

La tenencia en la jurisprudencia dinámica



MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magister en Derecho Civil por la Universidad Privada Antenor Orrego.
Profesor en la Academia de la Magistratura.
Profesor de Postgrado en la Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Universidad Nacional Hermilio Valdizán y Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El Derecho de Familia en el desarrollo jurisprudencial.
 1. El Derecho de Familia entre lo público y lo privado;
 2. La alternativa judicial: La visión filosófica ante la crisis legalidad-realidad;
 3. La complejidad de los casos judiciales en materia familiar.
- III. La jurisprudencia dinámica en materia de Derecho de Familia:
 1. La jurisprudencia como doctrina jurisprudencia y como instrumento procesal;
 2. La fuente de la doctrina jurisprudencial (constitucional y ordinaria).
- IV. La reinterpretación de la tutela en el ámbito judicial.



I. INTRODUCCIÓN

A inicios de la década del nuevo milenio, lo que parecía una utopía académica, en la actualidad es una realidad concreta: El Derecho de Familia se ha visto inmerso en un proceso de actualización y adecuación a las nuevas situaciones familiares, sociales, económicas, culturales y legales contemporáneas.

Este proceso de transformación tuvo un origen conjunto entre la jurisprudencia anglosajona y el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el Caso Koudelka contra la República Checa¹.

Dicho proceso evolutivo, de reconocimiento de derechos a todos los involucrados en un conflicto familiar, superó la tradicional visión de que los conflictos al interior de una familia eran "privados" o "íntimos" y propició la necesidad de adecuar los presupuestos institucionales del Derecho de Familia.

Este inicial proceso de transformación debía interpretarse no sólo respecto de los aportes jurisprudenciales y doctrinarios, los cuales si bien son importantes, no hubieran podido ser aplicables a nuestra realidad, sin el previo conocimiento del sustento filosófico, jurídico, sociológico, social y cultural que rodea el proceso de transformación social.

Bajo estas circunstancias el principal elemento que fundamenta nuestra posición, parte por la comprensión liberal de "derechos", "igualdad", "garantías", los cuales en nuestro sistema jurisdiccional "tradicional", tenían una errónea aplicación, principalmente por la negativa influencia de una visión "machista", "excluyente", "paternalista", "tradicionalista" y "de género" en la labor jurisdiccional.

No cuestionamos el objetivo tuitivo del Derecho de Familia, principalmente a favor de quienes lo

requieran (niños, personas de la tercera edad y mujeres, **en dicho orden**); cuestionamos la perspectiva *tradicionalista* de la práctica jurisdiccional, porque finalmente desvirtúa el objetivo tuitivo de la disciplina, degenerando el procedimiento judicial al convertirlo en discriminatorio, desproporcional y sobre todo provocador de consecuencias no jurídicas victimizantes (pactotomia, obstrucción de vínculo paterno filial, convalidación de violencia psicológica).

Bajo ese panorama, el Derecho de Familia, se limitaba frente a los *desprotegidos* en su objetivo tuitivo, sin tomar en cuenta las consecuencias secundarias, complementarias y conexas que provocaba una visión limitada de los *efectos de la intervención judicial* en un conflicto socio familiar.

Esta situación, nos permite señalar que esta disciplina se había convertido en un "caballo desbocado", en alusión a la referencia de Louk Hulsman, quien señalaba comparativamente que el Derecho Penal, al no resolver en absoluto los conflictos que debía abordar, creaba nuevos problemas sociales, debilitando la legitimidad y eficacia del propio sistema penal².

Por ello, consideramos que la comprensión liberal de los "derechos", "igualdad" y "garantías" finalmente fue la que provocó la transformación del Derecho de Familia en nuestro país, cuestionándose no sólo a la legislación sobre la materia, sino también los fundamentos jurisdiccionales en los cuales se sustentaba la tutela de "la familia".

El paulatino divorcio entre la realidad social y familiar de nuestro país con respecto de la práctica jurisdiccional, complementó dicho proceso de transformación, provocando la necesaria reforma de criterios de interpretación y adecuación del derecho de familia, el cual fue sometido a un proceso de constitucionalización, para adecuar sus fundamentos a una verdadera institución social y jurídica.

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Koudelka contra la República Checa, Demanda 1633/05, 20 de julio de 2006.
2. HULSMAN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana, Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 80 y ss.

