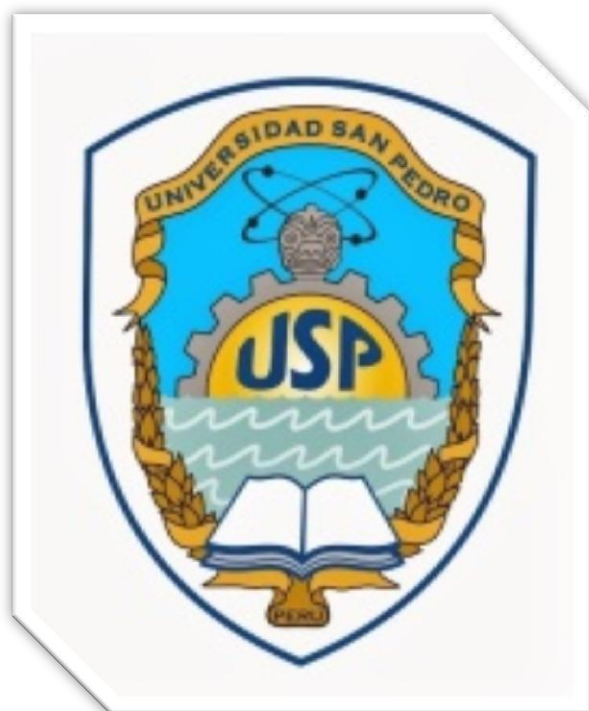


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO



“Cohecho Pasivo Propio”

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

FARRO YABAR, JUANA LIZ

Asesor

CARRILLO CISNEROS, FELIX

Huacho – Perú

2018

Palabras claves:

- **COHECHO**
- **PASIVO**

Tema	Patria Potestad
Especialidad	Derecho y Ciencias Políticas

Keywords:

Text	Custody
Specialty	Law And Political Science

Línea de Investigación: DERECHO

DEDICATORIA

El presente trabajo está realizado con mucho esfuerzo y por lo tanto va dedicado a Dios, a mi madre, mi padre que son mi apoyo en todo momento, a mis hermanos, a toda mi familia que creen en mí, pero sobre todo al esfuerzo que doy para seguir adelante como profesional y como persona.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a todos mis maestros ya que ellos me enseñaron valorar los estudios y a superarme cada día, también agradezco a mis padres porque ellos estuvieron en los días más difíciles de mi vida como estudiante. Y agradezco a Dios por darme la salud que tengo, por tener una cabeza con la que puedo pensar muy bien y además un cuerpo sano y una mente de bien estoy seguro que mis metas planteadas darán fruto en el futuro y por ende me debo esforzar cada día para ser mejor y en todo lugar sin olvidar el respeto que engrandece a la persona.

ÍNDICE

Palabras Claves.....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Indice.....	iv
Resumen.....	1
Descripción del Problema.....	2

MARCO TEÓRICO

Etimología De Patria Potestad.....	4
Concepto y Definición de Patria Potestad.....	4
Signos Distintivos de la Patria Potestad.....	7
Características.....	8

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Constitución Política del Perú.....	37
Código Civil Peruano.....	38
Código de los Niños y Adolescentes.....	39

DERECHO COMPARADO

Legislación Argentina.....	46
Legislación Colombiana.....	48
Legislación Boliviana - Código de Familia.....	52
Conclusiones.....	56
Recomendaciones.....	57
Referencias Bibliográficas.....	58
Anexos.....	60

RESUMEN

La Constitución peruana en su artículo cuarto, señala la obligación de la sociedad y del Estado de proteger a la familia, y hace hincapié en la obligación de proteger especialmente al niño.

El contexto descrito líneas arriba, se enmarca dentro de los deberes de todo Estado, que debe velar por su población infantil, pues ella será la que en el futuro asumirá los destinos de los Estados. Pues bien, dentro de esta preocupación del Estado por la protección de los niños y adolescentes, se encuentra una institución familiar como es la Patria Potestad, institución que no puede estar ajena a la atención del Estado, pues allí encontramos a este sector vulnerable de la población infantil.

La institución de la patria potestad tiene un fin social, y este corresponde no solo a los padres, sino igualmente al Estado. La patria potestad encuentra su fundamento y razón de ser no solo en el ámbito familiar, sino igualmente dentro de las responsabilidades sociales que, tiene todo Estado.

Los legisladores peruanos han acentuado el aspecto patrimonial de la institución en desmedro de las relaciones personales que constituyen la parte medular, y de acuerdo con las nuevas corrientes en el Derecho de Familia, y el referente importante que lo constituye la Convención de los derechos del niño, debemos tender a regular esta institución familiar en función a los intereses de los niños y adolescentes, como ya lo viene haciendo el Código de los Niños y Adolescentes, sin descuidar que igualmente los padres en ejercicio de la institución también tienen derechos que no son incompatibles con los intereses de los hijos, sino que terminan complementándose.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La patria potestad es una institución trascendental de Derecho de Familia y de Derecho de los niños y adolescentes. Los padres son los primeros llamados a cuidar y brindar tutela a una persona cuando esta, por su minoría de edad, no puede valerse por sí misma. Tradicionalmente la institución era vista pensando en los padres y en el derecho de ellos de ejercer su potestad, su poder y autoridad con los hijos para encaminar su vida.

En la actualidad, la patria potestad ha sido revestida como institución de amparo familiar direccionando su mirada hacia los hijos, los incapaces de ejercicio y en el derecho y la facultad que tienen de contar con sus padres para su tutela y protección, y con la presencia de sus progenitores en su vida.

En las próximas líneas de esta publicación revisaremos las instituciones de la patria potestad y la tenencia, enfocándonos en las causales para el otorgamiento de dicha tenencia y las restricciones a la patria potestad.

Así, pues, empezaremos con algunos conceptos generales de la patria potestad, luego continuamos con la figura jurídica de la tenencia, como elemento de la patria potestad y los criterios normativos y jurisprudenciales para su otorgamiento y variación. Finalmente, terminamos con las figuras jurídicas que suponen las restricciones a la patria potestad, analizando las causales que llevan a la limitación del ejercicio de esta institución.

A partir de los criterios legales y jurisprudenciales del otorgamiento de la tenencia y de restricción de la patria potestad denotan la evolución que en nuestro medio han tenido estas figuras jurídicas, aunque aún falta mucho camino por recorrer.

MARCO TEÓRICO

❖ **Etimología de Patria Potestad**

Etimológicamente el término patria potestad, proviene de raíces romanas, donde “patria” alude al pater familia y el término “potestad” denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, a partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no solo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole.

❖ **Concepto y Definición de Patria Potestad**

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante la cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad. Dentro del amparo familiar, la Patria potestad es una institución principal respecto de los hijos menores de edad.

El artículo 418 del Código civil vigente señala que por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos.

Aguilar B. (2012), sostiene que “la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos. Este concepto pretende abarcar no solo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas”.

Para López del Carril J. (2006), “la patria potestad es una institución ética y altruista fundada en el derecho natural biológico, propia y absoluta del derecho de familia como integrante del derecho privado, y es un derecho moral aunque desencadene derechos y obligaciones patrimoniales, pero su existencia y sustento están fundadas en principios más elevados, más puros, sin descender a la condición contractual propia del egoísmo y no del altruismo”.

Ripert y Boulanger. (1963), definen la patria potestad como: “conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos”.

Plácido A.(2002), con relación a la patria potestad y su función tuitiva, “La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de estos. En ella, está estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley”.

Varsi, E. (2012), la patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva de ella, a tal punto que el término “filiación” implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación.

Es innegable, sin embargo, que las raíces de los deberes y derechos que entraña la institución de la patria potestad radican en la naturaleza de la procreación humana, y su correlato inmediato, que es el de la protección de la especie y el instinto de conservación que nos asiste, vale decir, nuestra

sola condición humana nos conmina a naturalmente hacernos cargo de nuestros hijos, que estos dependan absolutamente de nosotros desde su nacimiento, hasta que puedan valerse por sí mismos, y es la ley la que se encarga de regular estas condiciones, la edad en la que el ser procreado, es capaz de ejercer sus derechos por sí solo, con prescindencia de sus progenitores.

Nuestro Código Civil, en su artículo 418, establece que “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. Citamos esta definición legal a fin de resaltar naturaleza tuitiva de esta institución de derecho de familia, y asimismo el poder-deber implícito en esta institución que supone para los padres respecto de los hijos.

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, que en el caso de divorcio, la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio. Que, debe tenerse presente que entre los atributos de la patria potestad se encuentra la tenencia, conforme lo enuncia el artículo 123 del Código Civil; y en ese sentido también cabe señalar que el régimen de la tenencia que regula el Código de los Niños y Adolescentes está referido al caso de 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.

Esta, no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres; que no debe confundirse patria potestad con tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual, si bien es cierto, puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo, no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor o al adolescente.

❖ **Signos Distintivos de la Patria Potestad**

Por tratarse de una institución que descansa en un estado de necesidad natural de los sujetos bajo patria potestad, y por cuanto se da entre padres e hijos, aparecen particularidades propias reconocidas por juristas, magistrados y todos los que tengan que ver con el quehacer jurídico, veamos:

Es una institución del derecho de familia, al darse entre personas vinculadas por el parentesco.

Se reconoce a los padres no solo deberes sino igualmente derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Se reconoce a los hijos no solo derechos, sino igualmente deberes para con sus padres.

