constitucionales para evaluar instituciones jurídicas propias del Derecho de Familia, como la tenencia y régimen de visitas.

Segunda: La concepción restringida que se tenía de los derechos que formaban parte del contenido del derecho a la libertad individual – corporal - protegida por el Hábeas Corpus ha sido ampliada a la esfera subjetiva de la persona humana, gracias a su evolución positiva, dogmática, doctrinaria, jurisprudencial, y a las nuevas concepciones más garantistas de los derechos fundamentales.

Tercera: El Tribunal Constitucional a partir de una concepción amplia del proceso de Hábeas Corpus, tomando como fundamento “la esfera subjetiva de la libertad de la persona humana”, en aplicación del principio *in dubio pro homine*, ha extendiendo, el ámbito de protección al ámbito del Derecho de Familia, tanto a menores como mayores de edad.

Cuarta: El Supremo Interprete desde una concepción amplia de la libertad individual ha establecido que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las

relaciones familiares, que impiden el vínculo afectivo de todo nexo consanguíneo, que vulneran la integridad personal y el principio de protección a la familia como garantía constitucional, se encuentran dentro del ámbito de protección del Hábeas Corpus.

Quinta: No corresponde al Tribunal Constitucional otorgar la tenencia de los niños y adolescentes a uno de los progenitores, pues ello es competencia de la jurisdicción civil (ordinaria); sin embargo, en cuanto el tema reviste vulneración a los derechos de los menores a contar con un ambiente de afecto y seguridad moral, reconocidos en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, este tendrá protección constitucional a través del Hábeas Corpus.

SUGERENCIAS.

Primera: Sugerir al Juez Constitucional, dejar de ser boca de la ley y romper esquemas, no hacer una interpretación restringida del derecho a la libertad individual-corporal con base sólo a la norma positiva vigente; sino teniendo presente el activismo desplegado por el Tribunal Constitucional Peruano, en el desarrollo de los principios de protección especial e interés superior del niño, así como al reconocimiento de derechos humanos y fundamentales a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Segunda: Motivar a nuestros colegas abogados para que se arriesguen a emplear la garantía constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia para tutelar el vínculo familiar afectivo entre padres e hijos cuando se vean vulnerados sus derechos y la tutela ordinaria ha desbordado el ejercicio de la Tenencia y Régimen de Visitas de los padres que no ostenta la tenencia.

Tercera: Proponer una modificatoria a la parte in fine del artículo 25° del código Procesal Constitucional en el sentido que debe incluirse en la defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad personal, especialmente cuando se trata del debido proceso, inviolabilidad del domicilio y el principio de protección al vínculo familiar. En tal sentido el texto quedaría así “...*También procede el Hábeas Corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del*

debido proceso, la inviolabilidad del domicilio y el principio de protección al vínculo familiar”

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

BILBIOGRAFÍA CIENTÍFICA:

- AGUILAR LLANOS, Benjamín y Otros: “El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima- Perú. 2013.
- ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max: “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984” Tomo IV. Gaceta Jurídica. Lima - Perú. 1998.
- BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. “Manual de Derecho de Familia”. 3ra. edición, Ediciones Jurídicas, Lima- Perú, 2008.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “La Constitución de 1993- Análisis Comparado”. 5ta. Edición. Editora Raos S.R.L. Lima- Perú, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” Tomos I.II.III y IV. Editorial. HELIASTA. Buenos Aires- Argentina.

- ARRUITERO LECCA, Francisco y Hugo SOSA MESTA. “Medios de defensa de los Derechos Humanos en el Sistema Internacional”. Lima, Jurista Editores, 2003.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En GACIA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Temis/ Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: “Derecho Familiar Peruano”. Editorial Gaceta Jurídica Décima Edición. Lima- Perú, 1999.
- ETO CRUZ, Gerardo: “El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a Partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. Editorial ADRUS. Cuarta Edición. Agosto del 2011- Lima Perú.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Constitución y Política”, Eddili, Lima 1991
- Gaceta Constitucional: “Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, años 2009- 2003.
- Gaceta Constitucional: “Los Derechos Fundamentales: Estudios de los Derechos Constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho”, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Febrero del 2010.

- Gaceta Jurídica: “Dialogo con la Jurisprudencia”, años 2009- 2003.
- GALLEGOS CANALES, Yolanda y Otro: “Manual de Derecho de Familia” Doctrina, Jurisprudencia y Práctica. Jurista Editores, Primera Edición Enero del 2008. Lima - Perú.
- GACIA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- GRANDEZ CASTRO, Pedro y GONZALES OJEDA, Magdiel: Curso “Argumentación Jurídica”- Doctorado en Derecho. Universidad Privada “Antenor Orrego” Trujillo – Perú, abril del 2008.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Derecho de Familia”. Segunda edición, Editorial. FECAT E.I.R.L, Lima-Perú, 1997.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Procesos Judiciales derivado del Derecho de Familia”. Segunda edición, Editorial. Grijley, Lima-Perú, 2012.
- HERNANDO NIETO, Eduardo Emilio: separata de “Razonamiento Jurídico”, Material de auto aprendizaje. Décimo Tercer curso PROFA. Academia de la Magistratura. Julio 2009. Lima Perú.