En este proceso de transformación, han colaborado de manera activa tanto la Corte Suprema de Justicia de la República como el Tribunal Constitucional.

Dado que este proceso no es inmediato, debemos señalar que en contraposición, las instancias directas a las partes en conflicto (Juzgados Especializados y Juzgados de Paz) mantienen una perspectiva tradicional del Derecho de Familia, sin tomar en cuenta que sus incorrectas decisiones provocarán un mayor perjuicio a las partes en conflicto.

II. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

1. El Derecho de Familia entre lo público y lo privado

En el ámbito de la interpretación del Derecho de Familia, debemos señalar que los derechos subjetivos que son reconocidos por esta especialidad no están principalmente dirigidos a la satisfacción de los intereses particulares de un individuo, sino más bien se orientan hacia la protección de los intereses de los integrantes con mayores necesidad de tutela y/o protección en el interior de una familia, por cuanto estos se relacionan con la necesidad de facilitar el cumplimiento de deberes familiares³ de los otros integrantes de la familia.

Sin embargo, esto no implica el desconocimiento de derechos ni tampoco faculta la posibilidad de limitar derechos de unos en aras de *tutelar* los derechos de otros, toda vez que el cumplimiento de las obligaciones no implica un perjuicio ni una sanción.

Bajo esta premisa tuitiva, el Derecho de Familia se encuentra en relación directa y proporcional tanto con el Derecho Privado como con el

Derecho Público, por cuanto regula tanto cuestiones de naturaleza privada (cohabitación, por ejemplo), derechos indisponibles a razón de su naturaleza estrictamente personal, irrenunciable e intransmisible, como de naturaleza pública (matrimonio).

La importancia de lo manifestado tiene relación directa con el aspecto de la determinación de las relaciones a ser establecidas en el interior de la familia, por cuanto estas deben además de ser voluntarias (autonomía del individuo) y perfectas a nivel jurídico, por cuanto resulta inadmisibles *condicionar* su validez a una condición, término o sub modo/categoría.

Bajo esta premisa, surge la cuestión a la naturaleza del régimen de visitas⁴, que lejos de "tutelar" los derechos del menor en las situaciones en que los progenitores se encuentran separados, termina perjudicando tanto a aquel que no se encuentra en convivencia diaria con el hijo, como al propio "objeto de protección".

Sin embargo, el Derecho de Familia se encuentra en la actualidad sumergido en una serie de cuestionamientos formales como prácticos, en donde la legalidad de la *Ley*, es cuestionada por la realidad social.

Frente a tales situaciones, parecería que el camino que debe tomar el magistrado es la de actuar conforme a su *criterio de conciencia*, más a que su formación *exegética*.

2. La alternativa judicial: La visión filosófica ante la crisis legalidad-realidad

Nuestro sistema jurisdiccional en principio es formal, apegado a la *Ley* y poco proclive al desarrollo de jurisprudencia basada en criterios de *conciencia*.

3. LOPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Familia*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 30.

4. En los casos en donde el conflicto se limita a la relación entre los progenitores. Se excluye las situaciones en las cuales uno de los progenitores ha provocado un daño o perjuicio al hijo, con el cual se plantea un régimen de visitas, el mismo que debe limitarse o eventualmente suspenderse, en función a la causa que provoca dicho límite.

Sin embargo, frente a esta situación los magistrados de la Especialidad de Familia, deberían tomar en cuenta que el origen de todos los sistemas jurisdiccionales fueron los "tribunales de conciencia", por cuanto a los magistrados se les permitía actuar sobre la base de su "voz de conciencia"⁵.

Ante tal referencia, utilizaremos algunas premisas filosóficas para sustentar la viabilidad de que el magistrado utilice criterios de conciencia cuando tenga casos de la especialidad, que requieran una visión integral del derecho al caso concreto.

En este sentido, vinculamos esta necesaria interpretación filosófica, sobre la base de Sócrates, quien postulaba la existencia de un *demon interior, personal y divino* que le hace actuar [al magistrado] de una determinada manera en una situación concreta⁶. Por lo cual, frente a la realidad social, bien puede actuar bajo un *criterio de conciencia* para así evitar caer en una formalidad legal, que finalmente no solucionará el conflicto que debe evaluar jurisdiccionalmente.