Institución no creada por el derecho, sino que precede a esta, pues se trata de una institución de orden natural.

La patria potestad tiene sentido en tanto que busca cautelar los intereses de los hijos que por su incapacidad no pueden ser cautelados por ellos mismos.

❖ **Características**

La patria potestad es de orden público y como tal tiene las siguientes características:

1. Es una Institución de Amparo Familiar

La patria potestad es una institución principal de amparo familiar para brindar tutela y protección a los menores de edad. Su fin es tuitivo. Se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad. El interés superior del niño y adolescente se encuentra priorizado entre los fines de la patria potestad.

La Patria Potestades el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y no pueden ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres, precisamente, porque constituye, fundamentalmente, el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres”.

2. Es un Poder-Deber Subjetivo Familiar

La patria potestad lleva implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre las partes padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos - obligaciones y facultades-deberes,

3. Se Regula por Normas de Orden Público

Está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal.

4. Es una Relación Jurídica Plural de Familia

No es un derecho exclusivo de los padres, a pesar que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación a sus hijos menores.

5. Se Ejerce en Relaciones de Familia Directas o Inmediatas de Parentesco

La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo

6. Es una Relación de Autoridad de los Padres

Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos.

7. Es Intransmisible

La patria potestad, reconocida por la legislación, así como por la doctrina en razón de la paternidad, es intransmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como de indisponibilidad o inalienabilidad, implica que las facultades derivadas

de la patria potestad son de orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte.

8. Es Imprescriptible

No se pierde por la prescripción; sin embargo, puede decaer o extinguirse.

9. Es Temporal, no Perpetua

La patria potestad puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad.

10. Es irrenunciable

De motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico.

11. Es Incompatible con la Tutela

No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad. No obstante, con la curatela la patria potestad sí tiene compatibilidad.

12. Es Relativa

No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley.

13. Es Indisponible

Porque no está en el comercio jurídico.

❖ Objetivo

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades. Cornejo Chávez Héctor (1987), afirma que se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que “no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad”.

Zannoni E. (1998), explica que “la patria potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar”. En otras palabras, la patria potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia.

De acuerdo a la estructura del Derecho Familiar moderno, la patria potestad se ejerce en interés de la familia (en general) y de la sociedad; antiguamente, solo era en beneficio directo del hijo (lo que perduró hasta hace poco) o exclusivo del padre (como sucedió en Roma). Actualmente se tiene en cuenta el interés del grupo familiar ya que es en la familia y por ella que se busca el desarrollo integral de la persona.

En este orden de ideas, la patria potestad es una institución de necesidad natural pues el ser humano, requiere desde su infancia que lo críen, lo eduquen, amparen y defiendan, guarden y cuiden de sus intereses, en suma que tengan la regencia de su persona y sus bienes, siendo los padres las personas indicadas para esta misión y que califica como una situación jurídica peculiar pues es una facultad y una necesidad.

❖ **Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad**

La patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad.

Las relaciones jurídicas contenidas en la patria potestad implican derechos-deberes, es decir, una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura un típico derecho subjetivo de familia. Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que ellos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad y, en caso de abandono o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad. Lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia y concluye cuando esta adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico, de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán brindar protección a sus padres.

❖ **Ejercicio de la Patria Potestad**

En Doctrina se hace el distingo entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, correspondiendo la primera a quien goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido, esta titularidad requiere la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural dada por la procreación y el otro con esencia jurídica, en cuanto al ejercicio vendría a ser la posibilidad de obrar un derecho.

El Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes no se detienen en esta distinción, y usan el término ejercicio para significar tanto la titularidad como el ejercicio, sin embargo las diferencias existen, y estas aparecen a propósito del cese temporal de la patria potestad, en que se mantiene la titularidad pero no el ejercicio, lo que no ocurre en el caso de la extinción o pérdida de la patria potestad, pues en este caso desaparece definitivamente la titularidad, y con él, el ejercicio.

1. Ejercicio de la Patria Potestad Respecto de los Hijos Matrimoniales

sobre el particular habrá que anotar la igualdad legal de hombre y mujer ante la ley y por ello, la equiparidad de derechos y obligaciones de los padres frente a sus hijos; en el Código Civil de 1936, la patria potestad era compartida por ambos padres, se precisaba que si había disenso prevalecía la opinión del padre, explicable en un sistema en el que la mujer era una suerte de dependiente del hombre pues este gozaba de la potestad marital, y por ello se le concedía prácticamente todos los derechos, tales como la fijación del domicilio conyugal, la representación legal, la administración y disposición de los bienes sociales y demás, a raíz de la Constitución de 1979 con la igualdad legal del hombre y la mujer, y luego recogida por la constitución de 1993, esta potestad tuvo que dar paso a una justa y equitativa igualdad de derechos y responsabilidades del hombre y la mujer dentro del matrimonio.

➤ **Patria Potestad en los Casos de Disolución de Matrimonio por Muerte de uno de los Cónyuges**

En este caso es evidente que la patria potestad se habrá extinguido con respecto al cónyuge muerto, y el ejercicio de la patria potestad corresponderá en exclusividad al cónyuge sobreviviente.

➤ **Patria Potestad en el Caso de Separación Legal, Divorcio e Invalidación de Matrimonio**

Veamos por separado cada uno de estos casos.

a) Separación Legal

Se llega a la separación de cuerpos, o legal, por la vía de la separación convencional conocida antes como mutuo disenso, y por la separación legal por causal; en la separación convencional que implica un acuerdo libre y voluntario de separación sin explicitar el motivo de ella, los cónyuges deben pronunciarse sobre los regímenes de alimentos, liquidación de gananciales y patria potestad, pues bien, en el caso de la patria potestad, lo que los cónyuges acuerdan a tenor de lo establecido en el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, es el ejercicio de la tenencia del hijo por parte de alguno de los cónyuges, sin embargo ambos siguen siendo titulares y en ejercicio de la patria potestad, aun cuando al padre o madre a quien no

se confía el hijo tendrá un ejercicio disminuido, pues no gozará de esta tenencia.

En el caso de la separación legal por causal, los criterios fijados para que el juez conceda el ejercicio de la patria potestad a favor de uno de los padres, están señalados en el artículo 340 del Código Civil, siendo el primero de ellos, el de la inocencia, esto es, ejercerá la patria potestad aquel padre o madre que no dio lugar a la separación, mientras tanto el otro, aquel que incurrió en la causal que provocó la separación quedará suspendido en el ejercicio.

b) Divorcio

El comentario realizado en el caso de la separación legal por causal, vale para el divorcio, por lo tanto no se agrega nada a lo ya dicho.

c) Invalidez del Matrimonio

Sea por nulidad o anulabilidad del matrimonio, el juez al pronunciarse en la sentencia, deberá igualmente según el artículo 282 del Código Civil, decidir el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos menores de edad, y para ello deberá sujetarse a las reglas establecidas para el divorcio, reglas contenidas en el artículo 340; en este caso estaríamos ante un matrimonio putativo regulado en el artículo 284, matrimonio invalidado que produce efectos

civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio, si uno de los cónyuges actuó de mala fe, este, no ejercerá patria potestad, sino que la potestad será ejercida por aquel cónyuge que ignoraba el impedimento matrimonial.

2 Ejercicio de la Patria Potestad Respecto de los Hijos Extramatrimoniales

El extramatrimonial asume su condición de hijo respecto de un determinado padre vía el reconocimiento, o la declaración judicial.

El reconocimiento implica un acto voluntario por el que una persona admite su condición de padre respecto de otra, mientras que la declaración judicial de paternidad, parte de la negativa del padre a asumir su condición de tal respecto de un hijo que le reclama tal situación, y por ello este pedido se deriva al poder judicial, en donde se actúan pruebas y luego el juez si ha tomado el convencimiento de que la solicitud está debidamente acreditada, declarará la filiación y ordenará que esta relación paterno filial se inscriba en el registro civil respectivo.

➤ Reconocimiento por Parte de uno solo de los Padres

La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los han reconocido, si no ha habido reconocimiento, que como ya lo hemos Señalado presupone un acto voluntario, entonces no habrá ejercicio de

patria potestad ni por cierto titularidad, y ello debido a que no se ha establecido la relación paterno filial y por lo tanto no podemos hablar en términos estrictamente legales de hijo o de padre; si el reconocimiento no se ha dado pero si se ha declarado judicialmente la filiación, diremos que tampoco habrá ejercicio de patria potestad, esto es, si el padre o madre que no asumió voluntariamente su calidad de tal, sino que contra su parecer se le obliga por decisión judicial a asumir una paternidad o maternidad no querida, no deseada, entonces no habrá interés en él o en ella respecto del bienestar del hijo.

➤ **Reconocimiento por Parte de los dos Padres**

Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de familia determina a quien corresponde la patria potestad atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres, y en todo caso los interesados del menor. El legislador peruano introduce otros elementos que son razonables, criterios como la edad del hijo; pues si la discusión versa sobre un hijo de meses o pocos años de nacido, es recomendable que sea la madre quien se haga cargo de él, en razón de que este menor requerirá preferente pero no exclusivamente atención materna, asimismo el criterio de género también es un referente importante, por cuanto los hechos nos demuestran que las hijas mujeres requerirán preferente, pero no exclusivamente cuidado materno, sin embargo reiteramos un

concepto ya trabajado, Cual es que estas normas no son de obligatoria y fatal observación sino que son elementos de juicio para el juzgador.

