

# CONTENIDO PERSONAL Y PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD Y EL DERECHO DE COMUNICACIÓN Y RELACION DE LOS PADRES CON SUS HIJOS: ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS

Christian Hernández Alarcón<sup>1</sup>

**1. Concepto:** La patria potestad ha evolucionado de un derecho absoluto del padre varón ha un derecho-deber cuya titularidad y ejercicio le corresponden a ambos padres. En esta medida, se caracteriza de acuerdo a la tendencia actual como un “conjunto complejo de derechos y deberes y obligaciones<sup>2</sup>”.

## 2.-Características

**2.1. Derecho y deber al mismo tiempo:** La configuración compleja de sus atributos como deberes-derechos, a veces parece no corresponder a la forma de redacción en la que se encuentra presente en algunos casos un mayor acento a los deberes y en otros a los derechos. Así por ejemplo cuando nuestra legislación señala que el padre y la madre tienen que velar por la persona y bienes de sus hijos menores de edad, pareciera que hay un mayor acento a los deberes. Por otro lado, cuando afirma que los padres pueden recibir su ayuda atendiendo a su edad, condición y sin perjudicar su atención como por ejemplo (inciso g del Art 74 del CNA) que les otorga el derecho de administrar y usufructuar sus bienes (inciso h del Art 74 del CNA) teniendo que restituir sólo el 50% de los productos. (Art 1004 del CC), pareciera que hay un mayor acento a los derechos. Reforzados por el conjunto de deberes de los hijos hacia los padres que la legislación consagra en el artículo 24 del CNA que incluso tienen fundamento constitucional (Art 6 C93), No obstante, debemos precisar que en cada atributo de la patria potestad existe una configuración indisoluble entre el deber y el derecho, de tal modo que no podemos ver solo el derecho o el deber, sino ambos aspectos vinculados con la finalidad de lograr el desarrollo integral del niño y la protección de sus derechos.

**2.2. Derecho con fundamento y marco constitucional:** Para determinar los alcances de este denunciado debemos tener en cuenta lo que señala nuestra carta fundamental.

El Artículo 6, segundo párrafo de la Constitución señala que:

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

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

Como podemos ver la Constitución, expresa el fundamento del derecho-deber de la patria potestad, resaltando tres dimensiones específicas: alimentar, educar y dar seguridad, las cuales se interpretan de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño y desarrollan por medio de las normas de menor rango. La regulación normativa, así como su interpretación y aplicación concreta en situaciones concretas de ejercicio de la patria potestad, tiene que tener en cuenta los límites que emergen del marco constitucional.

En tal sentido, tanto la igualdad de los hijos (Art. 6 C93), como la igualdad de los sexos (Art. 2.2 C93), inciden de modo determinante en el ejercicio conjunto de la patria potestad, el cual no puede ser limitado por el tipo de filiación matrimonial (Art. 419 CC) o extramatrimonial (Art. 421 CC), tampoco por ninguno de los padres, respecto del otro, este enunciado merece un desarrollo más detallado, el cual abordaremos por separado.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

<sup>2</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, “Derecho Familiar Peruano” Décima Edición Actualizada, Gaceta Jurídica 1999, p 520.

### **2.3. El ejercicio conjunto de la patria potestad, tanto matrimonial como extramatrimonial**

El Art. 419 del Código Civil, señala que la patria potestad se ejerce en forma conjunta por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. Parecería que detrás de esta norma no hay ningún problema constitucional, pues sería concordante con el principio de igualdad del varón y la mujer apuntado constitucionalmente. Sin embargo, si tenemos en cuenta el subrayado, en concordancia con el inciso g del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, dicho ejercicio conjunto únicamente se daría durante la vigencia del matrimonio.

Por otro lado, en el caso de la filiación extramatrimonial, el artículo 421 del Código Civil señala que la patria potestad se ejerce por el padre o madre que los ha reconocido. No obstante, el segundo párrafo de ese mismo artículo cuando ambos lo han reconocido establece que el juez determina a quien corresponde la patria potestad, lo cual significaría que el otro quedaría suspendido en su ejercicio.