Kant en este sentido, apela a la conciencia moral. Así en *Metafísica de las costumbres*, invoca al "tribunal interno al hombre" de San Pablo "ante el que sus pensamientos se acusan o se disculpan entre sí", escribiría que "la conciencia de semejante tribunal interno al hombre es la conciencia moral que le permite actuar conforme a las circunstancias"⁷, razón por la cual el magistrado no debe sentirse cuestionado por una crítica, al no vincularse a la formalidad de la *Ley*.

Utilizamos las referencias de Kant, por cuanto este filósofo denomina "juicio" a la capacidad que tiene un sujeto de desdoblarse en *sí mismo* y *en otro*, un otro al que el sujeto pone por juez de sus propios actos y ante el que se presenta como si lo hiciera "ante una audiencia", mas con la particularidad de que la ley, la *ley moral*, con que aquel otro ha de juzgarle no es sino la ley que el sujeto "se ha dado a sí mismo". Pues en el tribunal de la conciencia, el sujeto moral no sólo es, además de "reo", "juez", sino también "legislador" o autolegisador⁸.

Hacemos esta referencia, porque el juez al ser miembro de la sociedad no puede actuar con desconocimiento de la realidad social; por tanto, al actuar con un criterio de conciencia, bien puede justificar su propia decisión tanto como magistrado como profesional del Derecho.

El juez debe comprender que el ordenamiento supremo del Estado de Derecho está integrado por valores, principios y normas (en ese orden), porque dicha secuencia denota un orden jerárquico, una amplitud decreciente y un objetivo inverso en cuanto a su flexibilidad para adaptarse a la evolución social⁹.

Tanto la perspectiva de Sócrates como la de Kant, frente a las exigencias sociales en el ámbito de las decisiones jurisdiccionales de conciencia, nos permiten vincular ambas visiones filosóficas con el aspecto pragmático de Atienza, quien señala que la propia lógica formal deductiva ha flexibilizado en tal contexto la angostura

5. Dicha referencia histórica proviene de la "voz demoníaca", la *phoné daimoniké*, que Sócrates oía en su interior, que le avisaba contra la acción que estaba a punto de emprender, según detalla Platón en *Apología*.
6. PLATÓN. *Apología de Sócrates*. Editor: Enrique Ángel Ramos Jurado. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003, p. 30.
7. KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Traducción castellana de Adela Cortina y Jesús Conill. Madrid: Tecnos, 1994, p. 438.
8. *Ídem*, pp. 379, 388, 389, 437 y ss.
9. Extendemos el perfil del juez constitucional que describe Cea Egaña, por cuanto dicho perfil es aplicable a los jueces ordinarios, aún con una mayor exigibilidad social, por cuanto son los más próximos a los conflictos sociales. CEA EGAÑA, José Luis. "Perfil axiológico, independencia y responsabilidad del juez constitucional". *Ius Et Praxis*. Talca, 2003, volumen 9, número 9.

de su rigor hasta desembocar en una serie de teorías de la argumentación jurídica¹⁰.

La posición de Atienza, en la actualidad si bien es una posición intermedia entre el *ultrarracionalismo* de Ronald Dworkin¹¹ -cuyo juez Hércules hace gala de una envidiable confianza en la capacidad de su razón- hasta el *irracionalismo* de un Alf Ross¹², si merece tacharse de irracionalista su realista llamada de atención sobre el hecho de que las decisiones jurídicas, al igual que sucedería con cualquier otro género de decisión, dependen de la *voluntad* del sujeto de las mismas -en este caso, el juez- al menos tanto como de su razón.

Razón que en el ámbito de los conflictos jurídicos, sociales y económicos de naturaleza familiar, resultan complejos de evaluar; por ello Dworkin señalaba que la argumentación jurídica tendría que conducir en cualquier caso -incluidos los llamados "casos difíciles", en los que se tropieza con la dificultad de dar con una norma que resulte apreciable al caso- a una *única respuesta correcta*, que acaso el juez real no sea capaz de encontrar pero que, al menos idealmente, se hallaría al alcance de las portentosas facultades de Hércules.

El problema es, no obstante, que las razones jurídicas "suelen salir a pasear" -como alguna vez se ha dicho- "por parejas", cuando no en grupo, y el mismísimo Hércules podría tenerse que enfrentar a *más de una respuesta correcta* entre las cuales se viera obligado a elegir¹³. Y ello por no pensar, como también ha sido sugerido, en la posibilidad de dos o más jueces Hércules con *respuestas incompatibles o contradictorias* para un mismo caso difícil.

