

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA PROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS COMO VÍA EXCEPCIONAL
EN LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADA

AUTOR:

BACH. QUIROZ QUISPE, ELIANA NELIMAR

ASESOR:

Dr. Abg. ROBERTO ALEJANDRO PALACIOS BRAN

TRUJILLO- PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mis queridos padres: quienes, con su paciencia, orientación y apoyo económico, han permitido que se concrete mi formación académica como abogada en esta prestigiosa universidad.

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento especial a los profesores que contribuyeron en mi formación como persona de derecho, a mis amigos que estuvieron siempre en momentos difíciles, y a las personas que colaboraron en el desarrollo de la tesis.

RESUMEN

El presente informe de tesis tuvo como objetivo general el determinar de qué manera la regulación de la obligación alimentaria contenida en el artículo 345-A del Código Civil influye en el acceso a la justicia del cónyuge demandante.

En la etapa de recopilación de información para la elaboración de la dispersión temática de los capítulos del marco teórico se utilizó las fuentes de consulta como son libros, revistas jurídicas, legislación nacional y comparada, jurisprudencia, empleando los métodos exegéticos dogmáticos y hermenéuticos jurídicos y como instrumento de acopio de información las fichas de registro y de investigación. En cuanto a los resultados de la investigación desarrollados en los capítulos del marco teórico se obtuvo que la obligación alimentaria como expresión del deber de solidaridad se relaciona con el derecho a la vida y dignidad humana y constituye una obligación alimentaria que le impone la ley a las personas obligadas; la separación de hecho de los cónyuges como causal de divorcio aparece como causal de separación de cuerpos y divorcio con la dación de la La Ley N^o 27495 en donde las partes puede fundar su demanda en hecho propio ya que se enmarca dentro de la teoría del divorcio remedio; y que la exigencia de estar al día en los pagos de alimentos es en favor del otro cónyuge, y en la jurisprudencia la Casación N^o 2414-2006-Callao y la Casación N^o 4310-2014-Lima se adhieren parcialmente a este criterio.

La conclusión principal del trabajo de investigación es que la regulación de la obligación alimentaria contenida en el artículo 345-A del Código Civil influye de manera negativa en el acceso a la justicia del cónyuge demandante, ya que al trasladar la exigencia procesal a los hijos como beneficiarios impone una muralla legal que dificulta su concreción, por lo que se recomienda su modificación en el sentido de considerar unidamente al cónyuge demandado.

Palabras claves: Obligación alimentaria, acceso a la justicia.

ABSTRACT

The general objective of this thesis report was to determine how the regulation of the food obligation contained in article 345-A of the Civil Code influences the access to justice of the demanding spouse.

In the information gathering stage for the elaboration of the thematic dispersion of the chapters of the theoretical framework, the sources of consultation were used, such as books, legal journals, national and comparative legislation, jurisprudence, using the dogmatic and legal hermeneutic exegetical methods and as information collection tool registration and research files. Regarding the results of the research developed in the chapters of the theoretical framework, it was found that the food obligation as an expression of the duty of solidarity is related to the right to life and human dignity and constitutes a food obligation that the law imposes on obligated people; the de facto separation of the spouses as a cause of divorce appears as a cause of separation of bodies and divorce with the giving of the Law No. 27495 where the parties can base their claim on their own since it is part of the theory of divorce remedy; and that the requirement to be up-to-date with food payments is in favor of the other spouse, and in the case-law, Cassation No. 2414-2006-Callao and Cassation No. 4310-2014-Lima adhere partially to this criterion.

The main conclusion of the research work is that the regulation of the alimentary obligation contained in article 345-A of the Civil Code negatively influences the access to justice of the demanding spouse, since by transferring the procedural requirement to the children as The beneficiaries impose a legal wall that hinders its concretion, for which reason it is recommended to modify it in the sense of considering the requested spouse jointly.

Keywords: Food obligation, access to justice.

ÍNDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	5
CAPITULO I	8
1.1. Planteamiento del problema	8
1.2. Enunciado	16
1.3. Hipótesis	16
1.3.1. Variables	16
1.4. Objetivos	16
1.4.1. General	16
1.4.2. Específicos	17
1.5. Material y procedimientos	17
1.5.1. Material	17
1.5.2. Métodos, técnicas e instrumentos	17
1.5.3. Procedimiento	19
1.5.4. Presentación de los datos	20
CAPITULO II	21
1. Introducción	21
2. Antecedentes	23
2.1. Históricos	23
2.2. Nacionales	27
2.2.1. En la doctrina	27
2.2.2. En la legislación	31
3. Naturaleza jurídica	36
4. Finalidad	37
5. Procedencia	40
6. Tipología	42
6.1. En la jurisprudencia	42
6.2. En la doctrina	45

CAPITULO III	50
1. Nociones generales de la familia	50
2. Instituciones tutelares de la familia	55
2.1. Tenencia del menor	55
2.1.1. Definición	55
2.1.2. Etapas	59
2.1.3. Determinación	61
2.1.4. Tipología	66
2.2. Régimen de visitas	69
2.2.1. Definición	69
2.2.2. Finalidad	73
2.2.3. Características	75
2.2.4. Determinación	78
CAPITULO IV	80
1. Contexto socio-jurídico	80
2. Argumentos para la procedencia del habeas corpus en la tenencia y régimen de visitas	83
2.1. En la doctrina nacional	83
2.1.1. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella	83
2.1.2. Derecho a crecer en ambiente de afecto y seguridad moral 86	
2.1.3. Principio de protección especial del Niño	88
2.1.4. Principio del Interés Superior del Niño	90
2.2. En la jurisprudencia nacional	92
3. Propuesta normativa	99
3.1. Exposición de motivos	99
3.2. Texto propuesto del artículo 25 del CPC	102
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	107
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

En el ámbito internacional los avances científicos y las nuevas formas de convivencia social han influenciado en el derecho de la familia para poder adecuarlo a las nuevas relaciones familiares que se han suscitado como consecuencia de la interacción de sus miembros, en donde se les otorga un tratamiento jurídico en un plano de igualdad de derechos y garantías a todas las personas involucradas en un conflicto familiar; en esa óptica proteccionista del derecho de familia, juegan un papel preponderante los derechos fundamentales concebidos como derechos inherentes a la persona humana, que han merecido la preocupación de los Estados a efectos de brindar una adecuada protección, garantizando una vigencia efectiva con diferentes mecanismos.

En el ámbito local, esta coyuntura ha llevado al derecho de familia a entrar en un proceso activo y progresivo de transformación desplegado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que de forma progresiva y reiterada ha venido aplicando el proceso de Habeas Corpus como medio extraordinario para casos de derecho de familia como régimen de visitas y tenencia; así se tiene que en el expediente N° 01317-2008-PHC/TC se hace referencia al hábeas corpus como vía de protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, cuyos fundamentos más destacados de la mencionada resolución se centra en:

“...Que, el proceso de hábeas corpus en su evolución jurisprudencial, constituye una vía de protección de la esfera subjetiva de libertad de la persona; por tanto, restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, no sólo incide sobre el contenido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, sino que se opone también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad...”.

Del análisis de la resolución del Tribunal Constitucional, queda claro que el proceso constitucional de Habeas Corpus que tradicionalmente se basaba en la protección de derechos fundamentales de la persona, en especial se orientaba a la interpretación restringida de la libertad personal, y se centraba exclusivamente en la protección de la libertad física, corporal y ambulatoria de la persona humana; como consecuencia de la evolución del derecho que tiene que normar la realidad social imperante, amplió su ámbito de protección de los derechos fundamentales, amparando otros derechos conexos que están directamente relacionados con el derecho de familia, como es el derecho al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares, este derecho se sustenta en que la constitución reconoce a la familia como organización social y célula básica de la sociedad independientemente si se trata de una familia ensamblada o adoptiva; su protección obedece a la aplicación irrestricta del principio del interés superior del niño acorde a la observancia de la ordenanza número 14 de

la corte internacional de derechos humanos; el derecho a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material ya que en el interior de la familia es donde se desarrolla el carácter y la personalidad del menor; finalmente el derecho a tener una familia y no ser separado de ella aun cuando los padres estén separados o divorciados, nada debe impedir que el menor este en contacto con ambos padres, ya que lo que se rompe o disuelve es el vínculo de afinidad pero el de consanguinidad con respecto a sus hijos subsiste y este no puede verse restringido salvo en los casos establecidos por la ley; estos derechos están relacionados con las instituciones familiares como la tenencia y el régimen de visitas, y que ahora recaen sobre el ámbito de protección del proceso de hábeas corpus.

Por otro lado, en el expediente N° 1817-2009-PHC/TC el Tribunal Constitucional señala que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, también merece protección constitucional a través del proceso de hábeas corpus, su fundamento estriba en:

“...Que, en el proceso de hábeas corpus, y en virtud del principio iura novit curia se estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal han sido vulnerados, sino también el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material...”

Ésta resolución del Tribunal Constitucional asume la postura de la anterior resolución N° 01317-2008-PHC/TC en el sentido de amparar materias del

derecho de familia como ámbito de protección del proceso constitucional del habeas corpus; pero su diferencia en sus fundamentos es que parte de la premisa de que el habeas corpus protege el derecho a la libertad personal y seguridad de la persona, luego prosigue en su análisis para establecer que cuando un menor es separado de su familia o respecto de uno de sus padres, no solo pone en riesgo el derecho del menor a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, si no que se evidencia que estos hechos tienen relación directa con el derecho a la libertad física e integridad de la persona, por cuanto en muchos casos el padre que tiene la tenencia del menor no permite que el otro padre lo vea bajo el régimen de visitas, reteniéndolo de manera abusiva e inclusive llegando amenazar al menor; este panorama fue valorado por el Tribunal Constitucional y estableció que si bien los derechos que se le reconocen a los menores de tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material son pasibles de protección en la vía civil u ordinaria; sin embargo, en virtud del principio del interés superior del niño, también son merecedores de protección constitucional a través del proceso constitucional de Hábeas Corpus como vía excepcional por estar relacionado con la libertad física de la persona. Finalmente, en el expediente N° 02892-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional refiere que en determinados casos de tenencia de un menor y régimen de visitas procede la protección vía el proceso de habeas corpus:

“...La demanda de hábeas corpus sobre la tenencia tiene relevancia constitucional, cuando se impide el contacto de los hijos con uno de los padres porque ello vulnera el derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral...”

En la resolución antes citada, el Tribunal Constitucional vuelve a reiterar su línea jurisprudencial de la procedencia del proceso constitucional del habeas corpus en el ámbito del derecho de familia, especialmente hace mención que en determinados casos de tenencia de un menor y del régimen de visitas donde se evidencie que existe un acto violatorio de los derechos del menor a tener una familia constituida, a crecer en un ambiente pleno de afecto y de seguridad moral y material e inclusive el Tribunal Constitucional resalta que puede estar relacionado con la integridad personal del menor y otros derechos fundamentales; en todos estos supuestos descritos, en opinión del Tribunal Constitucional existe relevancia constitucional y por ende es factible que estos hechos sean de su conocimiento a través de la vía excepcional del proceso de habeas corpus, poniendo énfasis en que tampoco se permita su ejercicio abusivo del derecho y conviertan al proceso de habeas corpus en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia y régimen de visitas.

A nivel doctrinario CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2018) sostiene que es viable la procedencia del habeas corpus en materia de derecho de familia, para lo cual precisa:

“...En tanto la tenencia y el régimen de visitas no resultan eficaces a la protección de los principios de protección especial e interés superior del niño y a los derechos a crecer en ambiente de afecto y de seguridad moral y material, a tener una familia y no ser separado de ella; en tanto no basta con tener sentencia favorable para garantizar su eficacia, por lo que, en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de hábeas corpus, a fin de hacer efectivo la sentencia judicial a favor de uno de los padres...”.