En tal sentido, nuestra legislación Civil tanto frente al régimen de la filiación matrimonial como en el caso de la extramatrimonial, en el caso de la patria potestad, si bien regula que esta surge cuando el hijo nace dentro del matrimonio, o cuando es reconocido, confunde la patria potestad con la tenencia, pues identifica el hecho de vivir juntos o separados con la suspensión de la patria potestad,

En este sentido, como ya lo hemos señalado anteriormente<sup>3</sup>, haciendo una aplicación sistemática de las normas y desde una lectura constitucional de las mismas, podemos concluir que en nuestra legislación la patria potestad en la filiación matrimonial se ejerce por ambos padres y en la extramatrimonial se ejerce por los padres que han reconocido al hijo, manteniéndose en tanto no se incurra en alguna de las causales "numerus clausus" del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que no se podría suspender su ejercicio por el hecho de que los padres no vivan juntos. Debiéndose tener en cuenta además que al existir una sola filiación con prescindencia del origen<sup>4</sup>, existe también un único sistema de suspensión y extinción.

En este orden de ideas, si tenemos en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes tampoco suspende el ejercicio de la patria potestad en el caso de la separación convencional y divorcio ulterior (Art. 76), y que esta regulación es coherente con el ejercicio conjunto proyectado por los principios constitucionales de igualdad de los hijos y de igualdad del varón y la mujer en el ejercicio de la patria potestad, así como con la normatividad internacional. (Art. 18.1 CIND). Consideramos, por ello, inconstitucional el Art. 75 inciso g, que en casos de separación, divorcio o invalidez, suspende la patria potestad, pues al tener dicha suspensión como causa fuente el incumplimiento de los deberes conyugales, más no los vinculados con su ejercicio, vulnera el principio de igualdad de los hijos al generar una regulación distinta, (de acuerdo al tipo de separación), que los coloca como un trofeo para el ganador del divorcio por culpa, sancionándolos por hechos cometidos por sus padres y dificultando el ejercicio de sus derechos humanos específicos, concretamente el derecho de comunicación y relación, además de constituir una injerencia arbitraria que imposibilita que ambos padres ejerzan sus responsabilidades, derechos y deberes de padres luego del divorcio, ahondando los efectos perjudiciales del mismo sobre sus hijos.

Por otro lado, en un caso de divorcio por causal, al resolverse automáticamente o por voluntad unilateral del juez en la sentencia sobre la suspensión de la patria potestad, se vulnera el principio de congruencia procesal, pues se termina fallando sobre un aspecto no controvertido, que no ha formado parte del debate probatorio al interior del proceso judicial. Distinta sería la situación, en la demanda se acumula la suspensión como una pretensión accesoria la cual tiene que estar fundamentada como lo hemos señalado anteriormente la alegación y prueba de la comisión de hechos vinculados con el ejercicio del rol paterno o materno filial en discusión.

### **2.4. Derecho personalísimo, temporal y relativo.-** Podemos señalar que el derecho-

---

<sup>3</sup> En este sentido nos pronunciamos en HERNANDEZ ALARCON, Christian " Disponibilidad de la obligación . En abogados legal report .....etc.

<sup>4</sup> La Constitución señala en el tercer párrafo del Art. 6" Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes ....".

deber de la patria potestad es personal, pues el mismo concepto señala su titularidad a los padres (Art. 418 CC) En este sentido, es intransmisible e indelegable, pues cuando no hay padres, no hay patria potestad, sino; alguna de las instituciones supletorias a las que el balotario denomina responsables: tutor, colocación familiar o institucional.

El derecho-deber de la patria potestad es un derecho temporal pues termina cuando, cesa la incapacidad del hijo.

Es relativo, pues se trata de una institución de orden público, correspondiéndole al estado velar por el ejercicio adecuado del mismo. En tal sentido, la regulación normativa no concede derechos ilimitados, contemplando casos en los que los padres deben solicitar autorización judicial. (Art. 109 y 110 del CNA). Asimismo, frente al incumplimiento de los deberes considera una sanción. (Art. 75 y 77)

**3. Función de la Patria Potestad.-** La función de la patria potestad se encuentra señalada en el inciso a del Art. 74 del Código de los Niños y Adolescentes, donde se señala que es deber y derecho de los padres velar por el desarrollo integral de los hijos. En esta finalidad se integran en el ejercicio conjunto de ambos padres, tanto los contenidos personales como los patrimoniales de la patria potestad, vinculados con los principios centrales de la Convención de los Derechos del Niño: Principio de no discriminación, en tanto todos los hijos tienen los mismos derechos (Art. 6 C93 y Art. 2 CDN), la provisión de lo necesario para el desarrollo del niño (Art. 6 CDN) mediante el ejercicio concreto de los derechos y obligaciones expresados en decisiones, en las que se debe tener en cuenta su interés superior. (Art 3 CDN) y el respeto a sus propias opiniones, en la determinación de dicho interés (Art. 12 CDN)