En semejantes circunstancias de indeterminación jurídica, Herbert Hart ha opinado que no

habría otro remedio que encomendar tal caso a la *discrecionalidad de un juez*, aunque éste no sea hercúleo. Un juez, por decirlo de alguna manera, común.

3. La complejidad de los casos judiciales en materia familiar

Verdad de Perogrullo, pero las partes durante el desarrollo del proceso judicializado, omiten información a los magistrados al momento de ejercer "sus derechos" con el objeto de limitar las acciones y derechos de la contraparte.

Con el conocimiento de esta premisa y por las especiales circunstancias que rodean al conflicto al interior de la familia, a nuestro criterio resulta indispensable que la discrecionalidad que todo magistrado debe tener al momento de evaluar un expediente judicial, debe sobrevalorar el hecho de que evaluará un conflicto que a su vez no se limita a cuestiones objetivas o jurídicas.

Cada conflicto familiar resulta especial porque los intereses y las posiciones de las partes en conflicto no son sólo opuestos, sino que además involucran a otros sujetos con derechos pero sin legitimidad para obrar de manera directa.

En este sentido, se debe tener presente que la *representación procesal* no implica necesariamente una figura procesal correctamente desarrollada, por cuanto puede ser desnaturalizada en perjuicio del supuestamente representado; basta con observar las pretensiones de limitación de derechos hacia una contraparte procesal en supuesta "tutela" de los derechos de un menor.

Complementariamente, el magistrado de la especialidad, debe tener presente que no sólo estará en su competencia el desarrollo de las

10. ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica)*. Lima: Palestra, 2006.

11. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 48.

12. ALONSO, Juan. "Modelos jurídicos de coherencia". *Filosofía del derecho. Cuestiones conceptuales, metodológicas y normativas*. Buenos Aires, Ministerio de Justicia y DDHH, Año I, número 1, mayo 2012, p. 18.

13. MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 265 y ss.

pretensiones y derechos invocados, sino que además y de forma maliciosa y/o por ignorancia, existirán circunstancias subyacentes, que merecen una atención vinculante con el desarrollo del caso.

Nuestra posición responde al hecho de que necesariamente al evaluar un conflicto familiar, el magistrado debe *conocer* de manera directa el origen, el desarrollo, los intereses y las posiciones de todos los involucrados tanto en un sentido procesal, como en un sentido humano, porque su veredicto permitirá la verdadera tutela de derechos en forma proporcional a los hechos, no perjudicando a una parte en desmedro de la otra.

Sólo en dichas circunstancias los progenitores en conflicto limitarían sus acciones en el ámbito procesal y se dilucidaría un resultado más acorde a las circunstancias del conflicto familiar, teniendo en cuenta que existe una correlación directa y proporcional entre lo que se plantea judicialmente con lo que se desarrolla en el ámbito extra judicial.

III. LA JURISPRUDENCIA DINÁMICA EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

1. La jurisprudencia como doctrina jurisprudencial y como instrumento procesal

En el estudio de la jurisprudencia hay un punto esencial que no suele tener la atención que merece. Se trata del instrumento procesal a través del cual se produce la *doctrina jurisprudencial*¹⁴, que en el caso de nuestro país, proviene de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional.

A pesar de la importancia y significación para el desarrollo de conflictos de naturaleza familiar, lamentablemente en nuestro país no se ha desarrollado una línea de fortalecimiento de

la labor jurisdiccional, principalmente por una visión negativa sobre su función social.

Se suele pensar que esta doctrina jurisprudencial debe ser desarrollada en forma exclusiva por las máximas instancias, sin tomar en cuenta que para el caso particular que nos convoca en esta oportunidad, en el ámbito de la especialidad de familia, son los magistrados de primeras instancias quienes tienen una mayor cercanía con el conflicto y en función a tal situación, deben actuar en forma eficaz, diligente y sobre todo prudente al momento de resolver, reconocer y otorgar derechos y obligaciones a las partes en conflicto.