Este autor esboza los fundamentos jurídicos que justifican el uso del hábeas corpus en el derecho de familia, partiendo de que la problemática está orientada a que siendo el proceso constitucional de hábeas corpus de naturaleza especial que protege la libertad individual corporal por antonomasia, se extienda al ámbito del Derecho de Familia, a fin de proteger la libertad, la dignidad, la libertad personal de la familia y de los menores, ya que no basta con tener sentencia favorable que ordene la tenencia o el régimen de visitas a favor de uno de los padres para garantizar su eficacia jurídica, razón por la cual en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de hábeas corpus para hacer efectivo la sentencia judicial a favor de uno de los padres.

Igualmente, LOBATO VARGAS, Karen (2016) propone la procedencia del habeas corpus en la tenencia y régimen de visitas precisando que:

“...Una sentencia emitida con fecha 2 de junio del 2009, no ha podido ser ejecutada hasta el 2014, razón como la expuesta hacen necesario plantear una salida eficaz a dicho problema; se propone sostener la procedencia de la Garantía Constitucional de Hábeas Corpus en el Derecho de Familia en casos relacionados con la tenencia y el régimen de visitas, cuando las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria son desbordadas”.

La autora en su tesis de grado sobre la garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia sobre tenencia y régimen de visitas, deja claramente establecido cual es el escenario para la procedencia del habeas corpus en materia de derecho de familia, al referirse que cuando las posibilidades de actuación de los operadores jurídicos que laboran en la jurisdicción ordinaria se ven desbordadas; ello se puede graficar en que la realidad judicial a nivel nacional con ciertas excepciones, demuestra que una vez establecida por el A quo la tenencia y el régimen de visitas en favor de uno de los padres o de los familiares mediante sentencia consentida o ejecutoriada, dicha resolución en la mayoría de los casos puede tomar meses e incluso años en poder ser ejecutada prolongando su eficacia jurídica en el tiempo, en donde el más perjudicado es el menor ya que en ese tiempo no podrá reunirse o visitar a su otro padre afectando con ello su derecho a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; esta coyuntura obedece en muchos casos por la excesiva

carga procesal, pero también existen casos en donde la culpa corresponde a la pasividad de las partes o la falta de impulso de oficio del magistrado.

En conclusión, teniendo en cuenta los criterios del Tribunal Constitucional que de manera reiterada establece su línea jurisprudencial a favor de la procedencia del proceso constitucional del habeas corpus en el ámbito del derecho de familia, especialmente en las instituciones jurídicas de tenencia de un menor y del régimen de visitas aunado a los aportes doctrinarios de los citados autores que esbozan los fundamentos socio-jurídicos que justifican la procedencia del proceso constitucional del hábeas corpus en el derecho de familia; y la influencia positiva que ha tenido el desarrollo del proceso de habeas corpus a nivel jurisprudencial en la protección de los derechos de tenencia y régimen de visitas en la protección del vínculo familiar, venciendo el paradigma tradicional que el habeas corpus se limitaba a la defensa de la libertad en su expresión limitada y restringida, todo ello me lleva a recomendar en aras de uniformizar su aplicación para una justicia predecible e igualitaria, la modificación de la parte in fine del artículo 25 del Código Procesal Constitucional en el sentido de que debe incluir como uno de los derechos constitucionales conexos con la libertad personal al principio de protección del vínculo familiar.

1.2. Enunciado

¿De qué manera la procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas repercute en la protección del vínculo familiar?

1.3. Hipótesis

- La procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas repercute de manera positiva en la protección del vínculo familiar, siendo necesario su inclusión como derecho conexo de la libertad personal en la parte in fine del artículo 25 del Código Procesal Constitucional en aras de uniformizar el criterio jurisprudencial para una justicia predecible e igualitaria.

1.3.1. Variables

- Variable independiente

La procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas.

- Variable dependiente

La protección del vínculo familiar.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

- Determinar de qué manera la procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas repercute en la protección del vínculo familiar.

1.4.2. Específicos

- Describir los aspectos generales del proceso constitucional del habeas corpus en el derecho nacional.
- Explicar la tenencia del menor y el régimen de visitas como instituciones tutelares del derecho de familia.
- Analizar la procedencia del habeas corpus en la tenencia y régimen de visitas a la luz de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1.5. Material y procedimientos

1.5.1. Material

A.- Fuentes de consulta

- Libros de doctrina nacional y comparada.
- Revistas especializadas en materia constitucional y familia.
- Legislación nacional.
- Tesis o artículos científicos.
- Constitución Política de 1993.
- Código civil de 1984.
- Código procesal constitucional.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Páginas de internet.

1.5.2. Métodos, técnicas e instrumentos

A- Métodos

- **Inductivo-deductivo**

Este método permitió hacer inferencias desde su esfera particular (La procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas) para dar explicaciones que se pudieron generalizar al todo como unidad (demostrar que repercute de manera positiva en la protección del vínculo familiar, siendo necesario incluirlo como derecho conexo de la libertad personal en la parte in fine del artículo 25 del Código Procesal Constitucional en aras de uniformizar el criterio jurisprudencial para una justicia predecible e igualitaria).

➤ **Analítico-sintético**

Método que permitió describir la realidad problemática referente a la procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas y cómo repercute en la protección del vínculo familiar, para lo cual se realizó la descomposición de sus objetivos en distintos capítulos materia de análisis, y luego se procedió a través de la síntesis a dotarles de un sentido común y unitario que se plasmó en las conclusiones.

➤ **Hermenéutico jurídico**

Este método permitió el análisis de las normas jurídicas tanto constitucionales sobre el habeas corpus y la institución de la familia, así como normas civiles sobre las

instituciones familiares de la tenencia y el régimen de visitas.

B- Técnicas

➤ Fichaje

Técnica apropiada para investigaciones cualitativas, que permitió el acopio de información o datos relevantes para la investigación, siendo las fuentes la doctrina, legislación nacional y comparada y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

C- Instrumentos

➤ Fichas

Este instrumento de recolección de datos cualitativo, permitió a través de las fichas de registro el acopio de información tipográfica, mientras que las fichas de contenido son idóneas para la transcripción literal o resumida sobre la información relevante del tema de investigación que fue plasmada en los capítulos del marco teórico.

1.5.3. Procedimiento

En la realización del presente trabajo de investigación se realizaron las siguientes actividades:

- Se recopiló información de las fuentes bibliográficas en las fichas de registro y contenido.
- Se realizó el procesamiento de la información acorde con los objetivos específicos de investigación por capítulos.

- Se analizó la información doctrinaria y legislativa sobre la procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas.
- Se explicó de qué manera la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la doctrina coadyuvan favorablemente en la necesidad de protección del vínculo familiar.
- Se redactaron las conclusiones en base a los objetivos específicos, así como las recomendaciones del trabajo de investigación como es la inclusión de la protección del vínculo familiar como derecho conexo de la libertad personal en la parte in fine del artículo 25 del Código Procesal Constitucional.

1.5.4. Presentación de los datos

La investigación realizada es de naturaleza cualitativa, y su diseño de contrastación es descriptivo, donde se explica las variables de estudio, los cuales fueron presentados por capítulos que guardan relación con los objetivos de la investigación.

CAPITULO II

LOS ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DEL HABEAS CORPUS EN EL DERECHO NACIONAL

1. Introducción

En mayo del 2004 entró en vigencia la Ley N° 28237 “Código Procesal Constitucional”, cuerpo normativo que permite viabilizar la concreción de la defensa de derechos fundamentales de la persona que han sido amenazados o vulnerados, a través de instrumentos procesales como es la implementación de procesos constitucionales regulados desde el artículo 25° al 113°, empezando con el proceso de habeas corpus, el proceso de amparo, proceso de habeas data, cumplimiento, voluntad popular, inconstitucionalidad y competencial; pero la doctrina comentando la norma constitucional agrega otro proceso como es el control difuso regulado en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, al respecto PALOMINO MANCHEGO, José y PAIVA GOYBURU, Dante (2017) expresan:

“...La creación de esta norma era indispensable, toda vez que en el artículo 200 de la Constitución Política de 1993 se dispuso que mediante una Ley Orgánica se regulaba el ejercicio de las denominadas garantías constitucionales: acción de habeas corpus, acción de amparo, acción de hábeas data y acción de incumplimiento, así como los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o

ilegalidad de las normas que resultaran de las demandas de acción de inconstitucionalidad y la acción popular. Por tanto, el Código Procesal Constitucional venía a ocupar el espacio de esa norma pendiente”.

Los procesos constitucionales tienen como finalidad por un lado garantizar la primacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas y por otro lado la defensa de los derechos fundamentales que la Carta Magna reconoce a la persona; en se sentido CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006) señala:

“La finalidad de los procesos constitucionales consiste en preservar la integridad del derecho constitucional y en consecuencia hacer cesar de modo rápido toda situación de restricción, sacrificio o violación que pudiera sufrir su contenido los derechos de rango constitucional. Por ello, la finalidad esencial de los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

PALOMINO MANCHEGO, José y PAIVA GOYBURU, Dante (2017) precisan que determinados procesos constitucionales tienden a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados y otros procesos constitucionales están más orientados a la defensa de la supremacía constitucional, al agruparlos:

“a) Procesos de tutela de derechos: Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales.

Corresponden a este tipo de procesos: el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento. b) Procesos de control normativo: Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de Ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de rango inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección (sistema de fuentes prescrita por nuestra Constitución Política). c) Proceso de conflicto competencial: Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, los órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades) Aquí se encuentra el proceso competencial”.

2. Antecedentes

2.1. Históricos

Los antecedentes históricos del proceso constitucional del habeas corpus nos remontan al derecho romano con “el Interdicio de Homine Libero Exhibendo” que significa “Exhibe el hombre libre que retenéis

con dolo malo”, el cual, formaba parte del contenido del Digesto; así también lo refiere LOBATO VARGAS, Karen (2016) al señalar:

“El Hábeas Corpus viene a ser una de las garantías constitucionales más antiguas y de innegable contenido histórico, ya que, desde la antigua Grecia, pasando por el Interdicio de Homine Libero Exhibendo, en Roma, que fue un mecanismo cuya finalidad fue proteger el derecho de la libertad personal contra aquellos que indebidamente o arbitrariamente retuvieran en su poder a los hombres libres (exhibe el hombre libre que retenéis con dolo malo), el cual fue parte del contenido del Digesto en el título XXIX, libro XLIII; no procediendo a favor de siervos y esclavos”.

ETO CRUZ, Gerardo (2011) comentando los antecedentes considera que la concepción de hábeas corpus en el derecho romano es catalogada como la percepción clásica de este instituto y como el instrumento non plus ultra de tutela de la libertad individual, al expresar:

“En el año 533 D.C. aparece en Roma la institución denominada Interdicto Romano del Hombre Libero Exhibendo, consistía en la interposición de una acción posesoria con la finalidad de que se exhiba el cuerpo del hombre que había sido privado dolosamente de su libertad. Esta concepción de hábeas corpus ha sido

catalogada como la percepción clásica de este instituto y como el instrumento non plus ultra de tutela de la libertad individual, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron ius movendi et ambulandi o lo que los anglosajones denominaron power of de locomotion”.