**4. Contenido de la patria potestad.-** Siguiendo a Cornejo<sup>5</sup> y para efectos metodológicos, podemos dividir los atributos que conforman la patria potestad en dos grupos: los atributos de deberes y derechos relativos a la persona de los hijos (derechos y deberes personales) y los atributos relativos a sus bienes (derechos y deberes patrimoniales). Como vemos no somos los primeros en hacer esta distinción ni seremos los últimos<sup>6</sup>. Para este efecto y teniendo en cuenta que este material es básicamente de estudio, hemos considerado como contenido a los enunciados en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, procediendo a explicar en forma breve sus alcances en cada caso.

#### **4.1. Derechos y deberes personales**

**4.1.1. Sostenimiento** (Art. 74 inc. b CNA) Es otra manera de referirse a los alimentos, los cuales incluyen la provisión de la educación<sup>7</sup>.

**4.1.2. Dirección del proceso educativo, conforme a su capacidad y aptitudes.** (Art. 74 inc. c CNA), el cual puede implicar distintas situaciones de disenso las cuales pueden resolverse judicialmente (Segundo Párrafo del Art. 419 del CC) o mediante conciliación.<sup>8</sup>

**4.1.3. Formación personal, corrección moderada y ayuda de los hijos a los padres.-** (Art 74 inc.d) La formación personal de los niños se encuentra dirigida principalmente a su entrenamiento en el ejercicio progresivo de sus derechos en concordancia con la evolución de sus facultades. Se trata pues de una preparación para el ejercicio de una libertad, por medio del ejercicio progresivo de dicha libertad.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Ibidem p 529 y ss,

<sup>6</sup> Un tratamiento similar pero con énfasis en los derechos y deberes en forma conjunta lo encontramos en PLACIDO Alex, "Manual de Derecho de Familia" p 324 y ss.

<sup>7</sup> Cfr Art. 93 del CNA y Art. 27. 2 CIDN

<sup>8</sup> La Ley 28494 permite dicha posibilidad. Al respecto hemos señalado distintas posibilidades de aplicación en "La conciliación ante el Fiscal de Familia" Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 138, mayo 2005, p 71 a 74 y en "La conciliación en materia familiar ante el Fiscal de Familia en <http://www.teleley.com.pe>

<sup>9</sup> Es ilustrativo al respecto leer el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño donde en relación a los padres señala finalmente "... de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."

Dar buenos ejemplos a sus hijos es deber de ambos padres, lo que significa implica que el padre al ser un modelo de comportamiento para su hijos debe comportarse con estricta observancia de las normas y dentro del marco legal. La corrección llamada moderada por el código implica que tiene que se ejercida como derecho y como deber con la estricta observancia del principio de dignidad humana de sus hijos no afectando su integridad ni física ni psicológica, en tal sentido no solo se excluye el maltrato como medio de corrección; sino, que es sancionado con la suspensión (inciso e del Art. 75 CNA.) y ante su reiterancia con la suspensión. (inciso e del Art. 77 CNA) Consideramos inconstitucional, la última parte del inciso d, pues implica la posibilidad de que el padre recurra a la autoridad judicial para solicitar una sanción, la cual no podría ser otra que la privación de la libertad, hecho que atenta contra su condición de sujeto de derechos.<sup>10</sup>

Por otro lado, respecto al derecho de los padres de recibir la ayuda de sus hijos de acuerdo a su edad y condición sin perjudicar su atención, (inciso g del Art. 74 del CNA, el cual implica un desarrollo del deber de los hijos regulado en el inciso d del artículo 24 del mismo cuerpo normativo que señala que es deber de los hijos colaborar en la casa de acuerdo a la edad, que debemos concordar incluso con las normas referidas al trabajo de los niños, el cual no puede afectar su normal desarrollo. Cfr Art 22, 51 y 63 del CNA.