Sin embargo, producto de la escasa visión social de los magistrados de instancias inferiores, al focalizar su atención en tratar de resolver en forma exclusiva un conflicto legal, no toman en cuenta que el conflicto es mucho más amplio y complejo. Como resultado, la práctica jurisdiccional termina provocando la necesaria participación de las máximas instancias. Situación que sin embargo, no elimina o atenúa el impacto negativo del conflicto en las propias partes.

Frente a lo manifestado, insistimos en la necesidad de contar con un sistema procesal, en la especialidad, idóneo para el éxito de la elaboración de la doctrina jurisprudencial.

La necesaria confluencia de criterios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional durante los últimos años, nos permiten considerar que la construcción de una doctrina jurisprudencial en la especialidad de familia, permitirán limitar la amplitud de criterios en el desarrollo de jurisprudencia.

Por tanto, la unificación de doctrina jurisprudencial es el eje de esta tendencia institucional y en él se ha tratado de establecer un difícil equilibrio entre dos objetivos: evitar el riesgo de dispersión doctrinal creado por la descentralización

14. MOURTADA SABBAH, Nada y Bruce CAIN. *The political question doctrine and the Supreme Court of the United States*. Berkeley: Berkeley Public Policy Press, 2007, p. 249.

de la suplicación¹⁵, sin establecer como normal la utilización de un segundo recurso extraordinario. Se trata, por tanto, de unificar la doctrina, pero en el marco de un recurso muy selectivo que impida la masificación.

La exigencia de la contradicción es el instrumento que permite lograr estos objetivos contrapuestos: la sentencia de suplicación sólo es recurrible, si, a través de su contradicción con otra, se pone de relieve la existencia de una discrepancia doctrinal con la consiguiente necesidad de unificación.

La contradicción se convierte así en un "guardián de la excepcionalidad" del recurso, que garantiza su vinculación a una finalidad uniformadora cualificada, que se inscribe en una tendencia más general hacia una jurisprudencia mucho más selectiva en la que no sólo predomina el "ius constitutionis"¹⁶, sino que dentro de éste la función uniformadora relega a un segundo plano a la nomofiláctica.

2. La fuente de la doctrina jurisprudencial (constitucional y ordinaria)

Es usual encontrar en el ámbito del desarrollo de la doctrina jurisprudencial, una contradicción de criterios doctrinales, debido principalmente al problema que se relaciona con el cambio jurisprudencial cuando se contradice consciente y razonadamente un criterio anterior para aban-

donarlo y establecer otro; sin embargo, y pese a lo usual, en el ámbito de la especialidad de familia, dicho problema no se ha manifestado en los últimos años.

Tanto en forma autónoma como complementaria, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, han actuado de manera proactiva en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial en la especialidad, al nivel inclusive que es materia de análisis en el ámbito de otros sistemas judiciales¹⁷, lo cual ha permitido evitar la "jurisprudencia errática" que niega su propia función uniformadora¹⁸.

Esta coherencia funcional institucional, nos permite observar que para el caso concreto de la **tenencia**, podemos analizar la siguiente jurisprudencia vinculante desarrollada por el Tribunal Constitucional:

a. Expediente 09332-2006-PA/TC

Caso planteado por Reynaldo Shols Pérez, en el cual se desarrolla la "discriminación en el trato", relacionándose para nuestro propósito el derecho y obligación de todo progenitor a proteger su familia.

b. Expediente 1317-2008-PH/TC

Caso planteado por Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas en el cual se analiza la "priva-

15. En el recurso de suplicación debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Juzgado Ad Quem no puede valorar *ex novo* todo la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia. Desde esta perspectiva, el órgano judicial debe actuar bajo una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso, no debiendo por tanto rechazar en forma liminar el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer en forma precisa los argumentos, posiciones y derechos de las partes en conflicto.

16. JIMENEZ FORTEA, Francisco Javier. *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral: problemas fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 58.

17. Los casos como el de "Reynaldo Shols (familia ensamblada)", "hijos Tudela Van Breugel (obstrucción de vínculo)", o la Casación 2067-2010-Lima (sanción a progenitor que desarrollaba el Síndrome de Alienación Parental en su hijo contra el otro progenitor) son materia de análisis y estudio en diferentes países.