En cuanto a su plasmación normativa como tal aparece en Inglaterra en 1679 con el Habeas Corpus Amendment ACT, luego en Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al respecto LOBATO VARGAS, Karen (2016) menciona:

“El habeas corpus encuentra su primer reconocimiento legislativo en Inglaterra a través de la Habeas Corpus Amendment ACT de 26 de mayo de 1679, donde el parlamento aprobó la ley de Habeas Corpus, después de diez años en 1689, aparece la Ley de Bill Of Rigths. Por otro lado, en Francia se llevó acabo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo principal planteamiento fue el siguiente: “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos” y en su artículo 7 señalaba que “ningún hombre puede ser acusado arrestado, o detenido, sino en los casos determinados por la ley, y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten expidan o ejecuten,

o hagan ejecutar ordenes arbitrarias, deben ser castigados”.

Por su parte CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) refiere que el habeas corpus es una institución jurídica típicamente inglesa debido a sus antecedentes históricos, al expresar:

“Al Hábeas Corpus, se le conoce como una institución típicamente inglesa, pues fue en Inglaterra donde se dio una manifestación más consistente, con fines y objetivos definidos por su carta magna o declaración de derechos proclamados por el Rey Juan Sin tierra en Londres el 15 de junio de 1215. La Carta Magna pone fin al desenfrenado absolutismo de los monarcas contra sus súbditos, pues instituye expresamente normas con caracteres propios de una garantía; es decir, ampara la libertad corporal del individuo con la finalidad inmediata de evitar o terminar con prisiones injustas o detenciones excesivamente prolongadas y arbitrarias. En este contexto histórico la significación que se le daba era "Traedme el cuerpo" (habeas corpus). Más tarde en la Ley Inglesa de 1640 y en el Acta Hábeas Corpus de 1679. La institución del Hábeas Corpus estaba concebida como una forma de evitar agravios e injusticias cometidas por los señores

feudales contra sus súbditos o personas de clase social inferior”.

En lo que atañe a los antecedentes en América Latina, fue Brasil el que introdujo por primera vez la institución del habeas corpus en su Código Penal de 1830, al respecto GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1998) sostiene:

“El primer texto legal latinoamericano que lo consagra es el Código Penal del Imperio de Brasil de 1830 (artículos 183 y 184) propiamente en el artículo 340° del Código de procedimientos Penales del mismo país sancionado en 1832. Así en América Latina tiene el mérito de haber hecho suya esta institución que ha tenido un desarrollo propio y perfiles muy definidos. Luego fue incorporado en otras legislaciones comparadas como en los Códigos de Livingston de 1837, que fueron aplicados en Guatemala, en la constitución de Costa Rica del año 1837, incluso antes del amparo de la Constitución de Yucatán del año 1841”.

2.2. Nacionales

2.2.1. En la doctrina

A nivel doctrinario todos coinciden en señalar que el origen de la institución del habeas corpus fue mediante la ley del 21 de

octubre de 1897, HUERTA GUERRERO, Luis (2006) al respecto señala:

“El proceso de hábeas corpus es mecanismo de protección judicial de la libertad personal. Fue incorporado en el Perú mediante la ley de 21 de octubre de 1897, y por primera vez reconocido a nivel constitucional en la Carta magna de 1920. Los sucesivos textos constitucionales del año 1933 y 1979 siguieron esta tendencia. La actual Constitución de 1993 lo contempla en el artículo 200 inciso 1. A pesar de reconocimiento en la norma suprema del ordenamiento jurídico, el proceso de hábeas corpus ha atravesado serios problemas. Basta recordar que durante el conflicto armado interno que ocurrió en el Perú como consecuencia del terrorismo resultó prácticamente inútil para hacer frente a casos como detención arbitraria o desaparición forzada. La comisión de verdad y de reconciliación ha dejado constancia de esta situación, que no puede ser olvidada. Actualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional ofrecen herramientas para que a

través del hábeas corpus se puedan garantizar de forma rápida, oportuna y eficaz los derechos fundamentales ante actos lesivos que los amenazan o vulneran”.

LOBATO VARGAS, Karen (2016) al comentar los antecedentes del habeas corpus lo hace desde el marco constitucional:

“En nuestro país tiene su origen con la Ley del 21 de octubre 1897, para luego poseer rango constitucional, través de la Constitución de 1920 continuando con el fundamento de protección de la libertad física. En la constitución de 1933 se mantuvo la figura, pero se amplió su ámbito de protección a todos los derechos reconocidos en la carta, desviándolo de su esquema original; en el mismo sentido nuestra actual Constitución Política, artículo 200 inciso 1, acoge el concepto de Hábeas Corpus, concepto que es recogido también mediante el Código Procesal Constitucional, que contempla en su artículo 25, todo el tratamiento del Proceso de Hábeas Corpus. Es importante resaltar que la constitución vigente amplio su protección a la libertad individual, derechos que conforman la

libertad individual y los derechos que son conexos a esta, cuyo contenido ha sido determinado por el Tribunal Constitucional”.

Por su parte CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) sobre los antecedentes del habeas corpus lo hace desde una perspectiva más completa abarcando tanto su marco legal y constitucional:

“En el Perú, el Hábeas Corpus fue reconocido por Ley de 21 de octubre de 1897, que desarrolló el artículo 18 de la Constitución de 1860. En 1916 se promulgó la Ley N° 2223 que amplió el margen de protección del hábeas corpus y la Ley N° 2253 que trató de perfeccionar los aspectos procesales contemplados en la Ley de 1897. Luego a través de la Ley N°4019 de 1919, se promulgó el Código de Procedimientos en Materia Penal que entró en vigencia en 1920, que establece la regulación del hábeas corpus solo para detenciones indebidas. Tiene rango constitucional en la Carta Magna de 1920. Posteriormente, el Código de Procedimiento Penales de 1940 estableció que el hábeas corpus procedía cuando el agraviado era sometido a prisión por más de veinticuatro horas sin que el

juez competente le haya tomado su instructiva; posteriormente, el Decreto Ley N° 17083, del 24 de octubre de 1968, efectuó una distinción entre lo que allí se denominaba hábeas corpus penal y hábeas corpus civil, pasando a ser este último, antecedente de lo que a la postre consagraría la Constitución de 1979 como proceso de amparo. Finalmente, fue la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la que luego se encargó de regular lo dispuesto en la Carta de 1979”.

2.2.2. En la legislación

El Hábeas Corpus fue concebido en la Ley de 1897, esta ley sirvió de base para su regulación en el artículo 18 de la Constitución de 1860 que prescribe:

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

Posteriormente es regulado en el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1920, en el artículo 352 que prescribe:

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

Luego se le ubica en el artículo 24 de la Carta Magna de 1920 que prescribe:

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

La constitución de 1933 lo regula en su artículo 56 que prescribe:

“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito, debiendo en todo caso ser puesto el detenido, dentro de 24 horas, o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponda, el que ordenará la libertad o librárá mandamiento de prisión en el término que señale la ley”.

En la constitución de 1979 se regula al hábeas corpus como una garantía constitucional en el artículo 295 que prescribe:

“La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus”.

La ley 23506 de 1982, en sus artículos 12 al 23 regula el habeas corpus, que en su artículo 12 enuncia los derechos que protege:

“Se vulnera o amenaza la libertad individual y en consecuencia procede la acción de Habeas Corpus, enunciativamente, en los siguientes casos:

1) Guardar reserva sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole.

2) De la libertad de conciencia y de creencia.

3) El de no ser violentado para obtener declaraciones.

4) El de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

5) El de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

...”

En la constitución de 1993, el habeas corpus está regulado en el artículo 200 numeral 1 que prescribe:

“Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

...”

Finalmente, el habeas corpus se encuentra regulado desde el artículo 25 al 36 en el código procesal constitucional que en su artículo 25 enuncia los derechos que protege:

“Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.

2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso

si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado...”

3. Naturaleza jurídica

En la doctrina nacional, CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) expresa que el Hábeas Corpus es un proceso sumario urgente y especializado:

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

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2016) explica la naturaleza jurídica del habeas corpus como derecho fundamental y como proceso:

“El hábeas corpus puede ser entendido como derecho fundamental y como proceso. Dentro del primer concepto se hace referencia al derecho que tienen las personas para recurrir a un juez o tribunal competente para que sin demora se pronuncie sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención fuera ilegal. Dentro del segundo al procedimiento establecido, de carácter sumario, sin demora, dice el artículo 7 inciso 6) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante el cual el juez competente tutela el derecho que protege el habeas corpus”.

Finalmente, para LOBATO VARGAS, Karen (2016) el hábeas corpus es una institución jurídica de Derecho Público y Procesal:

“El hábeas corpus es una institución jurídica de Derecho Público y Procesal, por tener origen y fundamento en la Carta Magna y estar destinado a la protección de las garantías conocidas en la doctrina como derechos públicos subjetivos, es decir es un remedio para restablecer lo vulnerado. En consecuencia, la naturaleza jurídica del hábeas corpus es la de ser un mecanismo de naturaleza procesal, destinado a proteger la libertad individual y los derechos conexos, que tiene sus principios en la Constitución Política y en el Derecho Procesal Constitucional”.

4. Finalidad

La acción de Habeas Corpus a tenor de su regulación en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, al respecto NEYRA ZEGARRA, Ana (2016) expresa:

“La finalidad de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento se regula en el primer párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional que prescribe que los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos

constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Ante ello, se puede apreciar que estos procesos buscan la protección de los derechos constitucionales, con el objetivo de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales o fundamentales”.

Otros autores son más específicos al establecer que la finalidad del habeas corpus es el restablecimiento de la libertad individual o personal que se ha visto afectada por cualquier persona o autoridad, en ese sentido citamos a VIGO ZEVALLOS, Hermilio (2002), HUERTA GUERRERO, Luis (2006) y RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2018) que respectivamente refieren:

“La acción de Hábeas Corpus, tiene como fin inmediato el restablecimiento de la libertad personal vulnerada o amenazada. Esto significa regresar a la situación anterior en que se encontraba el sujeto, en uso de su libertad. A decir de Ortecho Villena, este propósito resulta perfectamente claro, tratándose de la libertad corporal, frente a un arresto, pero resulta un tanto impreciso, pero no por eso menos efectivo, cuando se trata de otros aspectos de la libertad personal, como, por ejemplo, en la

omisión de otorgar un pasaporte o el de ser asistido por un abogado, en caso de encontrarse detenido ilegalmente o en el caso de incumplimiento de una excarcelación ya ordenada”.

“El proceso constitucional de hábeas corpus constituye un mecanismo destinado a proteger judicialmente la libertad individual y otros derechos constitucionales. Se encuentra reconocido en la Carta Política de 1993 y ha sido objeto de un importante desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Código Procesal Constitucional, vigente desde diciembre del 2004, lo regula desde la perspectiva de la teoría general del proceso y contiene importantes reformas. Sin embargo, la eficacia del hábeas corpus depende en gran medida de su correcto empleo para hacer frente a situaciones que realmente exijan un pronunciamiento judicial sobre amenazas o violaciones a los derechos fundamentales que protege”.

“De otro lado, el proceso constitucional de Hábeas corpus es el instrumento procesal que tiene como finalidad tutelar la libertad individual y los derechos conexos a esta, y procede, conforme a lo estipulado en el artículo 200° inciso 1 de la Constitución Política del Perú”.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2011) por su parte expresa que la finalidad del proceso constitucional de habeas corpus es hacer frente a la actuación

del Estado que desconoce el derecho de la libertad personal y los derechos conexos que se relacionan y que están reconocidos por la constitución, al comentar:

“El Hábeas Corpus está destinado a hacer frente a la actuación estatal que desconozca estas exigencias iusfundamentales a la hora de sancionar el incumplimiento de los deberes jurídicos catalogados como delitos. Cuando la agresión iusfundamental se formula al margen del ejercicio del ius puniendi estatal, entonces, lo estricto es que el proceso constitucional a activar sea uno distinto. Sin embargo, en el concreto caso peruano, la decisión constitucional –y consecuente desarrollo legal de la misma– se ha dirigido en la línea de atender vía hábeas corpus todas las agresiones al derecho a la libertad personal definida según los apartados distintos del artículo 2.24 de la Constitución”.