**4.1.4. Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos** Se enuncia el derecho deber de los padres de vivir con sus hijos o tener los en su compañía, nuestra legislación ha optado por el término tenencia desechando el de custodia o guarda, términos que tienen mas relación con la idea de cuidado y protección que la sola tenencia (tener), no obstante el concepto de tenencia implica tanto tener como cuidar y vigilar, respondiendo por ello por los daños que pudiera causar el hijo sin discernimiento (Art 1976 del CC) y solidariamente cuando sus hijos tienen discernimiento ( Art. 458 y 1975 del CC).

El derecho de recurrir a la autoridad para recuperarlos en caso de que sean arrebatados de su lado, puede ser uno de los casos de solicitud de tenencia (Art. 83 del CNA) lo que incluye la retención ilícita y el traslado ilícito al extranjero, que da lugar al procedimiento de restitución internacional, regulado mediante convenios internacionales<sup>11</sup>

**4.1.5. Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y responsabilidad civil** Los representantes de los hijos son los padres, tanto en los actos civiles como ante lo procesos judiciales. (representación procesal) en tanto no adquieran responsabilidad civil, esto es a los 12 años, de acuerdo a nuestra legislación pues a partir de dicha edad pueden ser pasibles de ser sancionados con medidas socioeducativas. Asimismo, existen situaciones previstas en la ley (Art. 46 del CC) en el que cesa la representación únicamente en los siguientes casos: cuando un adolescente mayor de catorce años, tiene un hijo, desde el nacimiento tiene capacidad para reconocerlo, demandar por gastos de embarazo y parto. Asimismo, para demandar y ser parte en procesos de tenencia y alimentos.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Jacques Donzelot señala al respecto: En un primer momento el estado gobernaba por medio de la familia. Ella era “sujeto y objeto de gobierno” Sujeto por la distribución interna de sus poderes y objeto por que por medio del jefe de familia se inscribe la línea de dependencia con el estado. El Estado les dice a las familias mantengan a sus hijos en las reglas de obediencia a nuestras exigencias, mediante eso podrá usarlos a su antojo y si contravienen sus órdenes, el Estado dará el apoyo necesario para hacerlos entrar en el orden. DONZELOT Jacques “La Policía de las Familias” Pre textos, Versión Castellana de José Vásquez Pérez. En la modernidad en nuestra legislación como parte de la patria potestad se le ha entregado a los padres poderes omnímodos que el estado respalda. Así el artículo 423 inciso 3 del Código Civil señala que los padres “tienen el deber y derecho de corregir moderadamente a sus hijos y cuando esto no bastare recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un centro dedicado a la reeducación de menores”. El Código de los Niños y Adolescentes actual señala en su artículo 74 d “corregirlos moderadamente, cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente. Prácticas como esta son incluso recogidas por la doctrina nacional, sin ser sometidas la crítica ni contradichas. Ver al respecto el desarrollo del contenido y alcances del derecho- deber de corrección en PLACIDO, ALEX “ Filiación y Patria Potestad” Gaceta Jurídica, 2003 p 520 y ss

<sup>11</sup> Cfr .Art 11 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

<sup>12</sup> Este aspecto puede ser ampliado revisando el interesante artículo de BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia , titulado : “ Alcances de la patria potestad de los padres en cuanto a la representación legal de los hijos menores de edad en el proceso judicial” en Dialogo con la Jurisprudencia, Lima, Año 8, N 46, Julio del 2002, p 71-77.

## **4.2. Derechos y Deberes patrimoniales**

### **4.2.1. Administración de los padres**

Del Diccionario de la Real Academia, consideramos que las acepciones más adecuadas a lo que significa la administración paterna de los bienes de los hijos, señalada en el inciso h del Código de los Niños y Adolescentes y el término “cuidar... de los bienes de sus hijos menores” del Art. 418 del Código Civil es “ordenar, organizar, los bienes y graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto.”<sup>13</sup> Todo ello, claro está con la finalidad del logro del desarrollo integral del niño (Art. 6 de CIDN), para cuyo efecto, tiene que tomar decisiones por sí mismo en el caso de los actos ordinarios de administración y otras con autorización judicial en el caso de actos extraordinarios, el las cuales se verificará el logro de la máxima tutela de sus derechos en cada momento. (Interés Superior del Niño, consagrado en el Art. 3 de la CIND)