- LANDA ARROYO, César, “Teoría del Derecho Procesal Constitucional”, Editorial Palestra, Lima 2003.

- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Compendio Normativo del Sistema de Justicia Juvenil*. Instrumento Normativo N° 1. Noviembre del 2013 Lima-Perú.

- PALACIOS PIMETEL, H. Gustavo: “Manual de Derecho Civil”. Tomo II. Edit. Huallaga. E.I.R.L. Tercera Edición. Lima-Perú. 2000.

- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa. Lima-Perú, 2008.

- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando: “Derecho de Familia” Décimo Segundo Curso PROFA – Academia de la Magistratura, marzo del 2010.

- PLACIDO V. Alex. F. “Manual de Derecho de Familia”. 2da. edición, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2002.

- RAMOS RÍOS, Miguel Ángel. “Violencia Familiar, Protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares”. Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima-Perú, 2013.

- ROJAS SARAPURA, Walter Ricardo: “Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia” Editora FECAT. E.I.R.L, Tercera Edición, Agosto del 2008, Lima Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial: “El Sistema Jurídico” – Introducción al Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2006. Lima- Perú.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “Jurisprudencia Sobre Derecho de Familia” Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Octubre del 2012. Lima Perú.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “Tratado de Derecho de Familia: Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar”. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 2012. Lima Perú. Tomo III.
- ZANONI, Eduardo. “Derecho Civil- Derecho de Familia”. Tomo I, 4ta. Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires- Argentina, 2002.

BIBLIOGRAFÍA METODOLÓGICA:

- APA. “Manual de Estilo de Publicaciones de la American Psychological Association”, adaptado para el español por Editorial el Manual Moderno. Segunda Edición, México, D.F. Santafé de Bogotá.

- CABALLERO ROMERO, Alejandro E.: “Guías Metodológicas para los Planes y Tesis de Maestría y Doctorado” Segunda Edición, Lima - Perú.
- ECO, Umberto: “Cómo se hacer una Tesis”. Editorial Gedisa. Barcelona -España, 1983.
- HERNÁNQONDEZ SAMPIERI, Roberto y Otros: “Metodología de la Investigación”.
- LINO ARANZAMENDI, Nicanor: “Instructivo teórico- práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho”. Editorial Grijley. Lima Perú 2013.
- LINO ARANZAMENDI, Nicanor: “La Investigación Jurídica”- Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis”. Editorial Grijley. Lima Perú 2010.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos: “Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento”. Editorial Gaceta Jurídica. S.A. Tercera Edición. Lima-Perú. 2005.
- RAMOS SUYO, Juan A. (2004). “Elabore su Tesis en Derecho: Pre y Post Grado”. Primera Edición. Lima- Perú. Editorial San Marcos.
- SIERRA BRAVO. R: “Técnicas de Investigación Social”. Teoría y Ejercicios. Décimo Tercera Edición.
- VASILACHIS DE GALIANO, Irene y Otros: “Estrategias de Investigación Cualitativa”. Editorial Gedisa S.A. Primera Edición. Noviembre del año 2006. Barcelona España.

BIBLIOGRAFIA HEMEROGRÁFICA.

- ACTUALIDAD JURÍDICA de Gaceta Jurídica: Extractos de Jurisprudencia Constitucional. Derechos no enumerados y nuevos derechos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Exp. N° 1417-2005-AA/TC, f. j. 3 y 4; STC. Exp. N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 5 y 6; STC. Exp. N° 0168-2005-PC/TC, f. j. 9 y 10.

- CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.

- PALOMINO MANCHEGO, José F. “¿*Qué se entiende por derechos humanos?*”. En: Revista Jurídica del Perú N° 14. Trujillo, 1998. Pág. 195.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “*El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional*”. En: Cuadernos Jurisprudenciales. N° 62, Gaceta Jurídica, Lima agosto del 2006.

BIBLIOGRAFIA INFORMATOGRÁFICA.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "*Ahora sí: el principio de protección especial de la infancia y adolescencia*". Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/item/22854/ahora-si-el-principio-de-protección-especial-de-la-infancia-y-adolescencia>>.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término". Disponible en: <<http://re-visitas.um.es/educatio/article/view/153701>>.

APÉNDICE