5. Procedencia

CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) refiere que el habeas corpus procede contra actos u omisiones que vulneren o amenacen los derechos constitucionales para impedir que la amenaza de violación del mismo se haga efectiva, al expresar:

“Lo que persigue es detener la violación de un derecho constitucional o impedir que la amenaza de violación del mismo se haga efectiva. La violación o amenaza de

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

Para LOBATO VARGAS, Karen (2016) el proceso de habeas corpus procede ante afectaciones provenientes de un hecho u omisión, es decir, de una conducta comisiva y omisiva, al señalar:

“El hábeas corpus procede ante afectaciones provenientes de un hecho u omisión, es decir, de una conducta comisiva (acción) y omisiva. Ahora bien, la omisión debe consistir en la abstención de realizar un acto o comportamiento de cumplimiento obligatorio, de acuerdo al artículo 2° del CPC. Así la autoridad penitenciaria que no otorga libertad a un interno que ya cumplió su condena o el juez que omite resolver la alegación de homonimia que hace una persona detenida como consecuencia de una requisitoria ilegal. Es necesario señalar que no cualquier omisión de una autoridad y funcionario, da lugar a una acción de garantía. Sabido es que el Estado tiene múltiples propósitos programáticos de los cuales se derivan otras cuantas

obligaciones para con la ciudadanía, pero solamente proceden aquellas contra omisiones de actos debidos, es decir, de cumplimiento obligatorio”.

Finalmente, BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2017) señala que el proceso de hábeas corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos, al comentar:

“La acción de hábeas corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Cuando se invoque amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización. Es decir, procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Asimismo, por Autoridad se comprende al alcalde; funcionario, el viceministro o el director general; persona, cualquier persona trabaje en el Sector Público o Privado, o sea desempleado, sin que ostente rango o jerarquía y puede ser tanto persona natural como jurídica”.

6. Tipología

6.1. En la jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha realizado una tipología de hábeas corpus en su sentencia recaída en el expediente N° 02663-2003-

HC/TC, en la cual expone que esta tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus*:

“En función a este ensanchamiento del carácter y contenido del hábeas corpus, la doctrina ha elaborado una tipología, de la cual resumidamente damos cuenta: a) El hábeas corpus reparador: Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc. En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. b) El hábeas corpus restringido: Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no

privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”. c) El hábeas corpus correctivo: Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. d) El hábeas corpus preventivo: Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia. e) El hábeas corpus traslativo: Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido. f) El hábeas corpus instructivo: Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por

consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición. g) El hábeas corpus innovativo: Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro”.

6.2. En la doctrina

En la doctrina también se han esbozado tipologías respecto al habeas corpus, en ese sentido GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco (2008) propone la siguiente clasificación:

“Conexo, que es utilizado cuando se presentan situaciones como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo (artículo 25 inciso 17 in fine del CPC); Correctivo, procede ante la amenaza del derecho a la vida, integridad física, psicológica o moral, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos

de tratamiento públicos o privados, disponiendo el cambio del lugar de detención cuando no fuera el adecuado. (artículo 25 inciso 17 del CPC); Innovativo, tiene lugar a pesar de haber cesado la violación o amenaza de violación de la libertad individual y se solicita la intervención jurisdiccional con la finalidad de que tales situaciones no se repitan en el futuro (artículo 1 del CPC); Instructivo, se orienta no solo a garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición. (artículo 25 inciso 16 y 32 del CPC); Preventivo, se aplica cuando se amenace de manera cierta y concreta la libertad personal, la libertad de tránsito o la integridad personal (artículo 2 del CPC); Reparador, se aplica cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial; de una decisión de un particular (artículo 25 inciso 7 del CPC); Restringido, se interpone ante una continua y pertinaz limitación de la libertad personal, como las restricciones a la libertad de tránsito por un particular o autoridad, las reiteradas citaciones policiales

infundadas o las permanentes retenciones por control migratorio (artículo 25 inciso 6 y 13 del CPC) y Traslativo, se interpone cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido (artículo 25 inciso 14 in fine del CPC)”.

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2016) igualmente propone una tipología del habeas corpus tomando como punto de referencia la propuesta del Tribunal Constitucional:

“a) Habeas corpus innovativo. Resulta procedente en los casos que pese a haber cesado o haberse convertido en irreparable la violación de la libertad personal, es necesario la intervención de la autoridad jurisdiccional a fin de que tales situaciones no se repitan en el futuro contra la persona del accionante.

b) Habeas corpus preventivo. Que podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia. Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentren en proceso de ejecución; por ende, la

amenaza no debe ser conjetural ni presunta. c) Habeas corpus excepcional. Nuestra Constitución, regula los Estados de Excepción en el artículo 137º, y el artículo 200º, parte final establece que el ejercicio de las acciones de habeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º. d) Habeas corpus reparador. Constituye la modalidad clásica, opera ante la detención o prisión en contravención a la Constitución y las leyes, vale decir, sin cumplir los requisitos establecidos en el artículo 2º, inciso 24, literal “f” de la Constitución y de normas del Código Procesal Penal. Es decir, opera frente a la privación de la libertad arbitraria o ilegal de la libertad física, por orden policial, mandato judicial civil o del fuero militar, o decisión de un particular, buscando reponer las cosas al estado anterior de la violación. e) Habeas corpus restringido. Se emplea con el objeto de concluir molestias o restricciones a la libertad física o de locomoción que, en los hechos no configuran una detención, pero sí limita, en menor grado, la libertad del sujeto. f) Habeas corpus traslativo. Opera en los casos de los procesados, en que las autoridades judiciales o penitenciarias

indebidamente están prolongando su detención en un proceso judicial, o de los reos que ya han cumplido su condena, pero siguen en cárcel. g) Habeas corpus instructivo. El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada, en el cual el Juez Constitucional a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria. h) Habeas corpus correctivo. Protege el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que se cumple el mandato de detención o pena procurando preventiva o reparatoramente, impedir tratos o traslados indebidos a personas detenidas legalmente”.

CAPITULO III

LA TENENCIA DEL MENOR Y EL RÉGIMEN DE VISITAS COMO INSTITUCIONES FAMILIARES

1. Nociones generales de la familia

La familia como institución natural, es consecuencia de su interrelación con la naturaleza y con los demás integrantes a fin de conjugar intereses y lograr objetivos comunes que tienen trascendencia en el desarrollo de la sociedad; ello implica su reconocimiento jurídico para asegurar el respeto y ejercicio pleno de los derechos de sus integrantes, en ese contexto, es deber del Estado lograr su concretización, al respecto ETO CRUZ, Gerardo (2017) explica su reconocimiento dentro del marco constitucional al señalar:

“En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone de manera expresa la tutela de la familia, en su artículo 53 indicaba que el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley. La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una sociedad natural y una institución fundamental de la nación. Mientras que la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al

instituto jurídico-social de una protección constitucional adecuada”.

Actualmente la institución de la familia tiene reconocimiento constitucional en el artículo 4° de la constitución de 1993 con lo cual se fortalece la familia como unidad básica de la sociedad promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal; lo cual es concordante con el artículo 233° del Código Civil que prescribe que la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú; de su regulación se puede establecer que la familia es institución social, jurídicamente organizada y con reconocimiento constitucional, al respecto BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004) definen a la familia de manera más explícita al expresar:

“La familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco; pero a su vez, tal como sucede en el campo sociológico, la estructura familiar se amplía cuando personas que han tenido hijos en una unión matrimonial o de hecho, establecen una ulterior relación conyugal, divorcio vincular mediante, si se trata de personas no viudas que han estado casadas y que contraen un nuevo matrimonio, y tienen, a su vez, hijos en ella. Esto da lugar a lo que se denomina familia ensamblada o reconstituida, que

reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales. De algún modo, la interrelación que genera esta estructura compleja, que se origina en vínculos múltiples, no es indiferente al derecho, o al menos no debe serlo. Ello exige un abordaje interdisciplinario, ya que las pautas de estabilidad y de pertenencia que internalizaron los miembros de cada familia deben ser flexibilizadas”.

La familia al tener su origen no solo en el matrimonio, sino también en las otras formas de grupos familiares que aparecen como consecuencia de su interrelación en la sociedad como son las uniones de hecho, las familias monoparentales, las familias ensambladas, etc; desarrollan dentro de ellas determinadas funciones para su consolidación, en ese sentido NAVARRO VIÑUALES, José et al (2006) identifica determinadas funciones al acotar:

“La función de equidad generacional que se basa en que los integrantes de la familia se desenvuelven bajo principios de corresponsabilidad intergeneracional y de reciprocidad entre todos los ascendientes y descendientes de un grupo familiar, con la finalidad de mantener la estirpe o linaje que les caracteriza; la función socializadora y formadora, en donde la familia como organización social vela por la educación de todos sus integrantes en igualdad de condiciones sin ninguna discriminación por sexo o edad,

para que puedan integrarse a la sociedad en las mejores condiciones y puedan contar con las herramientas necesarias para alcanzar el éxito profesional o personal; y la función de control social en donde la familia ejerce esta función desde el primer momento en que se constituye como tal imponiendo sus reglas para todos los integrantes con la finalidad de mantener un orden y el respeto de la autoridad a nivel interno, pero igualmente les orientan sobre las conductas que deben adoptar al insertarse en la sociedad acorde con las leyes imperantes, ya que las sanciones por las faltas cometidas no son las mismas que las que impone la familia a sus integrantes”.

Su reconocimiento constitucional evidencia la importancia de la familia en la conformación de un Estado de Derecho, en la estructura de la sociedad, y que, aunado a la educación, valores y costumbres de las personas, un país puede encontrar su bienestar con una identidad propia; asimismo la familia en su interrelación con sus integrantes y la sociedad, ha dado origen a que aparezca el derecho de familia que regula los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros y establece sus principales instituciones tutelares; en ese sentido MERCADO, Yanci. y MERCADO, Maria (2013) señalan:

“Se puede afirmar que la familia es una parte muy importante de la sociedad, es decir, su columna principal; gracias a la existencia de ésta se ha hecho posible el

surgimiento de lo que actualmente se conoce como Derecho de Familia, que se encarga de regular las obligaciones que se derivan de ésta y de fijar su estructura dentro del ordenamiento jurídico nacional. Con ayuda de las normas jurídicas correspondientes en materia familiar, es posible la protección y tutela de los derechos de familia, con sanciones a quienes los violentan”.

Complementando lo señalado ut supra ESTRADA VELEZ, Sergio (2010) refiere que este reconocimiento de la familia como institución jurídica ha permitido que la Constitución y las leyes le reconozcan derechos dentro del marco del derecho de familia:

“Los derechos de la familia como institución jurídica se basan: a. El reconocimiento de que la familia solo puede ser titular de derechos prestacionales y no de derechos de libertad o primera generación. b. El desconocimiento de la personalidad jurídica de la familia como presupuesto para ser titular de los derechos y obligaciones. c. La afirmación de una fundamentalidad de los derechos prestacionales solo a partir de un criterio de conexidad con un derecho de libertad o de la primera generación. d. La supervivencia de una consideración liberal individualista del derecho a la herencia del iusnaturalismo racional del siglo XVIII, que anteponía al hombre el Estado.

e. La adopción de los derechos humanos como criterio de legitimación del ejercicio del poder desde el principio del respeto a la dignidad humana, olvidando que la misma tiene como principal lugar de desarrollo y promoción la familia. f. La crisis del Estado de bienestar que le obliga a conferir a los particulares, facultades anteriormente por él ejercidas como es la prestación de servicios públicos, delegando en la familia obligaciones como la educación, alimentación y protección de miembros, razón que a su vez obliga al fortalecimiento de la institución como primera obligada a preservar y proteger los derechos de sus miembros”.