Nuestra legislación señala únicamente qué actos requieren autorización judicial, entre ellos para enajenar o gravar (Arts. 109 y 110 del Código del Niño y el adolescente, que modifican el Art. 447 del Código Civil.) Asimismo, se encuentran otros actos para los cuales se requiere autorización en el Art. 448 del Código Civil:

1. Arrendar bienes por más de tres años, por lo que se entiende que un arriendo de menor plazo es un acto de administración ordinaria.
2. Hacer partición extrajudicial.
3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.
4. Renunciar herencias, legados o donaciones.
5. Celebrar contratos de sociedad o continuar en la establecida.
6. Liquidar la empresa que forma parte de su patrimonio.
7. Dar o tomar dinero en préstamo.
8. Edificar excediéndose las necesidades de la administración.
9. Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas, es decir con pagos que tienen que hacerse.
10. Convenir en la demanda.

Existen bienes que se encuentran exceptuados de la administración de los padres (Art. 425 del Código Civil) entre los que se encuentra aquellos que los hijos han adquirido por el producto de su trabajo y los donados y dejados en testamento a los hijos con la condición de que sus padres no los administren, en cuyo caso serán administrados por un curador de bienes conforme lo señala el inciso 7 del Art. 306 del Código Civil. Del mismo modo, este artículo señala algunos casos donde es pertinente nombrar curador de bienes: los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos (inciso 3), cuando se encuentren impedidos de ejercer sus funciones (inciso 8) o cuando los intereses de los padres se encuentren en oposición de los de sus hijos. (inciso 1)

Como vemos, la administración puede ser confiada a un curador en todo o en parte, judicialmente e incluso o a pedido del propio padre, cuando el causante lo ha señalado en su testamento. El nombramiento puede recaer en una persona jurídica. (Art. 435 del Código Civil)

En todos los casos, los padres no necesitan dar garantía para el ejercicio de la administración legal (Art. 426) salvo que el juez a pedido del consejo de familia, resuelva que lo constituyan por el interés del hijo. Asimismo, se encuentra exonerado de rendir cuentas de la administración salvo al terminar, salvo que el juez a solicitud del consejo de familia se lo pidan. (Art. 427 Código Civil)

### **4.2.2. Frutos y productos, usufructo de los padres.**

Los padres tienen el derecho-deber de usufructuar los bienes de sus hijos, uso y disfrute temporal de los bienes de sus hijos. Salvo de los bienes exceptuados de usufructo, que se encuentran señalados en el Art. 436 del Código Civil:

- 1, Los dejados en testamento con la condición de no estar en usufructo a favor de los padres.
2. La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres.

---

<sup>13</sup> Diccionario de la real academia Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

3. Los bienes que les son entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo y los que los hijos adquieran por su trabajo.

4. Las sumas depositadas por terceros a nombre de sus hijos.

Por otro lado, el inciso i del Art. 74 del Código de los Niños y Adolescentes señala que tratándose de los productos (provechos no renovables que se obtienen de un bien), los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos conforme lo señala el artículo 1004 del Código Civil.

### **5. Fin del usufructo y de la administración paterna**

Lo normal es que la administración y el usufructo paterno termine al alcanzar la mayoría de edad los hijos. Sin embargo, existen casos en los cuales el usufructo y la administración terminan, como por ejemplo cuando son declarados en quiebra (Art. 443 del Código Civil) al casarse sin convocarse al consejo de familia para que decida si sigue o no en administración de los hijos del matrimonio anterior, recobrando la administración al disolverse el matrimonio, por divorcio o nulidad. Asimismo se pierde la administración y el usufructo cuando se pone en peligro los bienes de los hijos. (Art. 446 del Código Civil)

El usufructo legal de los padres tiene las cargas normales que pesan sobre todo usufructuario, donde destacan los alimentos de los hijos. No es una carga que pese sobre el usufructuario, las de prestar garantía. (Art. 437 Código Civil). Debe tenerse en cuenta, que incluso al embargarse el usufructo, no puede tocarse lo concerniente a los alimentos. (Art. 439 del Código Civil).