❖ **Contenido de la Patria Potestad**

La institución familiar de la patria potestad encierra un conjunto de deberes y derechos, dirigidos a proteger la persona y bienes de los hijos menores de edad, en tal medida la institución trata de las relaciones personales y económicas que se dan entre los padres e hijos. La legislación peruana no ha separado estas relaciones personales y económicas para tratarlas en forma autónoma, como por ejemplo si lo hacen las legislaciones ecuatoriana y chilena, quienes al regular las relaciones personales entre padres e hijos lo hacen bajo el título de autoridad paterna, y cuando la refieren a las relaciones patrimoniales, entonces la denominan patria potestad.

1. Deberes de los padres para con sus hijos

a. Velar por el desarrollo integral de sus hijos

Los padres tienen la responsabilidad primaria de asegurar las normas de vida que garanticen el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de su hijos; dentro de esta responsabilidad, se ubica el concepto de desarrollo integral, concepto este que es tratado en la Convención sobre los derechos del niño al referirse a las normas de supervivencia que incluye niveles de vida adecuados y acceso a servicios médicos; Por lo tanto, cuando se menciona desarrollo integral, práctica-

mente se está cubriendo todo lo necesario para el menor, tanto en el aspecto material como moral, pues allí queda cubierto, el sustento diario, la protección, la salud, educación y la formación con ejemplos de vida.

b. Proveer su Sostenimiento y Educación

Deber que se ubica dentro del concepto del instituto jurídico de los alimentos. Cuando se alude al sostenimiento, nos estamos refiriendo al sustento diario, a la habitación, a la salud del menor y por cierto a la recreación; ahora bien, en lo que atañe a la educación, es indudable que son los padres los que asumen esta responsabilidad educativa que implica transmisión de valores, formación espiritual y moral, y en cuanto a la trasmisión de cultura y conocimientos, como los padres no necesariamente son pedagogos o educadores, esta función es encomendada a los centros educativos, pero ello no implica cesión de parte de los atributos de la patria potestad.

c. Dirigir su Proceso Educativo y Capacitación para el Trabajo Conforme a su Vocación y Aptitudes

La tarea educativa debe verse desde dos planos, una la de formación moral y espiritual, en donde resulta importante el cultivo de la personalidad, la internalización de valores morales, reglas de conducta y de socialización, todo ello recae en los padres, y el otro plano se ubica más bien en la educación escolarizada, en la transmisión de cultura y conocimientos, esta

última, es tarea propia de profesores, pedagogos, educadores y se lleva a cabo en el colegio, universidad, instituto o ente del saber. Esta última tarea no recae en el padre, sin embargo, es él, quien tiene derecho a escoger la educación y el centro de enseñanza que crea pertinente para su hijo.

Una parte importante de este deber también lo constituye la capacitación para el trabajo atendiendo a la vocación y aptitudes del menor. El menor debe comprender la importancia y valor del trabajo como medio de dignificar a la persona, e instrumento de atención a la satisfacción de necesidades.

d. Darles Buenos Ejemplos de Vida y Corregirlos Moderadamente. Cuando su Acción no Bastare Podrán Recurrir a la Autoridad Competente

Cuando se enseña con el ejemplo que se traduce en una vida recta, sobre la base del respeto, consideración, siendo solidarios en nuestros actos de la vida diaria, si ello es observado por nuestros hijos, valdrá más que mil labras sobre moral o rectitud, en ese sentido se acierta cuando como deber se impone a los padres educar a sus hijos con el ejemplo. En cuanto a la corrección moderada debemos entenderla como un derecho de los padres en circunstancias en que los hijos no obedecen o respetan su autoridad, esta corrección no puede comprender el castigo físico.

e. Representarlos en los Actos de la Vida Civil Mientras no Adquieran la Capacidad de Ejercicio y la Responsabilidad Civil

Son los padres los representantes legales de sus hijos y en atención a ello los terceros que contraten o reclamen contra estos, tendrán que hacerlo con los padres. Esta representación viene siendo limitada a propósito de la aparición del Código de los Niños y Adolescentes, que ha otorgado capacidad civil a los adolescentes que desarrollan actividades económicas, a quienes les reconoce derechos para actuar en nombre propio.

El titular de la patria potestad y en ejercicio de la misma goza de esta representación legal, por lo tanto quien se vea suspendido en su ejercicio o se ha producido la extinción de la potestad, no será el representante legal.

2. Derechos de los Padres

El artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes al consignar los atributos que confiere la patria potestad a los padres, también nos menciona los derechos que son reconocidos a estos.

a. Tenencia

Este es quizás uno de los derechos más importantes que confiere esta institución, y que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, esta relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos, y el cumplimiento de los deberes y que significa la vida en común; el vivir bajo un mismo

techo, estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que opere la patria potestad.

La tenencia es un derecho exclusivo de la patria potestad y no puede extenderse hacia terceros; ahora bien si fuere el caso de darse la situación en que los menores no vivan con sus padres y se encuentren en poder de un tercero, pues bien este tercero cuidara del menor provisionalmente en tanto se dilucide su situación, y así estará actuando como guardador o tutor provisional con deberes y derechos específicos a estas instituciones.

Sin embargo, muchos consideran la tenencia como derecho de los padres, pero no ven a la tenencia como un derecho de los niños a vivir con sus padres y a no ser separados de ellos a no ser que las circunstancias lo justifiquen.

❑ **Régimen de Visitas**

Como lo refiere el artículo 422 del código civil, que en todo caso, los padres tienen el derecho a conservar con los hijos, que no estén bajo su patria potestad, las relaciones personales indicadas por las circunstancias; este precepto legal es la base del derecho de visitas que igualmente es regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, que en su artículo 88 señala que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos.

En efecto el padre o madre que no ejerce la tenencia de su hijo, debe tener acceso a este, con la finalidad de que la menor sufra lo menos posible con la separación legal, divorcio, invalidez del matrimonio, o separación de hecho de sus padres, derecho de visitas que implica la relación y comunicación con el hijo, de manera que ni siquiera la culpa en el divorcio podrá ser una razón suficiente para negar al cónyuge culpable este derecho.

En la práctica este derecho se ve plasmado a través del régimen de visitas, estableciendo judicialmente o conciliatoriamente, en el que se fijan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el cual el padre o la madre que no tiene la tenencia de su hijo pueda comunicarse con él, y así le permita al menor un desarrollo normal, evitando la figura paterna o materna, según sea el caso.

b. Corrección Moderada

Los padres por ningún motivo deben aplicar castigo físico a sus hijos , pues si así lo hacemos estamos engendrando en ellos la violencia; entonces ni golpes, ni gritos ni ofensas, sino y dependiendo de la edad y circunstancias que rodean al hecho; privarlos de algo que a él le guste, sin embargo no estamos hablando de encerrarlo en su habitación o dejarlo sin comer o negarle algo ya concedido de antemano, nos referimos a algo

que no deje lugar a dudas de que nuestro cariño sigue siendo el mismo, es decir te castigo sin ver televisión, o sin salir a jugar por que estuvo mal que hicieras tal cosa, pero no por eso dejo de amarte. Cuando la corrección moderada no es suficiente, los padres pueden recurrir a la autoridad competente; en estos casos, se estaría contemplando la posibilidad de que los padres soliciten al juzgado de familia especializado, su intervención para que ellos dicten las medidas de protección a favor del niño o adolescente, medidas que podrían comprender, incluso la participación del menor en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social o la atención integral en un establecimiento de protección especial.

c. Recibir Ayuda de ellos Atendiendo a su Edad y Condición y sin Perjudicar su Educación

El término aprovechamiento podría entenderse como una suerte de utilización, y extremando la nota hasta explotación, hoy con mayor propiedad, se señala que los hijos pueden ayudar a sus padres, siempre y cuando ello no implique atentar contra la salud o perjudicar el proceso educativo de los menores. Este derecho está en consonancia con el artículo 24 inciso d del Código de los Niños y Adolescentes, referidos a los deberes de estos, aludiendo al deber de prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad.

d. Usufructo

Este que derecho implica que los padres hagan suyo los frutos que generan los bienes de sus hijos no siempre fue bien visto, sino todo lo contrario, en atención a que aparentemente significaría un aprovechamiento del padre respecto de sus hijos, en ese sentido, si los menores tienen bienes, los frutos que generan estos, son utilizados en primer lugar para atender las necesidades del menor, titular del bien, y si todavía existe un sobrante, corresponderá a los padres en el entendido que ellos destinarán esos bienes en beneficio del grupo familiar. Este derecho conocido como usufructo legal, es regulado en nuestra institución no como una contraprestación por la labor de administración legal que desempeñan los padres sobre los bienes de sus hijos.

3. Deberes de los Menores dentro de la Patria Potestad

La patria potestad es una institución que consagra derechos de los hijos y deberes de los padres, sin embargo esto es una verdad a medias, en razón de que los menores que tienen cierto desarrollo también asumen deberes para con sus padres, nuestro Código Civil en su artículo 454 refiere que los menores están obligados a respetar, obedecer y honrar a sus padres, esta norma tiene un fondo ético, pues entre padres e hijos, se deben consideración, respeto, sin embargo el precepto también tiene implicancias legales, pues si los menores no respetan ni obedecen a sus padres, entonces nace en ellos un derecho de corrección que puede ir incluso a internar a los

hijos, cuando esta corrección no bastare. Los padres para el cumplimiento de sus deberes de protección y educación requieren contar con autoridad, y esta autoridad entraña que los hijos deban obediencia, pues si ello no fuera, las órdenes, directivas, que impartan los padres en beneficio de sus propios hijos, quedarían simplemente sin cumplirse, por ello la obediencia, y el respeto son necesarios dentro de la Patria potestad.