18. BLASCO GASCÓ, Francisco. *La norma jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 95 y 96.

ción arbitraria de libertad" de su progenitor y que resulta vinculable a nuestro propósito respecto de la *tutela del vínculo familiar*, la cual prohíbe toda forma de limitación arbitraria entre un progenitor y su descendencia.

c. Expediente 05787-2009-PH/TC

Caso en la cual se desarrolla el derecho de los hijos de José Roberto Suito Malmberg de tener un acceso a éste, desarrollándose los siguientes derechos: i) Tutela de la libertad, comunicación y visitas entre parientes, ii) Protección de la integridad personal, psíquica y moral de un familiar.

d. Expediente 04225-2008-PHC/TC

En el presente caso se desarrolla el derecho de un progenitor de relacionarse con su prole, sin que las circunstancias que limitan sus derechos personales perjudiquen su contexto familiar.

e. Expediente 02892-2010-PHC/TC

Caso en el que se analiza la tenencia y custodia de menor respecto de la devolución de un menor a favor del progenitor con tenencia y a no ser separado de la familia nuclear.

f. Expediente 01817-2009-PHC/TC

En forma similar al caso precedente, en este se desarrolla la protección del régimen de visitas y el interés superior del niño respecto de los casos de obstrucción de vínculo provocado por un progenitor respecto del otro progenitor.

g. Expediente 05637-2006-PA/TC

Importante jurisprudencia, donde se desarrolla el deber especial del juzgador de proteger los derechos fundamentales de todas las partes procesales.

En forma complementaria, la Corte Suprema ha desarrollado la siguiente jurisprudencia:

- a) La Casación 944-2010 (30/01/2012) en la cual se regula los límites del acceso al régimen de visitas para los abuelos.

- b) Casación 2067-2010, que da un giro de ciento ochenta grados en el análisis judicial de los casos de tenencia, régimen de visitas y violencia familiar, al regularse en forma explícita el *Síndrome de Alienación Parental* y en forma implícita la *Obstrucción de Vínculo Paterno Filial*.

- c) Casación 2092-2003 Huaura (El Peruano, 30/09/2004), en la cual se regula los derechos de los progenitores intervinientes respecto de su vínculo con el hijo, ponderándose la *verdad biológica*.

IV. LA REINTERPRETACIÓN DE LA TUTELA EN EL ÁMBITO JUDICIAL

El Interés Superior del Niño (ISN) es la máxima expresión jurídica de la protección que el Estado y los adultos pueden ofrecer a los menores de edad. Sin embargo, el hecho que su origen sea jurídico, no puede limitarlo a dicho ámbito, por cuanto la sola definición jurídica del ISN genera un *principio ideológico* indeterminado, lo cual complica su desarrollo en el ámbito judicial.

Siendo este el principal problema, corresponde analizar la naturaleza jurídica del ISN, para así desarrollar una vinculación con el procedimiento de aplicabilidad a los casos en los cuales se plantea la *tenencia* de un menor de edad.

Al respecto, el ISN puede ser categorizado en tres niveles, según su naturaleza jurídica:

- a) Característica extrínseca: la variedad de circunstancias a las que se aplica el principio y a la multiplicidad de contextos y situaciones, hacen difícil fijar un contenido concreto ya que éste siempre es algo individualizado para una situación concreta.
- b) Característica intrínseca: existe una variabilidad de circunstancias a las que debe ser aplicado el ISN, y
- c) Característica interna: para la aplicación del principio a situaciones concretas se debe acceder a una flexibilidad de interpretaciones necesarias, afirmándose la

imposibilidad de que el ISN pueda tener un contenido concreto y universal¹⁹.

De la descripción anterior, resulta lógico y complicado para un juez proceder de forma uniforme a sus colegas, cuando debe analizar y generar un veredicto en la cual se analice un conflicto familiar judicializado.

Por ello, el juez no puede limitar al ámbito jurídico una interpretación del ISN, sino que además debe observar el desarrollo del conflicto social y plantearse a sí mismo, las consecuencias de un fallo judicial, tomando en consideración que la sentencia, en sí misma, no atenuará el impacto negativo que provoque el conflicto entre los progenitores en un menor de edad, sujeto a una lucha por la tenencia o un régimen de visitas.

En este contexto, para la aplicación correcta de la *tutela*, el juez debe procurar confluir en la argumentación de su fallo:

a) Reconocer que todos los intervinientes procesales tienen derechos y obligaciones y que éstos se aplicarán en función a la mejor garantía de protección de derechos de aquellos que participan en el conflicto judicial bajo representación.