### **6. Suspensión de la patria potestad**

Debemos tener en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes, modifica lo señalado en el Código Civil regulando la forma de suspensión y de extinción de la patria potestad, mezclando entre sus causales aquellas que se producen por hechos imputables a los padres con aquellas eventualidades. Así de acuerdo a lo señalado en el Art. 75 del Código de los Niños y Adolescentes en sede judicial se suspenderá la patria potestad en los siguientes casos a solicitud de los padres, ascendientes, hermanos y cualquier persona con legítimo interés y personas legitimadas en el Art. 79 del señalado Cuerpo de leyes.

Los casos de eventualidades que no tienen relación directa con las acciones de los padres en perjuicio de sus hijos y que no ameritan la declaración judicial y operan automáticamente son:

- a) Por interdicción civil.
- b) Por ausencia judicialmente declarada.

Las limitaciones o restricciones al ejercicio de la patria potestad, motivadas en las acciones de los padres son:

- c) Por dar órdenes, consejos y ejemplos que corrompan.
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad.
- e) Por maltratarlos física o mentalmente.
- f) Por negarse a prestarles alimentos.
- g) Por separación o divorcio o por invalidez matrimonial, excepto en los casos de separación de hecho y separación convencional, conforme a lo señalado en el Art. 76 del Código de los Niños y Adolescentes.<sup>14</sup> En este último caso es discutible, como lo

---

<sup>14</sup> Cabe anotar en este aspecto lo que señala carmen Julia Cabello Matamala en Las Nuevas Causales de Divorcio en Discusión ¿Divorcio remedio en el Perú? Centro de Investigaciones Judiciales Año 2, N 4 donde respecto a las consecuencias de la separación de hecho en la patria potestad señala en cita que por su claridad y precisión citamos: “En el caso de la separación de hecho el dispositivo modificatorio aunque deficientemente debemos entender da un tratamiento de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad. Se dispone modificar el Art. 345 del CC. y señala que resultan aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341 del CC., las mismas que refieren que el padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos, quedando el otro suspendido en el ejercicio. Olvidó el legislador que a la fecha de la dación de la norma de divorcio se encontraba vigente la modificación del Código de los niños y adolescentes, que ya distinguía en los Arts. 75 y 76 los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por causal específica de la separación convencional, sancionando en el primer caso a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, mientras que en el otro establece que ambos padres ejercen la patria potestad siendo encargada sólo la tenencia a uno de ellos. Teniendo en cuenta la ratio legis del dispositivo modificatorio que pretende equiparar para efectos de las relaciones paterno filiales como causales de divorcio remedio a la separación convencional y la separación de hecho, resulta

hemos señalado anteriormente, si el divorcio por causal puede ser considerado para el padre que culpable del divorcio, como un hecho suficientemente grave para la suspensión, Nos hemos inclinado, en opinión vertida con anterioridad, que es inconstitucional la suspensión de la patria potestad acreditada cualquiera de las causales de divorcio en forma automática, pues ella debe ser motivada por hechos imputables al comportamiento de los padres en perjuicio de los intereses de sus hijos.

Cabe señalar que los padres en el caso de la suspensión tienen la posibilidad de la restitución de la patria potestad contemplada en el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes, que modifica el Artículo 471 del Código Civil, mediante proceso judicial en el que se evaluará su conveniencia a la luz del interés superior del niño.

### **7. Extinción de la Patria Potestad**

Se mezcla extinción con la pérdida. La característica básica es que no existe restitución. No obstante la diferencia radica en que la extinción tiene una causa natural que no necesita ser declarada judicialmente y la pérdida en un hecho imputado al padre que amerita ser probado y declarado en juicio.

Entre los casos de extinción contemplados en el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes se encuentran:

- Muerte.
- Mayoría de edad.
- Art. 46 CC matrimonio o título oficial.

Los casos de pérdida propiamente dichos son:

- Declaración Judicial de abandono. Lo sería que nuestra legislación asigne a la adopción, como la causal de extinción de la patria potestad.
- Condena por delito doloso.
- Reincidencia Ejemplos, vagancia, maltrato, alimentos.

### **8. Colocación Familiar en procesos judiciales de suspensión y extinción de la patria potestad.**

El artículo 80 del Código de los Niños y Adolescentes posibilita que el juez en cualquier estado del proceso ponga al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad. Al no haberse señalado cuáles son las condiciones que el juez debe tener en cuenta a fin de considerar que un apersona es idónea, es pertinente considerar como principio básico el interés superior del niño y la necesidad de escuchar su opinión a fin de determinar su verdadero interés. Escuchando al niño y teniendo en cuenta la opinión del adolescente. Por otro lado es pertinente recurrir al equipo multidisciplinario, asistente social y psicólogo en la determinación de lo más conveniente.