2. Instituciones tutelares de la familia

2.1. Tenencia del menor

2.1.1. Definición

En la doctrina nacional se considera a la tenencia como un derecho-deber de uno de los atributos de la patria potestad, así lo expresa AYVAR CHIU, Karina (2011) y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2012) al expresar respectivamente:

“... Que nuestro legislador ha entendido por tenencia a aquel atributo del que gozan los padres de tener en su compañía a sus hijos, situación que acarrea implícitamente otros deberes- derechos, propios del ejercicio de la

patria potestad, como es el cuidado de los hijos, su alimentación, protección, vestimenta, cuidado orientación, etc”.

“En términos de Derecho de Familia tenencia es sinónimo de estar junto, tener al hijo a su lado. Una forma de convivencia inmediata de padre/hijo. Una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo, como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor de cuidar al hijo, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de vivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral. Se ha sostenido que la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad. Y es lógico. Para ejercer la relación paterno-filial se requiere tener al hijo bajo custodia. Quien goza de la patria potestad debe estar legitimado de una tenencia, aunque surgen casos especiales”.

Otros autores nacionales como CHÁVEZ BUSTAMANTE, Anita (2012) y MORALES CHUQUILLANQUI, Miriam (2017) al definir la tenencia ponen énfasis en el cuidado de los hijos, al señalar de manera respectiva que:

“(...) La tenencia es una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar. Se trata de un cuidado directo e inmediato que ejerce uno de los padres respecto de su hijo menor de edad (niño o adolescente).”

“La tenencia es la institución jurídica, que persigue asignar el cuidado de los hijos menores de padres separados o divorciados o uno de ellos, atendiendo a las circunstancias que resulten más favorables para el menor, constituye además un derecho en favor de los padres divorciados o separados de hecho que no están de acuerdo en cuanto a determinar quién ejercerá su cuidado y custodia personal, para solicitar ante el órgano judicial se le otorgue el cuidado personal de sus hijos menores y correlativamente se reglamente el derecho de

visitas del otro padre y la pensión alimenticia a la vez que, se constituye en derecho para el menor”.

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2009) esboza una definición más exacta al considerarlo como un derecho-deber en la convivencia de los padres con sus hijos:

“Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; 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 operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad”.

En la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema en su Casación N° 1066-01-HUAURA, define a la tenencia relacionándolo con el cuidado de los hijos y el interés superior del niño al señalar:

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

2.1.2. Etapas

La doctrina diferencia entre tenencia provisoria o provisional y la tenencia definitiva, así podemos citar al jurista LÓPEZ DEL CARRIL, Julio (1984) quien expresa:

“La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una ocupación y posesión actual y corporal de una cosa, el vocablo guarda tiene una mayor amplitud y es el más acertado; la tenencia tiene dos etapas: a) La provisoria, que es la facultad que detenta cualquiera de los padres que no tiene la custodia, para demandar ante el Juez la tenencia del menor; b) La definitiva, que es aquella que se sustenta en un instrumento legal que tiene calidad de cosa juzgada”.

LOBATO VARGAS, Karen (2016) también hace referencia a las dos etapas de la tenencia, pero resalta que solo debería hablarse de tenencia provisional debido a que su característica es la de ser transitoria acorde al interés superior del niño. Al comentar:

“En nuestro sistema jurídico, la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres (03) años. Al respecto consideramos, que la actuación inmediata del Juez debería ser cualquiera de los supuestos de la tenencia, no solamente en el supuesto que la integridad del menor se encuentre en riesgo. La tenencia definitiva es producto de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que tiene calidad de cosa juzgada. En realidad, la etapa definitiva no es tal, pues el principio consubstancial de la tenencia es su transitoriedad. Es que se halla sujeta a modificación cuando el principio fundamental en materia de tenencia que es el interés superior del menor así lo aconseje, por cuanto no toda decisión judicial causa estado”.

2.1.3. Determinación

Dentro de la institución de la familia lo que se busca siempre es que sus integrantes se relacionen en un marco de armonía y respeto mutuo; sin embargo, cuando existen conflictos que se tornan inviables, la ley establece una salida legal con respecto a la tenencia de los hijos que se conoce como determinación de la tenencia, en ese sentido LOBATO VARGAS, Karen (2016) precisa:

“En lo relacionado a la tenencia lo ideal para el adecuado desarrollo del menor sería que el niño, niña o adolescente conviva o se encuentre bajo la patria potestad de ambos progenitores, pero que pasa con el menor en los casos de separación de hecho o cuando se ha interrumpido la convivencia entre los padres, el Código de los Niños y Adolescentes ha optado por la postura de determinar la tenencia a favor de uno de los padres. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (arts. 81° y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de

visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica”.

En esa misma línea de comentario PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2015) señala que la determinación de la tenencia a favor de uno de los padres es la solución a la imposibilidad de continuar con la convivencia:

“La determinación de la tenencia a favor de uno de los padres constituye solución a la imposibilidad de continuar estos conviviendo, sin embargo, este hecho no debería generar que aquel progenitor que no tiene a los hijos a su lado (tenencia) no siga preocupándose de la crianza y del desarrollo integral de ellos. En otras palabras, la determinación de la tenencia de los hijos no discierne el ejercicio de los atributos de la patria potestad; ambos padres seguirán entendiendo a sus derechos y obligaciones comunes en lo que respecta, a la dirección, a la orientación apropiada y al desarrollo del niño”.

Sobre las formas de determinación de la tenencia de los hijos CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) establece que son dos, uno es el acuerdo que existe entre los progenitores y el

otro es cuando no hay acuerdo y se acude a que sea la decisión del juez quien lo determine:

“Del precepto normativo se concluye que existen dos formas de determinar la tenencia de los menores, en caso de separación de hecho o de divorcio, uno es el acuerdo entre los progenitores y el otro es la decisión del juez, quien de acuerdo a un análisis razonado del caso podrá optar por la tenencia exclusiva de uno de los padres, estableciendo un régimen de visitas para el otro progenitor, o también podrá decidirse por la tenencia compartida entre ambos. Es de importancia resaltar que la tenencia puede ser acordada por los progenitores o decidida por el juez, el artículo en esencia da a entender que sobre todo ésta recaerá exclusivamente en uno de los padres; sin embargo, cuando ninguno de los progenitores puede tener la tenencia y considerando el interés superior del niño, la tenencia como una solución excepcional podrá recaer sobre terceros”.

Sin embargo, para VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2012) existen tres formas, cuando hay acuerdo, cuando no hay

acuerdo y una tercera que recae en los abuelos a falta de los padres por haber incurrido en incapacidad, ineptitud o ausencia:

“Cuando los padres estén separados de hecho, conforme el artículo 81° del CNA la tenencia se determina: a.- Por acuerdo. Es la voluntad de los padres, tomando en cuenta la opinión del menor, la que mejor puede identificar las relaciones de tenencia. Acuerdo, de ambos, con la finalidad de satisfacer al máximo las necesidades filiales. La tenencia no es una relación familiar de dos, ni en su decisión. Es una relación trilateral en la que padre, madre e hijo deben expresar sus intenciones y deseos para que pueda ser llevada a cabo de forma plena. b.- A falta de acuerdo. De no existir acuerdo, discrepancia, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Esta situación es bastante difícil y compleja porque se deja en manos de un tercero, el juez, tomará la decisión de conferir la tenencia a uno u otro padre. Puede confirmarse a aquel que la tiene (continuar con la tenencia) o despojarse a uno para entregársela al otro

(entrega del menor). c.- A falta de padres (incapacidad, ineptitud o ausencia). Los abuelos asumen el cuidado del nieto, respetando el derecho a la identidad y el relacionamiento paterno-filial del hijo. Corresponde a los abuelos la tenencia de su nieto. Nada lo impide, ni restringe. Si bien, el artículo 81 del CNA regula el caso de la tenencia cuando los padres están separados de hecho, la Corte Suprema se ha pronunciado por amparar la causal de interpretación errónea de dicho artículo, realizando una interpretación extensiva de este, entiende que los abuelos pueden petitionar la tenencia, estando a que el propósito central de este tipo de procesos es determinar lo que sea más favorable al menor”.

En la jurisprudencia nacional también se reconoce a los abuelos como una forma de determinación de la tenencia, así tenemos la Casación N° 4774-2006-La Libertad y la Casación N° 4881-2009-La Libertad que señalan en sus fundamentos respectivamente:

“Ni él a quo ni el ad quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya tenencia

reclama a través de la presente demanda sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del CNA, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna”.
“Corresponde la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos en la medida que alejar a la menor de estos quienes desde la muerte de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella, siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado atenciones y cuidado que todo niño necesita implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social, lo cual se contradice con el interés superior del niño”.

2.1.4. Tipología

Respecto a la tipología o clases de tenencia que se identifican en la doctrina nacional se tiene que CHUNGA LAMONJA, Fermín (2012) identifica tres tipos de tenencia como son la

tenencia negativa, tenencia personal o exclusiva y la tenencia compartida, al expresar:

“(...) tres tipos de tenencia que son: i) la tenencia negativa, es cuando ninguno de los padres desea hacerse cargo de los menores, quedando estos bajo la responsabilidad de un tercero; ii) la tenencia personal o exclusiva, implica una cuota de poder relacionado a la parentabilidad; y iii) la tenencia compartida, donde la patria potestad sigue correspondiendo a los dos progenitores.”

Por su parte LOBATO VARGAS, Karen (2016) solo identifica dos clases de tenencia como es la tenencia exclusiva o monoparental y la tenencia compartida, al señalar:

“A. Tenencia exclusiva o monoparental o separada. En este caso solo el padre o la madre ejerce la tenencia de sus hijos con o sin matrimonio. La razón principal de tal supuesto es la separación de hecho de los padres. Dicha determinación se puede llevar a cabo convencional o judicialmente. Con ello, el domicilio del padre a quién se le confía la tenencia es el domicilio de los hijos. Sin embargo, esta decisión no importa una privación para el otro progenitor de seguir ejerciendo los

demás atributos de la patria potestad. B. Tenencia compartida o biparental. Consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades características personales, responsabilidades y deberes. La tenencia compartida también llamada coparentalidad ha sido instituida en nuestro país por la Ley N° 29269, la cual permite que los hijos puedan vivir indistintamente con cada uno de sus padres, encargándose ambos de su educación y desarrollo. Esta tenencia compartida beneficia mucho a los hijos porque les permite robustecer las relaciones personales con sus padres y madres y en general las relaciones familiares con el resto de su familia”.

Comentando sobre la tenencia compartida AGUILAR LLANOS, Benjamín (2009) refiere que ha sido incorporado en la legislación acorde al interés superior del niño establecido en la Convención de los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes:

“Entendemos que la tenencia compartida ha sido ideada por los legisladores, e incorporada a nuestra legislación, teniendo en cuenta no tanto

los legítimos y justos intereses de los padres, sino más bien, el interés superior del niño y adolescente, recogido en la Convención de los Derechos del Niño y en nuestro Código de los Niños y Adolescentes, como es de verse del artículo IX del Título Preliminar de dicho Código, principio que debe responder a una pregunta elemental, ¿ si el menor se encuentra inserto en una confrontación tenida por sus padres, cuál sería el derrotero a seguir por la autoridad que está conociendo este problema? la respuesta a esa pregunta tendría que estar inspirada en lo que más convenga a los menores, antes que a los propios intereses de los padres entonces, aquí, más que detenerse a analizar las motivaciones, razones, o intereses de los padres, la autoridad que conoce tal enfrentamiento debería resolver por lo que resulta más adecuado y conveniente a los intereses del niño o adolescente”.