4. Atributos de la Patria Potestad en el Orden Económico

Los menores con patrimonio propio no pueden estar al frente de los mismos en razón de su incapacidad, en tal mérito requieren de otras personas que cuiden este patrimonio, y es por ello que la patria potestad impone a los padres el deber de cuidar la persona y bienes de sus hijos, pues bien, los atributos que confiere la patria potestad en el orden patrimonial.

5. Administración

El término administración en el derecho familiar no es igual al que se emplea en economía; en el derecho de familia a la luz de la normativa vigente, administrar significa proteger, cuidar, velar por el patrimonio del menor, hacerlo producir, sin desprenderse del Mismo. En este orden de ideas el padre administrador de los bienes de sus hijos debe cuidar de esos bienes; cumplir con las obligaciones propias que entrañen el mantenimiento del bien.

6. Disposición de los Bienes del Menor

El padre, como administrador legal debe gobernar los intereses económicos del hijo, pero esta facultad no entraña la disposición de bienes; ahora bien, solo por excepción y con la debida autorización judicial, podrá gravarse o venderse los bienes.

Sobre este punto el Código de los Niños y Adolescentes refiere en los artículos 109 y 110 que quienes administran bienes de niños o adolescentes, como es el caso de los padres, necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad, y en cualquiera de los casos debe probarse tal estado, indicando los bienes que pretende enajenar o gravar.

❖ Desmembración y Cese de la Patria Potestad

Este decaimiento, o cese temporal y definitivo puede deberse a hechos imputables al titular, o a hechos de los cuales él o ella no resultan responsables, o también a situaciones en las que la patria potestad pierde todo sentido, por ejemplo, cuando el menor deje de serlo.

La desmembración o decaimiento de la patria potestad, implica que el titular de la patria potestad no va a ejercer una o algunas facultades, pero no se le desplaza por completo del ejercicio, ya que aún continúa gozando de las otras facultades, verbigracia el padre que siendo titular y en pleno ejercicio de la patria potestad no goza de la tenencia del menor, sin embargo, si ejerce las otras facultades como por ejemplo la representación legal.

El cese temporal implica que el padre o madre sea desplazado de todas las facultades que otorga la patria potestad, y ello ocurre por un cierto

tiempo, de allí su calidad de transitoria. El cese temporal se da cuando se incurra en alguna de las causales que conducen a la suspensión de la patria potestad.

El cese definitivo implica no solo perder el ejercicio de la patria potestad sino también la titularidad, por lo tanto el padre o madre, no podrá recuperar nunca la patria potestad de su hijo, sin embargo y a tenor del artículo 94 del Código de los Niños y Adolescentes y en atención al interés del hijo, el deber alimentario subsiste.

❖ **Cese Temporal de la Patria Potestad**

Implica el desplazamiento del ejercicio de la patria potestad de uno de los padres, o si fuera el caso, de los dos, y generalmente ello es debido a inconductas que directa o indirectamente agravian y perjudican al menor. En el cese temporal, el padre o madre es desplazado del ejercicio de todas las facultades que confiere la potestad; a diferencia de la desmembración en que se sigue ejerciendo la potestad pero no se cuenta con uno o algunos atributos, en el cese temporal el padre o madre no podrá ejercer ningún atributo por determinado tiempo, sin embargo ello no es óbice, para que el desplazado siga obligado a cumplir sus deberes propios de esta institución, como por ejemplo el deber alimentario.

❖ **Cese Temporal de la Patria Potestad en el Código de los Niños y Adolescentes. La Suspensión**

Refiere el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes que la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

a) Por la Interdicción del Padre o de la Madre Originada en Causas de Naturaleza Civil

Sobre el particular debemos decir en primer lugar, que en este caso la suspensión procede en forma inmediata al expedirse la resolución judicial de interdicción, sin que sea necesario un nuevo proceso judicial de suspensión de patria potestad; asimismo se explica la causal en cuanto que la interdicción, entraña la incapacidad de ejercicio de la persona, por lo tanto sería ilógico que un incapaz (padre o madre) cuide a otro incapaz (hijo), por ello la suspensión en tanto dure la interdicción.

b) Por Ausencia Judicialmente Declarada del Padre o de la Madre

En este caso igualmente no es necesario proceso judicial específico de suspensión, sino que basta la resolución que declara judicialmente la ausencia. La ausencia es una situación de derecho que descansa en una situación de hecho, y lo constituye la desaparición de la persona, que tiene un domicilio conocido, pero no es habido, por lo tanto tal desaparición crea incertidumbre jurídica, la que no puede ser indefinida, en este caso es de dos años de desaparición, para que cualquiera que tenga legítimo interés pida la declaración de ausencia. Al

declararse la ausencia debe proceder en forma inmediata la suspensión de la patria potestad, por cuanto el padre o madre que debe estar al lado del hijo para cuidarlo, protegerlo, asistirlo y en general velar por él, no lo está, en otras palabras en los hechos no se está ejerciendo patria potestad.

c) Por Darles Órdenes, Consejos o Ejemplos que los Corrompan

La patria potestad impone a los padres velar por el desarrollo integral del menor, y de aquí se deriva que los progenitores deban predicar con el ejemplo, ejemplos de vida que vayan formando al menor, haciéndolos responsables para que mañana más tarde puedan ser útiles no solo a sí mismos sino igualmente a la sociedad, como ciudadanos respetados y respetables, conscientes de sus deberes, con una rectitud en su accionar, y todo ello como producto de las enseñanzas de los padres.

si los padres en vez de asumir estos deberes de formación, hacen todo lo contrario, dándoles malos ejemplos que lleven a los menores en un acto de imitación, a seguir una vida irregular y al margen de las normas de conducta y sana convivencia, o que los padres den órdenes o consejos dirigidos a la realización de inconductas por parte de los menores, entonces la patria potestad no está cumpliendo su cometido, sino todo lo contrario, su ejercicio está siendo perjudicial para los intereses de los

menores, en esa situación debe haber una acción inmediata de que el menor no siga bajo la potestad del padre pues se está perjudicando, y esta acción toma el nombre de suspensión de patria potestad. La causal que da lugar a esta suspensión si debe ser materia de probanza, y ello dentro de un proceso único, siendo competente para conocer el juicio el juez especializado de familia.

d) Por Permitirles la Vagancia o Dedicarlos a la Mendicidad

Si el padre o madre, no está pendiente de su hijo, sino que por el contrario voluntariamente o desidiosamente permite la vagancia del menor, desconociendo en la mayoría de los casos el lugar o lugares donde pueda estar, y con quienes reunirse, sin importarle el riesgo de las malas juntas, o el que esté incriminado en algún hecho ilícito, entonces ese padre o madre no está cumpliendo las responsabilidades que impone la patria potestad y se hace urgente sacarlo, desplazarlo del ejercicio de la institución; también se suspende la patria potestad cuando el padre o madre dedica al menor a la mendicidad, por cuanto en muchos casos se utiliza al hijo para obtener recursos que luego es destinado al vicio; en otras palabras la dedicación a la mendicidad implica dos faltas, la primera, el incumplimiento del deber de cuidado del menor, y en segundo lugar, el lucrar con el menor, a quien se usa para conseguir dinero fácil.

e) Por Maltratarlos Física o Mentalmente

Resulta totalmente reprobable y sancionable, en personas que están llamadas a proteger a su prole, asistirlos, cuidarlos, socorrerlos, sin embargo le infieren lesiones, agravios, maltratos no solo físicos sino también psicológicos que van dejando una huella que es difícil de superar, y quizás la inestabilidad emocional del menor, producto de esos maltratos, vaya convirtiéndose en enfermedades psíquicas que se toman irreversibles. Son estas las razones por las que se ha considerado como una causal de suspensión de patria potestad, respecto del padre o madre que maltrata al hijo.

f) Por Negarse a Prestarles Alimentos.

La negativa a proporcionar alimentos debe igualmente entenderse como injustificada, por cuanto hay casos en los que el obligado no da alimentos no porque no quiere sino porque no puede, pues igualmente él está en estado de necesidad por carecer de recursos propios.

Pues bien, tratándose de padres que teniendo recursos se niegan a alimentar al hijo, es lógico que reciban una sanción, y en este caso es la suspensión de la potestad, sin perjuicio a que sigan obligados y a ser pasibles de ser demandados o denunciados penalmente por este incumplimiento.

g) Por Separación o Divorcio de los Padres, o por Invalidación del Matrimonio

Si se ha producido la separación legal, o lo que es peor el divorcio y ambos por causal, el artículo 340 del Código Civil establece criterios para que el juez decida respecto del ejercicio de la patria potestad a favor de uno o del otro, criterios tales como 1ª inocencia, o si ambos son culpables, la edad del menor, el sexo, la convivencia precedente. También se regula el caso de la invalidez del matrimonio, y los efectos del matrimonio putativo, esto es proteger a aquel que actuó de buena fe; en este caso la patria potestad la ejercerá a aquel que actuó de buena fe y el otro quedará en suspenso.