El Derecho de Familia tiene un objeto tuitivo y a diferencia del Derecho Penal, no procura limitar derechos bajo la aplicabilidad de sanciones o límites de derechos. Los jueces de la especialidad atienden un conflicto que se extralimita a sus competencias y en función a esta situación deben proceder, procurando no incrementar el perjuicio del conflicto a los integrantes más débiles de la familia en crisis.

b) No limitar a un progenitor a la categorización atribuida por la contraparte al momen-

to de analizar los derechos y obligaciones de ambas partes en el conflicto judicializado, al ser éstos, equivalentes.

Este punto, procura evitar que el juez limite a un progenitor a una categoría de *prestador de una obligación*, generalmente económica y alimentaria.

c) La obligación y derecho de los progenitores de velar por la protección integral de sus hijos.

d) La necesidad de garantizar a los integrantes de la familia vincularse sin que exista una limitación sujeta a la arbitrariedad y/o a un límite sujeta a una condición ajena a los progenitores.

Con el objeto de limitar toda acción que obstaculice el vínculo o genere una patología psicológica (Síndrome de Alienación Parental o Padrectomía).

e) Proteger la integridad personal, psíquica y moral de un individuo integrante de una familia, respecto de su relación con los demás integrantes de la misma, teniendo la percepción de que el sujeto a ser protegido se desarrollará en un espacio temporal y social sujeto a una serie de variables impredecibles.

En particular para el análisis de las situaciones en las cuales los progenitores, con el tiempo podrán desarrollar una segunda relación matrimonial con nuevos hijos y probablemente con otras obligaciones, tanto personales como económicas.

f) Ampliar el panorama jurídico de las pretensiones y planteamientos de los progenitores, reconociendo el hecho objetivo que existen derechos no planteados que son complementarios y que requieren ser acumulados al proceso.

19. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *Los derechos de los niños: responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, 2007, p. 179.

Bajo esta posición, los derechos y obligaciones vinculados a la tutela, régimen de visitas y alimentos, son complementarios, vinculantes, proporcionales y exigibles en la misma medida.

- g) La comprensión de que la *familia* es un grupo humano amplio, razón por la cual se debe tener en cuenta a aquellos sujetos que no participan en el conflicto judicializado.

Un progenitor que desconoce la importancia de la relación familiar de su hijo con respecto de otros familiares, terminará perjudicando no sólo a los abuelos, por ejemplo, sino también a su propio hijo.

- h) Ponderar los derechos del progenitor que garantiza de una mejor manera los derechos y obligaciones del otro progenitor, respecto de la crianza del hijo sujeto a tutela.

Eventualmente y en forma complementaria, el juez debe procurar y anticipar sanciones a dicho progenitor, en la eventualidad perjudique al progenitor sin tenencia.

- i) Prevenir el incremento de los daños y perjuicios a las partes más débiles de un conflicto familiar, al fundamentar la sentencia, planteando pautas conminatorias y sancionatorias en caso de incumplimiento de obligaciones.

En el ámbito judicial, los conflictos al interior de una familia que se judicializan no se limitan a un único proceso judicial. Las partes procesales suelen plantear acciones procesales secundarias, derivadas o vinculables, con el objeto de restringir los derechos de la contraparte o para garantizar la viabilidad de sus derechos.

La escasa prevención del juez de la especialidad a estas circunstancias, provoca en definitiva que la carga judicial se incrementa innecesariamente. La prevención de situaciones perjudiciales, maliciosas o temerarias, permitiría que en el mismo proceso judicial, la parte perjudicada pueda plantear la ejecución de las medidas sancionatorias estipuladas en caso de incumplimiento de la sentencia.

Eventualmente si una parte incumple el régimen de visitas a favor del progenitor sin tenencia, el juez podría estipular en su sentencia, que esta situación provocaría la traslación de la tenencia al progenitor perjudicado o que este progenitor brinde los alimentos en forma directa.

La sola inclusión de medidas sancionatorias que se aplicarían en caso de incumplimiento de las disposiciones judiciales, limitaría de hecho las acciones de los progenitores, proporcionaría una mejor garantía de defensa de derechos de las partes más débiles de la familia en crisis, como también garantizaría una mayor institucionalidad del sistema judicial.