2.2. Régimen de visitas

2.2.1. Definición

El régimen de visitas se establece principalmente para aquel progenitor que no tiene la tenencia del niño o adolescente, por

cuanto constituye un derecho fundamental como es el mantener que los hijos no pierdan la comunicación con sus progenitores, en ese sentido SALANOVA VILLANUEVA, Marta (1995) explica:

“Este derecho se introduce en lo que se denomina “orden público familiar”. Es cierto, el derecho de visita es mucho más que un derecho del progenitor a relacionarse con sus hijos, supone sin lugar a dudas un derecho fundamental para mantener un principio básico en la sociedad, el que los hijos deben de relacionarse con sus progenitores. La propia sociedad debe darse cuenta que este derecho bien ejercido facilita sin lugar a dudas que los hijos que por determinadas circunstancias han padecido una ruptura matrimonial, recompongan fácilmente su relación con sus progenitores, y que continúen aún en la distancia, pero recibiendo lo positivo que es la tenencia de unos progenitores, que aunque no hayan podido entenderse entre sí, no están dispuesto a perjudicar a sus hijos”.

Para PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2015) el régimen de visitas no está circunscrito a los progenitores, por el contrario,

puede ser invocado por todo aquel que tenga un legítimo interés moral basado en lazos de parentesco, en ese sentido expresa:

“En sentido amplio, el derecho de visitar corresponde a todos quienes pueden invocar un legítimo interés moral basado en lazos de parentesco. Tal sería el caso del derecho de visitas de los abuelos y demás ascendientes, hermanos y medio hermanos, tíos, etc. y también de terceros no parientes, como los padrinos de bautismo o de confirmación, etc. Por tanto, el denominado “derecho de visitas” es el derecho a conservar relaciones personales con el menor con quien no se convive”.

Para VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2012) el régimen de visitas forma parte del derecho de relación que busca la consolidación de la relación paterno-filial, poniendo énfasis en el desarrollo integral del menor:

“Es parte del derecho de relación que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, logrando el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como consolidar la relación paterno-filial. Jurídicamente, visitar implica estar, compartir, supervisar,

responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos y de manera viceversa cuando no existe cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es y será una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral”.

En la jurisprudencia nacional se establece que la razón de ser del régimen de visitas es que contribuya con el desarrollo integral de los hijos, así se evidencia en la Sentencia de la Sala de Familia de la Corte Suprema recaída en el Expediente N° 1015-97 que señala:

“Tercero. - Que, el régimen de visitas, más que un derecho de los padres, resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su

desarrollo integral; por lo que deben fijarse en atención a las circunstancias, conforme lo dispone el artículo cuatrocientos veintidós del Código Civil, y son sujetos a variación”.

2.2.2. Finalidad

En lo que atañe a la finalidad u objetivo que persigue el régimen de vistas, la doctrina nacional es unánime en el sentido de que se considera el mantener la relación entre padres e hijos, VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2012) por su parte señala que su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales:

“Lograr la comunicación con el hijo constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo por lo que debe asegurarse, promoverse y facilitarse dicho contacto. Como derecho lo ejerce aquel padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculta a tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, de recreación o de relación con el progenitor con quien vive. Su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser

considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen”.

Para otros autores como CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) citando a KIELMANOVICH, Jorge, el régimen de visitas se orienta a asegurar la solidaridad familiar entre las relaciones familiares, al precisar que:

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

Finalmente, para LOBATO VARGAS, Karen (2016) la finalidad del régimen de visitas es el fomento y favorecimiento de las

relaciones personales en relación con el interés superior del niño, al expresar:

“Lo que se pretende al establecer un régimen de visitas, es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen. Se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tiene a su lado y que los padres estén informados y tengan conocimiento del desarrollo de sus hijos”.

2.2.3. Características

El régimen de visitas como toda institución jurídica tiene ciertas características que lo identifican, en ese sentido en la doctrina nacional tenemos a HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2008) quien refiere que el régimen de vistas es irrenunciable, no tiene carácter definitivo, es de carácter personal, es indelegable y no es absoluto, al expresar:

“El derecho de visitas es irrenunciable. Sería nulo todo convenio hecho con ese objeto, convenio. No tiene carácter definitivo, a pedido de la parte interesada deberá modificarse cada vez que determinadas circunstancias así lo justifiquen, como la salud del menor, su régimen de estudios, el cambio en el trabajo del pariente visitante. Se trata de un derecho de carácter personal que tiene su fuente en las relaciones familiares y que es concedido a la persona del padre o la madre del menor. Es indelegable, por su naturaleza, es un derecho que no se puede transferir de una persona a otra, ya que relacionado con el carácter personal, sólo puede ser ejercido por la persona a quien se concedió dicho régimen. El derecho a la visita, no es absoluto; por lo tanto, cuando la visita del otro progenitor ocasione o pueda ocasionar perjuicios para la salud física, mental o moral del menor, el progenitor titular de la custodia podrá abstenerse de facilitar la visita siempre y cuando demuestre al juez, una causa justificada de su proceder”.

Para VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2012) el régimen de visitas tiene como características principales, la titularidad compartida, la temporalidad y eficacia, el ser indisponible y amplio:

“Titularidad compartida, es un derecho que le corresponde al visitado y al visitante (ambos beneficiados), debiendo ser cumplido o darse las facilidades para su ejecución a la persona que tiene bajo su tenencia o guarda a la menor, se le suele llamar gravado. No es exclusivo de ninguna de las partes, aunque el interés superior del niño le otorgue una mejor posición al mismo. Temporalidad y eficacia, el transcurso del tiempo es un factor que debilita las relaciones familiares, dado que aquellas personas que no se relacionan pierden el afecto y no permiten una integración real y natural. De allí que este derecho merece ser cautelado y ejercitado de manera rápida y perentoria. Indisponible, dada su naturaleza de derecho, el mismo no puede ser cedido ni renunciado, pero puede ser reglamentado y por casos especiales limitado o restringido por la ley. Amplio, teniendo como esencia las relaciones humanas, en general y

familiares, en especial, este derecho le corresponde a todas aquellas personas que requieran relacionarse con otras a efectos de lograr la consolidación de la familia (sea amplia o nuclear)”.

2.2.4. Determinación

Con respecto a la determinación del régimen de visitas al igual que la tenencia puede ser establecida en primer orden de común acuerdo por los padres, en segundo orden se le deja en manos del poder judicial en especial cuando hay de por medio un proceso de separación de cuerpos o de divorcio; en ese sentido VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2012) refiere:

“- Común acuerdo. Sin duda el más adecuado, pero no por ello el más usado (por el contrario), esta forma de establecimiento, incluso, puede ser definido en un proceso de mediación o conciliación familiar. - Sentencia judicial. En un proceso directo de establecimiento del régimen, o en los casos de sentencias que resuelven los casos de separación de cuerpos, divorcio, nulidad o tenencia en los que se debe considerar el régimen del caso para el padre que no tendrá al menor en lo cotidiano. - De oficio. Establecido por el juez a falta de solicitud de las partes. Esta

facultad responde a la máxima del interés superior del niño de relacionarse con el padre con quien no convive. Por el contrario, un caso especial, subsumido dentro del régimen de visitas, es que el progenitor que tenga a su cargo al menor puede solicitar que el otro asuma la responsabilidad comunicacional con su hijo, es decir, cabe la posibilidad de que quien no cumple con estar y compartir el desarrollo del niño pueda ser exigido a que lo haga”.

CAPITULO IV

LA PROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS EN LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Contexto socio-jurídico

La constitución política promueve la familia como institución jurídica-social y le reconoce una gama de derechos fundamentales para garantizar que cada uno de sus miembros se les otorga un tratamiento jurídico en un plano de igualdad cuando se encuentran involucrados en un conflicto familiar; en esa óptica proteccionista del derecho de familia, juegan un papel preponderante los derechos fundamentales concebidos como derechos inherentes a la persona humana, que han merecido la preocupación de los Estados a efectos de brindar una adecuada protección, garantizando una vigencia efectiva con diferentes mecanismos.

En la realidad fáctica se observa que independientemente de la forma como se constituyó la familia, sea unión de hecho o matrimonio; se presentan conflictos de pareja que les llevan casi siempre a separarse; en ese escenario al tener hijos de por medio, tienen que ponerse de acuerdo entre otras cosas, sobre la tenencia y el régimen de visitas de los hijos, los cuales por lo general siempre terminan siendo judicializados. El trámite de la tenencia y el régimen de visitas se realiza en la vía ordinaria; sin embargo, el derecho de familia al entrar en un proceso activo y progresivo de transformación desplegado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que de forma progresiva y reiterada ha establecido la

procedencia del Habeas Corpus cuando estemos frente a la vulneración de un derecho que es constitucionalmente protegido (derecho a tener una familia y no ser separado de ella, derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral), merece un tratamiento más rápido al respecto LOBATO VARGAS, Karen (2016) señala:

“De lo señalado, se verifica, que con el hábeas corpus no se busca dilucidar a cuál de los padres le corresponde la tenencia del niño, niña o adolescente, ni evaluar, sobre la base de las normas que rigen el derecho de familia, la pertinencia de haber dejado al menor al cuidado del padre o la madre. Lo que se pretende con el hábeas corpus es determinar si se ha violado un derecho constitucional de los menores y en caso de comprobarse una situación violatoria, disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, lo que significa que el niño o adolescente que ha sido privado de mantener contacto con uno de sus progenitores restablezca la comunicación y las visitas, cumpliendo con los fines de dicho proceso”.

El otro escenario para que proceda el habeas corpus en la tenencia y régimen de visitas, es cuando las posibilidades reales de actuación de la jurisdicción ordinaria en donde se tramita, se ve claramente desbordadas y hacen inviable que pueda cumplir con su finalidad; sobre este punto RUSSO, Ángel (2001) indica que las posibilidades de actuación de la

justicia ordinaria se ven desbordadas cuando existe una conducta reacia de uno de los padres de cumplir con las resoluciones judiciales:

“Las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria se ven desbordadas por la conducta reacia de uno de los padres de cumplir con las resoluciones judiciales, en dichos casos puede recurrirse de manera excepcional a la justicia constitucional, mediante acciones de garantía como las de hábeas corpus”.

En esa misma línea de comentario, LOBATO VARGAS, Karen (2016) refiere que las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria se ven desbordadas con la inejecución de una sentencia judicial o el incumplimiento de una transacción extrajudicial:

“...Sin embargo, como ya ha quedado establecido el hábeas no procede ante todos los casos de tenencia y régimen de visitas, por cuenta este es un proceso excepcional y a efectos del presente estudio, referimos que la excepcionalidad se cumple cuando las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria se ven claramente desbordadas, que la jurisdicción ordinaria haya sido desbordada significa que existe inejecución de una sentencia judicial que ha fijado un régimen de visitas o incumplimiento de una transacción extrajudicial, es decir cuando el padre custodio es renuente a permitir que su menor hijo mantenga contacto con el otro progenitor y ante

el caso omiso de los reiterados apercibimientos realizados por el juez especializado”.