Sin embargo caso diferente es cuando estamos ante una separación convencional, en la que los padres libremente han establecido el régimen de patria potestad, pues bien en este caso no opera la suspensión, tal como claramente lo menciona el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, ya que ambos siguen ejerciendo la patria potestad y el acuerdo gira solo sobre la tenencia y el régimen de visitas a favor de quien no va a gozar de la tenencia.

❖ **Cese Definitivo de la Patria Potestad**

La terminación o acabamiento definitivo de la patria potestad, se producía por causas no imputables a los padres, sino a la desaparición de las razones que justificaban la existencia de la institución, tales como la muerte del hijo, o la cesación de su incapacidad o muerte de los dos padres; esta cesación siempre estaba referida a los dos padres, pues en el

caso de que uno de los dos falleciera, no se estima acabada la patria potestad, pues esta era ejercida en exclusividad por el padre o madre sobreviviente, sin embargo el Código de los Niños y Adolescentes se pone en los supuestos contemplados por el Código Civil, pero también consigna otros referidos a serias y graves inconductas reiterativa del padre o madre, asimismo el cese definitivo puede estar referido a uno solo de los padres o los dos.

✓ **Extinción o Pérdida de la Patria Potestad según el Código los Niños y Adolescentes**

Este cuerpo de leyes identifica la extinción con la pérdida de la patria potestad, en razón de que el término pérdida trasunta un no retomo, el Código Civil de 1984, que utilizaba el termino pérdida para describir una de las formas de cese temporal del ejercicio de la patria potestad.

Está referida a que no solo se regula dentro de esta extinción causales que hacen inútil e innecesaria a la institución, sino también causales referida a inconductas del padre o madre, y que hace aconsejable que éste no vuelva a ejercer nunca más la patria potestad.

a) Por Muerte de los Padres o del Hijo

En el caso de la muerte del hijo, desaparece el fin último de la institución, como es el de velar por el desarrollo integral del menor, y en lo que respecta a la muerte de los padres, si bien es cierto que aún existe un menor por velar, también lo es que,

quienes deben cuidarlo han perecido, y por ello se da pase a otra institución familiar parecida a la patria potestad pero no igual a ella, como es la tutela.

b) Porque el Adolescente Adquiere la Mayoría de Edad.

El hijo al cumplir 18 años de edad sale a la capacidad, y por lo tanto en aptitud natural y legal de cuidarse solo, tanto en lo personal como en lo económico, y en esa circunstancia ya no tiene sentido la existencia de la patria potestad, que precisamente está dirigida a cuidar a un ser incapaz de valerse por sí mismo, a un menor que se encuentra en estado de insuficiencia natural.

c) Por Declaración Judicial de Abandono.

Está referida a la situación particular del menor que por diversos motivos no goza de la protección ni amparo de sus padres, y por lo tanto al no cumplirse los fines de la patria potestad, deberá esta extinguirse, con lo cual se posibilita que el menor ingrese a una familia sustituta; este precepto refiere que el niño y el adolescente que carecen de familia natural, tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado, y que el niño o adolescente no podrá ser separado de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo.

d) Por Haber sido Condenado por Delito Doloso Cometido en Agravio de sus Hijos o en Perjuicio de los Mismos

La patria potestad impone deberes de cuidado y protección respecto de los hijos, quienes incumplan este deber no merecen continuar en el ejercicio de la potestad. Si el padre o madre, no solo no cuida y protege al hijo sino que delinque contra él causándole daño físico o psicológico, o sin aparente daño ha cometido delito, y esta conducta dolosa y delictiva perjudica al hijo, entonces resulta justificado que dicho padre o madre pierda definitivamente la patria potestad.

e) Por Cesar la Incapacidad del Hijo Conforme al Artículo 46 del Código Civil

La incapacidad desaparece cuando el menor deja de serlo, esto es, al llegar a los 18 años de edad, pero no es la única causa que permite salir a la capacidad, en efecto el artículo 46 también es otra vía para alcanzar la capacidad, artículo que fue modificado por la Ley N° 27201, y de cuyo texto es el siguiente: “La incapacidad de las personas mayores de 16 años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este”. Como es de observar en estos casos, el menor que continúa siéndolo, ha adquirido capacidad y por lo tanto la patria potestad habrá perdido su razón de ser.

ANALISIS DEL PROBLEMA

❖ **Constitución Política Del Perú**

Capítulo I

Derechos Fundamentales de la Persona

Defensa de la persona humana

Art. 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Art. 2.- Toda persona tiene Derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos

Art. 4°.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Art. 6°. - La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

❖ **Código Civil Peruano**

Título III-Patria Potestad

Capítulo Único

Ejercicio, contenido y terminación de la Patria Potestad

Noción de Patria Potestad

Art. 418.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Ejercicio conjunto de la patria potestad

Art. 419.- La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo.

Ejercicio unilateral de la patria potestad

Artículo 420.- En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

Patria Potestad de Hijos Extramatrimoniales

Artículo 421.- La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido.

Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad.

❖ **Código de los Niños y Adolescentes**

Libro Tercero - Instituciones Familiares

Título I - La Familia y los Adultos Responsables de los Niños y Adolescentes

Capítulo I

Patria Potestad

Artículo 74º.- Deberes y derechos de los padres.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a)** Velar por su desarrollo integral;
- b)** Proveer su sostenimiento y educación;
- c)** Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d)** Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e)** Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;

- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y,
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004º del Código Civil.

Artículo 75º.- Suspensión de la Patria Potestad. - La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282º y 340º de Código Civil.

Artículo 76º.- Vigencia de la Patria Potestad. - En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad.

Artículo 77º.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad. - La Patria Potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo;

- b)** Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
- c)** Por declaración judicial de abandono;
- d)** Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e)** Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75º; y,
- f)** Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46º del Código Civil.

Artículo 78º.- Restitución de la Patria Potestad. - Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.

El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

Artículo 79º.- Petición de suspensión o pérdida de la Patria Potestad.- Los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés pueden pedir la suspensión o la pérdida de la Patria Potestad.

Artículo 80º.- Facultad del Juez. - El Juez especializado en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público.

El Juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado.

Cuando el niño o el adolescente tienen bienes propios, el Juez procederá según las normas contenidas en el Código Civil.

❖ **Convención Sobre los Derechos del Niño**

Art. 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés

superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en

todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia

de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

DERECHO COMPARADO

❖ Legislación Argentina

El Código Civil Argentino define a la patria potestad como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

A tal efecto, los niños estarán bajo la autoridad y cuidado de sus padres, quienes tendrán la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

El régimen de Patria Potestad argentino tiene como fin que no sea uno solo sino ambos padres los que tomen las decisiones atinentes a la vida y al patrimonio de sus hijos.

De este modo, otorga la titularidad al padre y a la madre, correspondiendo su ejercicio, en el caso de los hijos matrimoniales al padre y a la madre de manera conjunta, en tanto no estén separados o divorciados o su matrimonio fuese anulado. En estos casos regirá una presunción de que los actos realizados por uno de ellos cuentan con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos expresamente previstos por el Código Civil, que más adelante analizaremos.

En caso de separación de los padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro progenitor de mantener una adecuada comunicación con su hijo y de supervisar su educación.

Este desmembramiento da origen al derecho de visitas, que surge como contrapartida al derecho de guarda del progenitor que convive con el niño. Este derecho deber de padres e hijos, denominado derecho de visitas, comprende la adecuada comunicación y la supervisión de la formación integral del niño. Pero no se agota allí, sino que abarca la posibilidad de participar ampliamente en la vida de su hijo y de determinar su lugar de residencia. El Código Civil en su artículo 264 quater, establece, dentro de una serie de supuestos, que se requerirá el consentimiento expreso y conjunto de ambos progenitores para autorizar al niño a salir de la República. Dicha autorización deberá ser requerida no solo para salir del país temporalmente sino también para una eventual radicación en el extranjero.

Como vemos, para el sistema jurídico argentino, la facultad de decidir el lugar de residencia del niño no es potestad exclusiva del progenitor que tiene la tenencia o custodia, sino que por ser un acto de suprema trascendencia para la vida del niño, deberá ser producto de una decisión conjunta de ambos progenitores.

En caso de no mediar acuerdo al respecto, la salida del niño del territorio argentino o su radicación en el extranjero deberán ser dirimidas ante las autoridades judiciales respectivas.

Cabe señalar que los tribunales, si bien intentan persuadir a las partes para que lleguen a un acuerdo, al momento de decidir suelen tener un criterio restrictivo en el otorgamiento de estas solicitudes, debido a las dificultades que puede plantear la adaptación del niño a un nuevo medio, las complicaciones que generaría para el cumplimiento del derecho de visitas del otro progenitor, etc.

El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores establece que debe entenderse por custodia el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. En tal sentido, cabe señalar que, aun cuando dicho cuerpo normativo no prevé la posibilidad de solicitar una restitución cuando el traslado o retención se produjeren en violación de un régimen de visitas, la posibilidad de decidir el lugar de residencia del menor que otorga el derecho argentino al progenitor que no convive con el niño, deja expedita la vía del Convenio.

En efecto, la jurisprudencia internacional ha sostenido reiteradamente que se habilitará la vía del Convenio de La Haya cuando cualquier persona física, tribunal, institución u órgano, que tenga un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción, no sea consultada previamente al traslado o se niegue a él. Es suficiente entonces la existencia de la facultad de decidir acerca de la radicación del menor en el extranjero para que se configure la noción de custodia prevista en el Convenio.