2. Argumentos para la procedencia del habeas corpus en la tenencia y régimen de visitas

2.1. En la doctrina nacional

Analizando la doctrina nacional se esbozan como fundamentos para la procedencia del habeas corpus de manera excepcional en los procesos de tenencia y régimen de visitas en los derechos constitucionalmente protegidos como son el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral; y en los principios de protección especial del Niño y del interés superior del niño:

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

LOBATO VARGAS, Karen (2016) señala que solo procede separar al niño o adolescente de su familia de manera excepcionalmente cuando concurren causas específicas señaladas taxativamente en la ley o cuando de lo actuado se demuestre que esté en riesgo el interés superior del niño:

“De lo expuesto tenemos que, el ideal social y jurídico es que el niño y adolescente para su normal desarrollo deben vivir y crecer en el seno de una familia y excepcionalmente ser separados de esta, por causas específicas señaladas en la Ley o cuando esté en riesgo el

interés superior del niño, lo señalado está relacionado con el deber ser, sin embargo, en los casos de tenencia y régimen de visitas la realidad nos ha demostrado lo contrario que los niños y adolescentes ven afectado su derecho a vivir en una familia cuando sus padres deciden optar conjunta o unilateralmente por la separación. Sin embargo, el tema del resquebrajamiento familiar no termina con la separación de los padres, por el contrario, esta situación se torna más complicada cuando el padre que ejerce la tenencia de su menor hijo decide deliberadamente impedir que dicho menor sea visitado o mantenga contacto con el progenitor que tiene derecho al régimen de visitas, afectando así el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de está”.

CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2018) lo considera a este derecho de suma importancia, por cuanto permite alcanzar su desarrollo psicobiológico y bienestar del niño:

“En tal sentido, se determina que el niño y adolescente tienen la facultad de desarrollarse en su núcleo familiar, con el objeto de que alcancen su adecuado desarrollo

psicobiológico; y en el supuesto de que carecieran de su familia natural, tendrán el derecho de vivir en una familia sustituta. Derecho derivado de los derechos fundamentales como dignidad humana, valores y principios, en esa línea de pensamiento el niño y adolescente tienen derecho a tener una familia y vivir con ella, para satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que este es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad para desenvolvimiento y bienestar de sus miembros, en especial los niños y los adolescentes. El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar; de ahí que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así

como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño”.

2.1.2. Derecho a crecer en ambiente de afecto y seguridad moral

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2015) refiere que es un derecho fundamental de la infancia, tiene carácter intuito personae y es irrenunciable e imprescriptible:

“El derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter intuito personae, resultando, como se ha expuesto, irrenunciable e imprescriptible”.

Por su parte CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) menciona que este derecho permite que el niño o adolescente tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social:

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

LOBATO VARGAS, Karen (2016) pone énfasis que este derecho se expresa mediante la coparentalidad en el ejercicio de la patria potestad, cuyo ejercicio inclusive debe seguir así estén separados:

“En cuanto al derecho del hijo a ser cuidado por sus padres, es una idea dominante en las modernas legislaciones que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la

madre atiende mejor el interés de los hijos menores y constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa; como también lo es que, en razón al mismo interés de los hijos menores, la coparentalidad en el ejercicio de la patria potestad debe continuar, en la medida de lo posible, inclusive si los padres viven separados”.

2.1.3. Principio de protección especial del Niño

CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) resalta la naturaleza tuitiva de este principio y que recae en la familia, la comunidad, la sociedad y al Estado, al expresar:

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

y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos”.

LOBATO VARGAS, Karen (2016) resalta la naturaleza tuitiva de este principio y refiere que su protección tiene fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, al comentar:

“Queda claro entonces, que el niño y adolescente por la situación especial en la que se encuentran (fragilidad, inmadurez o inexperiencia) y su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida independiente merecen una atención especial por parte de la familia, el Estado y la sociedad, requiriendo todos los cuidados propios que por su edad necesitan a fin de desarrollarse a plenitud y gozar del bienestar propio de su edad. Dicha protección encuentra su fundamento en los tratados internacionales de Derechos Humanos a los cuales nuestro Estado se encuentra adscrito, que considera al niño y adolescente como sujeto de derecho, así lo ha reconocido también la doctrina de protección integral del niño”.

2.1.4. Principio del Interés Superior del Niño

Este autor LOBATO VARGAS, Karen (2016) asocia el principio del interés superior del niño con el tiempo, ya que los procesos de tenencia y régimen de visitas pueden demorar por varias razones en su tramitación o ejecución, lo cual ocasiona o puede ocasionar efectos adversos en la evolución de los niños, en ese sentido expresa:

“Se colige entonces, que el proceso debe contar con las garantías estrictas para proteger el interés superior del niño, y una de las principales garantías a tener en cuenta en los casos de tenencia y régimen de visitas es la del tiempo, al respecto la Convención ha señalado que los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede

beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión”.

Por su parte CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2014) precisa que principio del interés superior del niño, las normas y las políticas públicas deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad, al señalar:

“Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las

características particulares de la situación en la que se halla el niño”.

2.2. En la jurisprudencia nacional

Analizando la jurisprudencia nacional también se esbozan como fundamentos para la procedencia del proceso constitucional de Habeas Corpus de manera excepcional en la tenencia y régimen de visitas cuando se ha vulnerado derechos constitucionalmente protegidos como son el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y los principios de protección especial del Niño y del interés superior del niño; pero agregan un segundo supuesto que es cuando las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria se ven desbordadas, así se tiene que en el expediente N° 01317-2008-PHC/TC se hace referencia al hábeas corpus como vía de protección de la familia especialmente, restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares al establecer:

“...Que, el proceso de hábeas corpus en su evolución jurisprudencial, constituye una vía de protección de la esfera subjetiva de libertad de la persona; por tanto, restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, no sólo incide sobre el contenido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, sino que se opone también a la

protección de la familia como garantía institucional de la sociedad...”.

Del análisis de la resolución del Tribunal Constitucional, queda claro que el proceso constitucional de habeas corpus que tradicionalmente se basaba en la protección de derechos fundamentales de la persona, en especial se orientaba a la interpretación restringida de la libertad personal, y se centraba exclusivamente en la protección de la libertad física, corporal y ambulatoria de la persona humana; como consecuencia de la evolución del derecho que tiene que normar la realidad social imperante, por ello, amplió su ámbito de protección de los derechos fundamentales, amparando otros derechos conexos que están directamente relacionados con el derecho de familia, como es el derecho al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares, este derecho se sustenta en que la constitución reconoce a la familia como organización social y célula básica de la sociedad independientemente si se trata de una familia ensamblada o adoptiva; su protección obedece a la aplicación irrestricta del principio del interés superior del niño acorde a la observancia de la ordenanza número 14 de la corte internacional de derechos humanos; el derecho a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material ya que en el interior de la familia es donde se desarrolla el carácter y la personalidad del menor; finalmente el derecho a tener una familia y no ser separado de ella aun cuando los padres estén separados o divorciados, nada debe impedir que el menor esté en

contacto con ambos padres, ya que lo que se rompe o disuelve es el vínculo de afinidad pero el de consanguinidad con respecto a sus hijos subsiste y este no puede verse restringido salvo en los casos establecidos por la ley; estos derechos están relacionados con las instituciones familiares como la tenencia y el régimen de visitas, y que ahora recaen sobre el ámbito de protección del proceso de hábeas corpus.

En el expediente N° 1817-2009-PHC/TC el Tribunal Constitucional vuelve a reiterar que en virtud del principio de protección especial del niño, del interés superior del niño, del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, y del derecho al desarrollo armónico e integral, la tenencia y el régimen de visitas como instituciones tutelares de la familia, también merece protección constitucional a través del proceso de hábeas corpus, su fundamento estriba en:

“...Que, en el proceso de hábeas corpus, y en virtud del principio iura novit curia se estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal han sido vulnerados, sino también el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales...”

Ésta resolución del Tribunal Constitucional asume la postura de la resolución N° 01317-2008-PHC/TC en el sentido de amparar materias del derecho de familia como ámbito de protección del proceso constitucional del habeas corpus; pero la diferencia en sus fundamentos es que parte de la premisa de que el habeas corpus protege el derecho a la libertad personal y seguridad de la persona, luego prosigue en su análisis para establecer que cuando un menor es separado de su familia o respecto de uno de sus padres, no solo pone en riesgo el derecho del menor a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, si no que se evidencia que estos hechos tienen relación directa con el derecho a la libertad física e integridad de la persona, por cuanto en muchos casos el padre que tiene la tenencia del menor no permite que el otro padre lo vea bajo el régimen de visitas, reteniéndolo de manera abusiva e inclusive llegando amenazar al menor; este panorama fue valorado por el Tribunal Constitucional y estableció que si bien los derechos que se le reconocen a los menores de tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material son pasibles de protección en la vía civil u ordinaria; sin embargo, en virtud del principio del interés superior del niño, también son merecedores de protección constitucional a través del proceso constitucional de hábeas corpus como vía excepcional por estar relacionado con la libertad física de la persona.

En el expediente N° 02892-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional refiere que, frente a un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, en los casos de tenencia de un menor y régimen de visitas procede la protección vía el proceso de habeas corpus:

“...Sin embargo, ello no implica que toda demanda de hábeas corpus relacionada con la tenencia carezca per se de relevancia constitucional. Así, este Tribunal en otras ocasiones ha declarado fundadas demandas en las que se ha impedido el contacto de los hijos con uno de los padres porque ello vulneraba el derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño. Ahora bien, no se trata que el hábeas corpus se convierta en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia, sino que en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y otros derechos fundamentales”.

En esta resolución el Tribunal Constitucional vuelve a reiterar su línea jurisprudencial de la procedencia del proceso constitucional del

habeas corpus en el ámbito del derecho de familia, especialmente hace mención que en determinados casos de tenencia de un menor y del régimen de visitas donde se evidencie que existe un acto violatorio de los derechos del menor a tener una familia constituida, a crecer en un ambiente pleno de afecto y de seguridad moral y material e inclusive el Tribunal Constitucional, resalta que puede estar relacionado con la integridad personal del menor y otros derechos fundamentales; en todos estos supuestos descritos, en opinión del Tribunal Constitucional existe relevancia constitucional y por ende es factible que estos hechos sean de su conocimiento a través de la vía excepcional del proceso de Habeas Corpus, poniendo énfasis en que tampoco se permita su ejercicio abusivo del derecho y conviertan al proceso de habeas corpus en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia y régimen de visitas.

Finalmente, en el expediente N° 04227-2010-PHC/TC-LIMA el Tribunal Constitucional refiere que procede la protección vía el proceso de habeas corpus de la tenencia de un menor y régimen de visitas cuando es evidente que se ha desbordado claramente las posibilidades reales de actuación de la jurisdicción ordinaria:

“Como ya se ha referido supra este Tribunal Constitucional ha reconocido a través de su jurisprudencia que el impedimento de alguno de los padres de estar en contacto con sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos de tener

una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso integridad personal, entre otros. Sin embargo, conforme a la propia naturaleza de los procesos constitucionales, no cabe acudir a la jurisdicción constitucional para dilucidar temas propios de la jurisdicción ordinaria, concretamente respecto de los temas relativos a los procesos de familia, no cabe acudir a la vía constitucional con el fin de dilucidar aspectos tales como la tenencia o el régimen de visitas. Desde luego, tampoco puede utilizarse a la jurisdicción constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad. Así, tales aspectos deberán ser dilucidados y ejecutados ante la propia jurisdicción ordinaria. No obstante, en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria hayan sido claramente desbordadas, se podría acudir de manera excepcional a la justicia constitucional. En el presente hábeas corpus es posible apreciar de lo actuado que el caso ha desbordado claramente las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria por el transcurso del tiempo...”.