❖ **Legislación Colombiana**

Código Civil.

Artículo 288. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

Artículo 253. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.

Artículo 305. Siempre que el hijo tenga que litigar contra quien ejerce la patria potestad, se le dará un curador para la litis, el cual será preferencialmente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio; y si obrare como actor será necesaria la autorización del juez.

Artículo 306. La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres.

El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se

aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem.

Artículo 307. Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el inciso primero de este artículo o en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o funcionario que la ley designe para que dirima la controversia de acuerdo con las normas procesales pertinentes.

Artículo 310. La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

Artículo 311. La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ellos los parientes del hijo y el defensor de menores.

Artículo 312. La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial.

Convención sobre los Derechos del Niño - Ley 12 del 22 de enero de 1991

“**Artículo 18.** Los Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Código de Procedimiento Civil

“**Procesos verbales.** Proceso verbal de mayor y menor cuantía.

Artículo 247. Asuntos que comprende. Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este capítulo, los siguientes asuntos:

Parágrafo 1°. En consideración a su naturaleza.

2. Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad o de la administración de los bienes del hijo y remoción del guardador.”

Artículo 333. Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:

2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior. Por autorización expresa de la ley.

Proceso verbal Sumario

Artículo 435. Asuntos que comprende, Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos:

Parágrafo 1. En consideración a su naturaleza:

5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez

Decreto No. 2272 de 1989.

Artículo 5. Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos:

En primera instancia:

5. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos”.

❖ **Legislación Boliviana - Código de Familia**

Capitulo III

De La Asistencia Familiar

Artículo 14.- Extensión de la Asistencia

La asistencia familiar comprende todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica.

Si el beneficiario es menor de edad, esta asistencia también comprende los gastos de educación y los necesarios para que adquiera una profesión u oficio.

Articulo 15.- Personas Obligadas A La Asistencia Y Orden

De Prestarla

Las personas que a continuación se indican están obligadas a prestar asistencia a quienes corresponda, en el orden siguiente:

1º El cónyuge.

2º Los padres, y, en su defecto, los ascendientes más próximos de éstos.

3º Los hijos y, en su defecto, los descendientes más próximos de éstos.

4º Los hermanos, con preferencia los de doble vinculo sobre los unilaterales, y entre éstos los maternos sobre los paternos.

5º Los yernos y las nueras.

6º El suegro y la suegra.

Quedan reservados los deberes que se establecen entre esposos y entre padres e hijos por efectos del matrimonio y de la autoridad de los padres.

Artículo 16.- Asistencia En Caso De Adopción

La obligación de asistencia en caso de adopción tiene efecto dentro de los límites establecidos por el artículo 12.

Artículo 17.- Asistencia a los Hermanos Mayores y a los Afines

En casos excepcionales, la asistencia a los hermanos mayores y a los afines será acordada en la medida de lo estrictamente necesario.

Artículo 18.- Concurrencia De Derecho Habientes

Cuando varias personas tienen derecho a reclamar la asistencia de un mismo obligado, y éste no se halla en condiciones de satisfacer las necesidades de cada una de ellas, el juez puede dictar las medidas convenientes teniendo en cuenta la proximidad del parentesco y la posibilidad de que alguna o algunas de las personas reclamantes obtengan asistencia de los obligados de orden posterior.

Artículo 19.- Concurrencia De Obligados

Cuando dos o más personas resultan obligadas en el mismo orden a dar asistencia, se divide el pago entre ellas en proporción a sus recursos económicos.

Si no están en condiciones de concederla en todo o en parte, o existe imposibilidad de demandar a alguna o algunas de ellas y obtener el pronto cumplimiento, la obligación se atribuye total o parcialmente a las personas que se hallen en el orden posterior.

Artículo 20.- Requisitos para la Petición de Asistencia

La asistencia sólo puede ser pedida por quien se halla en situación de necesidad y no está en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia.

Artículo 21.- Fijación de la Asistencia

La asistencia se fija en proporción a la necesidad de quien la pide y a los recursos del que debe darla.

Se tendrá en cuenta la condición personal de las partes y especialmente las obligaciones familiares a que se halla sujeta quien debe prestarla.

Artículo 22.- Cumplimiento de la Obligación de Asistencia

La asistencia se cumple en forma de pensión o de asignación pagadera por mensualidades vencidas, y corre desde el día de la citación con la demanda.

Artículo 23.- Modos Subsidiarios de Suministrar la Asistencia

El juez puede autorizar, a proposición de parte, un modo subsidiario de suministrar la asistencia, distinto al pago de la pensión o asignación fijada, si concurren motivos particulares que lo justifiquen.

Igualmente puede autorizar al obligado a que reciba en su casa al beneficiario, salvo razones graves que hagan inconveniente la medida.

Artículo 24.- Caracteres de la Asistencia

El derecho de asistencia en favor de los menores e incapaces es irrenunciable e intransferible. El obligado no puede oponer compensación por lo que le adeude el beneficiario.

Las pensiones tampoco pueden ser objeto de embargo.

Artículo 25.- Excepciones

Sin embargo, las pensiones pueden cederse o subrogarse con autorización del juez de familia y en la medida que sea necesaria en favor de los establecimientos públicos o privados que suministren asistencia al beneficiario.

Las personas que provean a la subsistencia del beneficiario pueden también reclamar sus créditos y embargar la pensión hasta la quinta parte de esta.

CONCLUSIONES

1. La patria potestad, es una institución cuya función principal es ser protectora de los hijos durante la minoría de edad, o bien cuando son mayores de edad y han sido declarados en estado de interdicción, lo que es una carga impuesta a quien debe ejercerla.
2. Es una institución encargada de proteger la relación del menor de edad o al mayor, que es declarado en estado de interdicción, para la guarda y administración de su persona, y de sus bienes, sin hacer distinciones entre hijos de matrimonio, fuera de matrimonio y adoptivos.
3. También se puede concluir que la patria potestad, es la representación legal que se hace de un menor que se encuentra sometido a nuestro cargo, lo cual nos obliga a representarlo en actos que el solo no puede ejecutar, debido a que por su corta edad o en caso de ser un hijo mayor declarado en interdicción, la ley no le reconoce como un ente jurídico capaz de contraer y hacer efectivas obligaciones jurídicas, por lo cual sus padres o su tutor legal las contraerá en su nombre.
4. La pérdida de la patria potestad, no significa liberación de las varias obligaciones y deberes que los padres tienen para con los hijos, por lo cual el hecho de no ejercerla no les impide que hagan fiel cumplimiento a sus deberes que están legal y moralmente obligados, aunque sinceramente en cuanto a lo moral es circunstancial, pues la mayoría de ellos cumplen con sus compromisos únicamente si es la ley la que los obliga.

RECOMENDACIONES

1. Recomienda al Congreso reformar la normativa correspondiente para que se evite esa suspensión accesoria y se norme la perdida de la misma en beneficio de los hijos cuando los padres son condenados a pena de prisión.
2. Cuanto el menor está expuesto a violencia, maltrato y vejámenes el juez debe de actuar objetivamente protegiendo al menor y entregarlo inmediatamente a una persona, pariente o tutor.
3. Se recomienda al ejecutivo que por medio de una iniciativa de ley presenta al congreso las causales que considera necesarias para que un menor o un interdicto pueda ser entregado a otra persona para su bienestar.
4. Se recomienda que si en su mayoría, las materias familiares son de competencia de jueces “especializados”, pues estos deben mantenerse en constantes capacitaciones, con profesionales expertos en asuntos y trastornos familiares.
5. Aplicar la Tenencia Compartida o Coparental, no como alternativa sino como regla general, implicaría contribuir a relacionar aspectos socio-jurídicos, que con la adecuada aplicación de los criterios y correcta discrecionalidad del juez, se llegue a sostener la familia rota, para que padre y madre puedan coparticipar parentalmente, en consideración a los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, B. (2008). La Tenencia como atributo de la patria potestad y Tenencia Compartida. Derecho & Sociedad.
- Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? Diálogo con la Jurisprudencia. Lima: Ed. Derecho y Sociedad.
- Borda Guillermo. (2002). Manual de Derecho de Familia. 12° Edición Actualizada. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires. p. 309.
- Castañeda, Jorge Eugenio. (2012). Código Civil. Tomo I.6° Edición. Talleres Gráficos. Lima. p. 181 y 183.
- Chunga La Monja Fermín. (2006). El código de los niños y adolescentes. Ley N° 27337. Lima-Perú: Ed. Universidad de San Martín de Porres.
- Código Civil Peruano. Edición Abril 2018. Juristas Editores. Lima
- Código de los Niños y Adolescentes. Edición Abril 2018. Juristas Editores. Lima.
- Diez Picazo, Luis y Gullon, Antonio. (1990). Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. 5° Edición. Editorial Tecnos. Madrid.
- Gallegos Canales, Yolanda y Jara Quispe, Rebeca (2008). citando a López del Carril, Ripert y Boulanger, pág. 315. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima.
- Jimenez Sanjines, Raul (2002). Lecciones De Derecho De Familia y derecho del Menor. Editora Presencia. Pp 358 y 359.
- Lafaille, Hector. (1930). Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires. p. 412.
- Ledesma Narvaéz Marianella. (1995). Ejecutorias con Aplicación del nuevo Código Procesal Civil. Tomo 2. Cuzco: Editorial Cultural Cuzco.
- López Del Carril, Julio (2006). Derecho de Familia. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires-Argentina.