3. Propuesta normativa

3.1. Exposición de motivos

En conclusión, teniendo en cuenta los criterios jurídicos del Tribunal Constitucional que de forma reiterada ha venido estableciendo su línea jurisprudencial a favor de la procedencia del proceso constitucional del habeas corpus en el ámbito del derecho de familia, especialmente en las instituciones jurídicas de tenencia de un menor y del régimen de visitas aunado a los aportes doctrinarios de los citados autores que esbozan los fundamentos socio-jurídicos que justifican la procedencia del proceso constitucional del hábeas corpus en el derecho de familia; y la influencia positiva que ha tenido el desarrollo del proceso de habeas corpus a nivel jurisprudencial en la protección de los derechos de tenencia y régimen de visitas en la protección del vínculo familiar, venciendo el paradigma tradicional que el habeas corpus se limitaba a la defensa de la libertad en su expresión limitada y restringida, todo ello me lleva a recomendar en aras de uniformizar su aplicación para una justicia predecible e igualitaria, la modificación de la parte in fine del artículo 25 del Código Procesal Constitucional en el sentido de que debe incluir como uno de los derechos constitucionales conexos con la libertad personal al principio de protección del vínculo familiar.

En la doctrina CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2018) considera viable la procedencia del habeas corpus en materia de derecho de familia, para lo cual sostiene:

“...En tanto la tenencia y el régimen de visitas no resultan eficaces a la protección de los principios de protección especial e interés superior del niño y a los derechos a crecer en ambiente de afecto y de seguridad moral y material, a tener una familia y no ser separado de ella; en tanto no basta con tener sentencia favorable para garantizar su eficacia, por lo que, en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de hábeas corpus, a fin de hacer efectivo la sentencia judicial a favor de uno de los padres...”

Este autor en su artículo esboza los fundamentos jurídicos que justifican el uso del hábeas corpus en el derecho de familia, partiendo de que la problemática está orientada a que siendo el proceso constitucional de hábeas corpus de naturaleza especial que protege la libertad individual corporal por antonomasia, se extienda al ámbito del Derecho de Familia, a fin de proteger la libertad, la dignidad, la libertad personal de la familia y de los menores, ya que no basta con tener sentencia favorable que ordene la tenencia o el régimen de visitas a favor de uno de los padres para garantizar su eficacia jurídica, razón por la cual en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de hábeas corpus para hacer efectivo la sentencia judicial a favor de uno de los padres.

Igualmente, LOBATO VARGAS, Karen (2016) propone la procedencia del habeas corpus en la tenencia y régimen de visitas estableciendo que:

“...Una sentencia emitida con fecha 2 de junio del 2009, no ha podido ser ejecutada hasta el 2014, razón como la expuesta hacen necesario plantear una salida eficaz a dicho problema; se propone sostener la procedencia de la Garantía Constitucional de Hábeas Corpus en el Derecho de Familia en casos relacionados con la tenencia y el régimen de visitas, cuando las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria son desbordadas”.

Para la autora en su tesis de grado sobre la garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia sobre tenencia y régimen de visitas, deja claramente establecido cual es el escenario para la procedencia del habeas corpus en materia de derecho de familia, al referirse que cuando las posibilidades de actuación de los operadores jurídicos que laboran en la jurisdicción ordinaria se ven desbordadas; ello se puede graficar en que la realidad judicial a nivel nacional con ciertas excepciones, demuestra que una vez establecida por el A quo la tenencia y el régimen de visitas en favor de uno de los padres o de los familiares mediante sentencia consentida o ejecutoriada, la resolución en la mayoría de los casos puede tomar meses e incluso años en poder ser ejecutada prolongando su eficacia

jurídica en el tiempo, en donde el más perjudicado es el menor ya que en ese tiempo no podrá reunirse o visitar a su otro padre afectando con ello su derecho a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; esta coyuntura obedece en muchos casos por la excesiva carga procesal, pero también existen casos en donde la culpa corresponde a la pasividad de las partes o la falta de impulso de oficio del magistrado.

3.2. Texto propuesto del artículo 25 del CPC

Artículo 25.- Derechos protegidos

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

- 1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

- 5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- 6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
- 7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite "f" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
- 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- 9) El derecho a no ser detenido por deudas.
- 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal "g" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.

12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.

13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.

14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.

15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.

16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.

17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso, la inviolabilidad del domicilio **y el principio de protección del vínculo familiar como garantía institucional de la sociedad y del estado.**

CONCLUSIONES

- La procedencia del habeas corpus como vía excepcional en la tenencia y régimen de visitas repercute de manera positiva en la protección del vínculo familiar porque permite la consolidación de derechos constitucionalmente protegidos y faculta su actuación cuando la justicia ordinaria es desbordada por la conducta renuente de uno de los padres para acatar el fallo judicial.
- El proceso constitucional del habeas corpus tiene su origen en la ley del 21 de octubre de 1897, para luego poseer rango constitucional a través de la Constitución de 1920, 1933, 1979 y 1993, y es desarrollado en el código procesal constitucional, su naturaleza jurídica es la de ser un mecanismo procesal, destinado a proteger la libertad individual y los derechos conexos, su finalidad es proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza, procede contra actos u omisiones que vulneren o amenacen los derechos constitucionales protegidos, su tipología en la jurisprudencia reconoce el hábeas corpus reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo e innovativo; sin embargo en la doctrina se reconoce el habeas corpus conexo para proteger derechos relacionados con la libertad personal.
- La tenencia y el régimen de visitas son instituciones tutelares del derecho de familia, la tenencia es un derecho-deber que pone énfasis en la convivencia y el cuidado de los hijos, tiene dos etapas la tenencia provisional y la definitiva, su determinación se da cuando hay acuerdo de

los padres, cuando no hay acuerdo se recurre al juez y una tercera que recae en los abuelos según la jurisprudencia nacional, y existen dos clases de tenencia, la monoparental y la compartida; el Régimen de visitas forma parte del derecho de relación que busca la consolidación de la relación paterno-filial, su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales para el desarrollo integral del menor, entre sus características se tiene que es irrenunciable, no tiene carácter definitivo, es de carácter personal, es indelegable y no es absoluto, su determinación es por común acuerdo o por sentencia judicial.

- A la luz de la doctrina nacional, para la procedencia del Habeas Corpus de manera excepcional en los procesos de tenencia y régimen de visitas, se tiene como fundamentos, los derechos constitucionalmente protegidos como son el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral, y los principios de protección especial del Niño y del interés superior del niño; asimismo, en la jurisprudencia nacional también se esbozan como fundamentos de procedencia del habeas corpus la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos pero agregan un segundo supuesto que es cuando las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria se ven desbordadas por la conducta renuente de uno de los padres de cumplir con las resoluciones judiciales.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda, en aras de uniformizar su aplicación para una justicia predecible e igualitaria, la modificación de la parte in fine del artículo 25 del Código Procesal Constitucional en el sentido de que se debe incluir como uno de los derechos constitucionales conexos con la libertad personal al principio de protección del vínculo familiar como garantía institucional de la sociedad y el Estado, en ese sentido el artículo propuesto sería:

Artículo 25.- Derechos protegidos

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

- 1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 3) El derecho a no ser exiliado, desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

- 5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- 6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
- 7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
- 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- 9) El derecho a no ser detenido por deudas.
- 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.

12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.

13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.

14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.

15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.

16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.

17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso, la inviolabilidad del domicilio **y el principio de protección del vínculo familiar como garantía institucional de la sociedad y del estado.**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. En revista derecho y sociedad, número 132, lima: PUCP.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. (2013). Derecho de Familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- AYVAR CHIU, Karina. (2011). La tenencia solo puede ser ejercida por los padres. Diálogo con la Jurisprudencia. N° 148, Lima: Gaceta Jurídica.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. (2017). Los procesos constitucionales en el código procesal constitucional, particular énfasis en el título preliminar. En revista gaceta constitucional y procesal constitucional, tomo 113, Lima: Gaceta jurídica.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. (2004). Manual de derecho de familia. Buenos aires: Astrea.
- CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert. (2018). Fundamentos jurídicos que justifican el uso del hábeas corpus en el Derecho de Familia. En revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 127, julio, Lima: Gaceta jurídica.
- CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert. (2014). Fundamentos jurídicos que justifican el uso del hábeas corpus en el Derecho de Familia. Tesis presentada para obtener el Grado Académico de Maestro en Ciencias, Cajamarca: Universidad nacional de Cajamarca.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006). La finalidad del hábeas corpus. Revista peruana de jurisprudencia, volumen 53. Lima: Universidad de Piura.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2011). Sobre el significado constitucional del hábeas corpus. Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces, volumen 45. Lima: Universidad de Piura.
- CHÁVEZ BUSTAMANTE, Anita (2012). Un reparto equitativo de la autoridad paterna. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley 29269. En dialogo con la jurisprudencia Actualidad, análisis y criterio jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. (2012). Los derechos del niño, niña y adolescente. Lima: Grijley.
- ESTRADA VELEZ, Sergio. (2010) Los derechos Fundamentales de la Familia. En Revista de Derecho. Barranquilla: Fundación Universidad del Norte.
- ETO CRUZ, Gerardo. (2017). El amparo. Ámbito de protección de los derechos fundamentales. Lima. Gaceta jurídica.
- ETO CRUZ, Gerardo. (2011). El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima: Adrus.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. (1998), El proceso constitucional del Hábeas Corpus - Derecho procesal constitucional. Trujillo: Marsol.

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco (2008). Proceso de habeas corpus. Lima: Grijley.
- HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. (2008). Procesos judiciales derivados del derecho de familia. Lima: Gaceta Jurídica.
- HUERTA GUERRERO, Luis. (2006). El proceso constitucional de habeas corpus en el Perú. En anuario de derecho constitucional latinoamericano. México: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
- LOBATO VARGAS, Karen. (2016). La garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia relacionados con tenencia y régimen de visitas. Tesis presentada para obtener el título de abogada, Cajamarca: Universidad nacional de Cajamarca.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. (1984). Derecho de familia. Buenos Aires: Abeledo perrot.
- MERCADO, Yanci y MERCADO, María. (2013). El Derecho de Alimentos y su Tutela Jurídica. Tesis de pregrado para la licenciatura de derecho. Managua: Universidad centroamericana.
- MORALES CHUQUILLANQUI, Miriam. (2017). El interés superior del niño en el proceso de tenencia. Tesis para optar el grado académico de maestra en derecho constitucional. Lima: Universidad Federico Villarreal.
- NAVARRO VIÑUALES, José et al. (2006). El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales. Navarra: Civitas.
- NEYRA ZEGARRA, Ana. (2016). Derecho Procesal Constitucional. Material auto instructivo. Lima: Academia de la Magistratura.

- ORÉ GUARDIA, Arsenio. (2016). El habeas corpus. Un enfoque casuístico. Lima: Gaceta jurídica.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. (2015). Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.
- RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2018). El caso Fujimori y la sustracción de la materia en los procesos constitucionales. En revista gaceta constitucional y procesal constitucional, tomo 127, lima: Gaceta jurídica.
- RUSSO, Ángel. (2001). Derechos humanos y garantías. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eudeba, 2001.
- SALANOVA VILLANUEVA, Marta (1995). Aproximación al derecho de visita. En actualidad civil, número 2. Madrid: Wolters Kluwer.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2012). Jurisprudencia sobre Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.
- VIGO ZEVALLOS, Hermilio. (2002). Habeas corpus. Lima: Idemsa.
- ZANNONI, Eduardo. (2000). Derecho de familia. Tomo II. Buenos Aires: Astrea.