Mosquera, Clara C. (2012). Tenencia de Menor solo Puede ser Ejercida por los Padres. Diálogo con la Jurisprudencia N° 164. Lima

Plácido Vilcachagua, Alex. (2002). Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica, Segunda edición, Lima, pág. 317,318.

Ripert, Georges, y Boulanger, Jean, (1963). Tratado de derecho Civil. Editorial La Ley, Buenos Aires.

Varsi Rospigliosi, Enrique; (2004). Divorcio, filiación y patria potestad; Ed. Grijley; Lima, pág. 240.

Páginas Web

1. Constitución Política del Perú

<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

(Revisado el 10 de Abril del 2018).

2. Convención Sobre los Derechos del Niño

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>(Revisado el

10 de Abril del 2018).

3. Legislación Argentina:

[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo Civil de la Republica Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo%20Civil%20de%20la%20Republica%20Argentina.pdf)

Revisado el 10 de Abril del 2018).



MODELO DE SENTENCIA

CAS. N° 731-2012 LAMBAYEQUE.

SUMILLA: Para sancionar a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, debe preexistir un requerimiento al cumplimiento de la obligación alimentaria. Lima, doce de noviembre de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con los acompañados; vista la causa setecientos treinta y uno –dos mil doce; en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente conforme a ley se **emite la siguiente sentencia:**

I. ASUNTO

En el presente proceso de pérdida de patria potestad, el demandado Juan Ernesto Marcovich Chumbe, interpone recurso de casación a fojas trescientos treinta y tres, contra la sentencia de vista de fecha veintinueve de noviembre de dos mil once, obrante a fojas trescientos cuatro, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Lambayeque, que confirma la sentencia apelada contenida en la Resolución veinte de fecha veintisiete de julio de dos mil once que declara fundadala demanda. I

I. ANTECEDENTES.

DEMANDA:

Por escrito de fojas noventa y nueve, de fecha primero de octubre de dos mil nueve, Ana María Vásquez Navarrete interpone demanda contra Juan Ernesto Marcovich Chumbe; siendo su petitorio la suspensión de la patria potestad de su menor hija Valeria Anette Marcovich Vásquez, y accesoriamente solicita el cumplimiento de la obligación alimenticia a favor de su hija que estima en ochocientos nuevos soles (S/ 800.00), suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los gastos debidamente acreditados para su manutención. Como fundamentos de su pretensión señala: Que de sus relaciones extramatrimoniales, procrearon a la menor Valeria Anette Marcovich Vásquez el veintinueve de setiembre del año dos mil cinco.

El demandado se niega a prestarle una pensión alimenticia; que desde el año dos mil seis, no se ha interesado en el desarrollo integral de su hija, tampoco en la educación de la menor, acudiendo en diminutas ocasiones a su domicilio para supuestamente visitarla. Que por otro lado señala que el demandado ha demostrado una actitud violenta y desatinada hacia ella, siendo denunciado por maltrato físico. Asimismo refiere que a la actualidad la menor ha quedado al cuidado de sus abuelos maternos, pues la demandante emigró a España, en donde incluso ha contraído nupcias con Raúl García Bargues. Durante el periodo de permanencia en España constantemente retornó a Perú para ver a la menor, y por motivo de índole administrativo legal no ha podido llevarla a dicho país, en donde se le negó la visa toda vez que es requisito indispensable presentar además de la autorización de viaje, la demostración de que el cónyuge del ciudadano español tiene la patria potestad o la custodia de la menor, para que la Residencia de la menor se acredite y autorice con fines de Reagrupación Familiar.

En cuanto a la fijación y pago de la pensión alimenticia: Corresponde al demandado proporcionarla; que la menor cursa estudios iniciales y que la recurrente proporciona la pensión que remite desde España. A Fojas ciento cuarenta, de fecha dieciocho de enero de dos mil diez obra el apersonamiento del demandado.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA:

Según acta de audiencia única de fecha dieciocho de octubre de dos mil diez, obrante a fojas ciento noventa y cinco, el Juez de primer grado fija los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si doña Ana María Vásquez Navarrete, brinda las condiciones necesarias con la finalidad de que se le reconozca la Patria Potestad de la menor Valeria Anette Marcovich Vásquez.
2. Determinar si la menor Valeria Anette se viene desarrollando conveniente junto a su madre.
3. Determinar si se ha acreditado con los medios probatorios aportados que es conveniente para la menor que se le suspenda el ejercicio de la Patria Potestad a Juan Ernesto Marcovich Chumbe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fecha veintisiete de julio de dos mil once, obrante a fojas doscientos treinta y cinco, declaró fundada la demanda interpuesta por Ana María Vásquez Navarrete, en consecuencia dispone suspender el ejercicio de la patria potestad a Juan Ernesto Marcovich Chumbe respecto a su menor hija Valeria Anette Marcovich Vásquez. Principalmente dicha decisión se sustentó en las siguientes consideraciones: En el proceso sobre Tenencia registrado con el número cinco mil seiscientos cuarenta y ocho –dos mil nueve, al declararse fundada la demanda se determinó que sea la madre quien se encargue del cuidado de la menor, sentencia que ha sido confirmada por el Superior. Que al recibirse la declaración referencial de la menor, en el expediente de tenencia ha precisado que su madre vive en España y que siempre la visita, hablando constantemente por teléfono con ella, que no recibe la visita de su padre, inclusive duda respecto a quien es su padre, manifestó que no recibe llamadas por teléfono de su padre, que es su madre quien envía dinero para sus gastos. En el expediente de alimentos se tiene que el demandado se encuentra obligado a acudir a favor de su menor hija con trescientos cincuenta nuevos soles (S/ 350.00); que desde la notificación con la demanda hasta el final del proceso solo ha depositado la suma de doscientos cincuenta nuevos soles (S/250.00), de lo que se colige que no es una persona responsable en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. Se debe valorar la conducta procesal del demandado, quien pese a haber sido notificado válidamente con la demanda no la absolvió.

RECURSO DE APELACIÓN:

A fojas doscientos cincuenta y ocho, el demandado Juan Ernesto Marcovich Chumbe, interpone recurso de apelación, con fecha nueve de agosto de dos mil once contra la sentencia; siendo sus principales fundamentos:

1. El no haberse notificado la demanda vulnerándose su derecho.
2. No se ha proveído adecuadamente su petición de reprogramación de la Audiencia Única.
3. No es verdad que el apelante haya abandonado a la menor Valeria Anette Marcovich Vásquez, sino más bien la demandante ha sido quien la abandonó para irse a España, donde

posteriormente iban a ir la menor y el apelante, sin embargo al haber contraído nuevas nupcias no llegó a ser posible. 4. No se han meritado las copias certificadas las cuales aduce probar que ha pagado sus obligaciones alimentarias.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque mediante resolución de vista de fecha veintinueve de noviembre de dos mil once, obrante a fojas trescientos cuatro, confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda, con lo demás que contiene. Principalmente dicha decisión se sustentó: Que, en autos se ha acreditado la existencia del Proceso Judicial tramitado como expediente número seiscientos ochenta y cuatro – dos nueve, en el que se ha establecido la obligación del demandado de asistir a la menor Valeria Anette Marcovich Vásquez con la suma de trescientos nuevos soles mensuales (S/300.00), (fojas ciento sesenta nueve), no obstante los documentos copiados a fojas ciento cincuenta a ciento cincuenta y ocho, del acompañado sobre alimentos, acreditan que el apelante pese a tener anticipado conocimiento del proceso de alimentos, instaura otro proceso de ofrecimiento de pago y consignación y realiza en dicha causa consignaciones por concepto de alimentos a partir de la notificación de la demanda de alimentos (aun considerando los importes que pretende hacer constar a fojas doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y cuatro de estos autos), al no existir la acreditación emitida en el proceso de alimentos en el sentido que el apelante se haya encontrado al día en sus obligaciones alimentarias debe asumirse que el demandado ha incurrido en la causal a que se contrae el artículo 75 inciso f) de la Ley 27337. En consecuencia no existe error de hecho o de derecho que ponga en esencial cuestión la corrección de la decisión que se recurre, sin perjuicio de tenerse en cuenta que la resolución número diez ha dejado establecido que la demanda ha sido bien notificada al apelante, que la citación a la audiencia única le fue emplazada con la anticipación y la solicitud de reprogramación fue ingresada al juzgado dos días después de la emisión del Certificado de fojas ciento noventa y ocho, el mismo que día de la audiencia, y sin dejar de considerar la irrelevancia y

la falta de prueba del supuesto abandono que alude la recurrente o la conexión lógica entre su posición impugnatoria y el alegado estado de crisis del país de residencia de la actora.

RECURSO DE CASACIÓN:

Contra la resolución dictada en la Sala Superior, el demandante Juan Ernesto Marcovich Chumbe, interpone recurso de casación con fecha trece de enero de dos mil doce, a fojas trescientos treinta y tres, denunciando las siguientes infracciones: Infracción Normativa del inciso 3° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, y la última parte del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil; señala que las instancias de mérito infringen el debido proceso al haber omitido valorar las pruebas instrumentales presentadas oportunamente por el recurrente y que acreditan que ha cumplido con acudir con la pensión de alimentos a favor de su hija, colisionando con el artículo 197 del Código Procesal Civil. Infracción Normativa del inciso f) del artículo 75 de la Ley 27337. Alega que el Ad quem sustenta su decisión en la indicada norma, que señala que la patria potestad se suspende por negarse a prestar los alimentos, sin embargo resulta falso lo alegado ya que viene acudiendo a favor de su hija como ha acreditado con las instrumentales presentadas en autos; agrega que las instancias inferiores han omitido merituar las pruebas instrumentales que acreditan que el recurrente ha dado cumplimiento a su obligación alimentaria a favor de su menor hija, basando la resolución confirmatoria en un hecho contrario a la verdad, esto es que tenía conocimiento anticipado de la existencia del juicio de alimentos sin embargo instauró la acción de ofrecimiento de pago. Este upremo Tribunal, mediante resolución de fecha diez de abril de dos mil trece del cuaderno respectivo, declara procedente el referido recurso por las infracciones antes anotadas.

III. CUESTIÓN JURIDICA EN DEBATE

La cuestión jurídica materia de debate en esta Sede Casatoria consiste en determinar si la sentencia de mérito vulneró el derecho a un debido proceso, merituándose todos los medios probatorios.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

Primero.- Que, ante todo, en materia de casación es factible ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio

Segundo.- Que, habiéndose declarado procedente el recurso por la causal de infracción normativa material y procesal, en primer término debe dilucidarse la causal relativa a la infracción normativa procesal, por cuanto en caso se declare fundada por dicha causal y en atención a su efecto nulificantes, carecería de objeto emitir pronunciamiento respecto de la otra causal de derecho material.

Tercero.- Que, respecto a la denuncia formulada por el recurrente es pertinente señalar que el derecho al debido proceso, previsto en el inciso 3º del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, comprende un haz de derechos; así el debido proceso protege el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a la motivación de las resoluciones-entre otros derechos- el de obtener una resolución fundada en derecho y mediante sentencias en las que los jueces y tribunales, expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, dispositivo que resulta concordante con lo preceptuado el inciso 3º del artículo 122 del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del mismo modo no puede dejarse de anotar que el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, señala que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso; esto es, el justiciable no solo tiene derecho a acceder al proceso en el ejercicio de su acción, sino ha de usar los mecanismos procesales con el fin de defender su derecho durante el proceso.

Cuarto.- Que, el numeral 197 del Código Procesal Civil regula la valoración de la prueba al señalar que “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones

esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. En virtud del numeral glosado, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en litis, como lo señala el autor Bustamante Alarcón 1, “si el derecho a probar tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por los sujetos procesales, este derecho sería ilusorio si el Juez no apreciara razonadamente todos los medios probatorios actuados en el proceso con el fin de sustentar su decisión”.

Quinto.- Que, si bien no está dentro de la esfera de las facultades de la Corte de Casación provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que han dado base a la sentencia recurrida, los que formaron convicción para expedir su respectivo pronunciamiento; no es menos cierto que en algunos casos, la arbitraria evaluación de la prueba por la instancia inferior, origina un fallo con una motivación aparente que no corresponde a los criterios legales ni para la selección del material fáctico, ni para la apreciación lógica y razonada de la prueba o en algunos casos se vulnera el derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar sus afirmaciones, lo que faculta a esta Sala Casatoria a revisar la actividad procesal en materia de prueba, toda vez, que no sólo la admisión y la actuación del medio probatorio constituye una garantía del derecho fundamental a probar, sino además que este medio de prueba –incorporado al proceso por los principios que rigen el derecho probatorio, como pertenencia, idoneidad, utilidad y licitud-sea valorado debidamente.

Sexto.- Que, en el presente caso, se constata que el recurrente denuncia la infracción del principio antes glosado, pues, refiere que no se habría realizado la debida valoración de los medios probatorios; -que acredita, que ha cumplido con acudir con la pensión de alimentos a favor de su hija-; sin embargo, de los numerales 6.3 y 6.4 de los fundamentos de la sentencia de vista se advierte que: “ (...) En autos se acreditado la existencia del proceso Judicial tramitado como

expediente Número seiscientos ochenta y cuatro – dos mil nueve (5JPLCH) en que se ha establecido la obligación del demandado en asistir a la menor Valeria Anette Marcovich Vásquez con la suma de trescientos cincuenta y 00/100 nuevos soles mensuales, conforme es de verse en el texto de la sentencia revisora de folios ciento sesenta y nueve a ciento setenta y tres de dicho acompañado, y, como también es de verse del Asiento de folios cuarenta y dos del mismo expediente, dicha obligación alimentaria es exigible a partir de la notificación con la demanda de alimentos; es decir, desde el dos de noviembre de dos mil nueve. (...) No obstante los documentos copiados de folios ciento cincuenta y uno a ciento cincuenta y ocho del acompañado sobre Alimentos acreditan que el apelante, pese a tener anticipado conocimiento el trámite de la citada causa en su contra, procede a instaurar otro expediente (Ofrecimiento de pago y consignación) y realiza en dicha causa consignaciones por el concepto alimentario total a partir de la notificación con la demanda de alimentos (aun considerando los importes que pretende hacer contar a folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y cuatro de estos autos), por lo que, al no existir la acreditación emitida en el proceso de alimentos en el sentido que el apelante se haya encontrado al día en sus obligaciones alimentarias debe asumirse que el demandado ha incurrido en la causal a que se contrae el artículo 75 – F de la Ley 27337 por lo que el fundamento estimatorio de la apelada resulta ser el correcto”; se advierte de lo expuesto que los órganos de instancia al resolver el proceso han valorado el material probatorio aportado al proceso, entre ellos, el expediente seiscientos ochenta y cuatro – dos mil nueve, que en su interior obran los documentos, realizando un estudio conjunto de las pruebas en sus elementos comunes, conexiones directas e indirectas, integrándolas en un todo coherente, con la finalidad de tener una visión integral de los medios probatorios y arribar a las conclusiones que se requirió al emplazado al cumplimiento de sus obligaciones alimentaria a favor de su hija; y que el demandado a pesar de tener conocimiento de la existencia de dicho proceso en su contra inició otro proceso en el cual presuntamente de forma voluntaria ofrece pago de una pensión alimentaria a favor de la niña; y además no ha acreditado que

se encuentre al día en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias. Siendo ello así en el caso de autos no se ha configurado las causales procesales denunciadas.

Sétimo.- Que respecto a la infracción normativa del inciso f) del artículo 75 de la Ley 27337, dispositivo que señala: “Suspensión de la Patria Potestad (...) f) Por negarse a prestarles alimentos. De acuerdo a la norma glosada, se recoge como supuesto fáctico para la suspensión del ejercicio de la patria potestad la negativa del padre o de la madre a prestar alimentos a sus hijos. La negación del cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de uno de los padres implica la vulneración de uno de los deberes fundamentales del ejercicio de la patria potestad, conforme lo regulado por el inciso 6° de la Constitución y el artículo 74 del Código del Niño y Adolescentes. En efecto, desatender a un hijo en sus necesidades alimentarias, conforme al concepto que desarrolla el artículo 92 del ordenamiento legal antes mencionado, evidencia además de desapego efectivo, violación al derecho a la vida y desarrollo integral de un hijo, lo que no resulta congruente con relaciones de parentesco derivadas del vínculo paterno filial, de allí que en el ámbito penal se tipifique y sancione como delito la omisión al cumplimiento de la obligación alimentaria. Para sancionar a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, debe preexistir un requerimiento al cumplimiento de la obligación alimentaria; esto es, que necesariamente se debe haber instaurado un proceso de alimentos contra aquél, en el que se haya fijado una pensión que se omite o es renuente a cumplir, pues de lo contrario, es de suponer que se cumple con dicha obligación.

Octavo.- Que de lo indicado precedentemente, la sentencia de vista ha analizado en sus considerandos 6.3 y 6.4, que existe un proceso judicial tramitado con el expediente seiscientos ochenta y cuatro – dos mil nueve (5JPLCH), en el que se ha establecido la obligación del demandado de asistir a su menor hija con una pensión de trescientos cincuenta nuevos soles (S/ 350.00); sin embargo, a pesar de tener conocimiento de dicho proceso el demandado instauró otro expediente de ofrecimiento de pago y consignación. De ello se verifica que el demandado no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, ya que sólo acreditó el pago de

doscientos cincuenta nuevos soles (S/ 250.00) conforme consta en dicho expediente, incurriendo el demandado en la causal del artículo 75 literal f) de la ley 27337.

Noveno.- Que estando a lo expresado en la instancia de mérito se desprende que se ha valorado los medios probatorios, habiendo justificado con los fundamentos de hecho y de derecho, por tanto no se corrobora las infracciones normativas denunciadas, por lo que debe desestimarse las causales denunciadas.

V. DECISIÓN:

Por tales consideraciones, de conformidad con el dictamen de señor fiscal Supremo en lo civil; y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil: 1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas trescientos treinta y tres, interpuesto por Juan Ernesto Marcovich Chumbe, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veintinueve de noviembre de dos mil once, obrante a fojas trescientos cuatro, que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda de pérdida de patria potestad, con lo demás que contiene. 2. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad, y los devolvieron; en los seguidos por Ana María Vásquez Navarrete con Juan Ernesto Marcovich Chumbe, sobre pérdida de patria potestad. Intervino como ponente la Jueza Suprema señora Estrella Cama.- SS. ALMENARA BRYSON, HUAMANI LLAMAS, ESTRELLA CAMA, RODRIGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS

ANEXO