### **9. Subsistencia de la obligación alimentaria en caso de suspensión de la patria potestad y determinación de curador de bienes.**

Cuando la patria potestad se extingue se terminan también las obligaciones de los padres. En cambio la suspensión no elimina estas obligaciones, las cuales subsisten conforme lo señala el Artículo 470, que incluso hace permanecer las obligaciones en los casos de pérdida, en los cuales si bien no existe restitución, eso no significa que el padre que perjudica a sus hijos se deshaga de sus obligaciones. El CNA, señala en forma imperativa en cuanto a los alimentos la obligación del juez de fijarlos en el proceso, lo que se entiende pese a no haber sido invocados.

Ahora bien, en el caso de que haya una suspensión de la patria potestad, el otro de los padres asume en forma exclusiva la administración de los bienes de los hijos. En caso de que no hayan ambos padres se confiará dicha administración al curado de bienes al que hemos hecho referencia anteriormente.

---

de aplicación el acotado Art. 76 vigente y que ha modificado lo contenido por el Art. 340 del C.C. Por tanto, en la causal de separación de hecho al igual que en la separación convencional y divorcio ulterior ambos padres conservan la patria potestad, encargándosele la tenencia, como uno de sus atributos a uno de los padres conservando el otro los demás derechos y atribuciones de cuidado, asistencia orientación vigilancia personal y patrimonial inherentes al ejercicio de la patria potestad.”

## **10. De la tenencia del Niño y el Adolescente**

La tenencia es uno de los atributos de la patria potestad que integra el cuidado personal del hijo, que implica la custodia, o el cuidado personal del hijo, lo que incluye la satisfacción de sus necesidades inmediatas y las pautas sobre su dirección y formación personal.

La tenencia de hecho se determina de común acuerdo por los padres, teniendo en cuenta la opinión del niño y el adolescente, recurriendo a la vía judicial para su determinación en el caso de que el acuerdo sea perjudicial para los hijos. Ejem: Se acuerda una tenencia en una separación convencional por la cual, desde el mes de nacido hasta la edad de los doce años el niño estará con la madre y a partir de los 12 estará con el padre. En este caso, es claro que el acuerdo divide en dos la vida del niño y le es perjudicial. En estos casos o cuando se haya suscitado un hecho que les afecte o se esté cuestionando la que se detenta de hecho: Ejemplo Violencia, disputas de tenencia, etc. Pueden las partes recurrir al Fiscal de Familia por medio de la aplicación de la Ley 28494, a una Defensoría del Niño o Centro de Conciliación autorizado, y al mismo tiempo o en definitiva al órgano jurisdiccional, especializado, Juez de Familia.<sup>15</sup>

### **10.1. Legitimidad para solicitar la tenencia y requisitos**

La tenencia es un atributo único de los padres, no corresponde por lo tanto solicitarlo a terceros: abuelos, tíos, quienes deben solicitar la suspensión de la patria potestad y acumulativamente la tutela, en el caso de que quieran legalmente asumir la custodia de sus familiares.

En este sentido, únicamente los pares pueden solicitar la tenencia de sus hijos, para recuperarlos por el arrebato de sus hijos o para solicitar el reconocimiento de la tenencia que de hecho detentan.

Para tal efecto deben acompañar, Su DNI, la partida de nacimiento donde consta el reconocimiento en el caso de los hijos extramatrimoniales y la partida de matrimonio y partida de nacimiento en el caso de los hijos matrimoniales, junto con las pruebas pertinentes. (Art. 83 del CNA)

### **10.2. Impedimento de los padres para solicitar la tenencia**

El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso judicial por tenencia salvo causa debidamente justificada. (Art. 97 del CNA)

No hayan transcurrido los seis meses de la resolución originaria, salvo que se encuentre en peligro la integridad del niño y el adolescente. (Art. 86 del CNA)

### **10.3. Circunstancias que deben ser tomadas en cuenta al momento de la determinación de la tenencia judicial**

Como veremos el interés superior es el telón de fondo de la determinación de la tenencia. Así conforme lo señala el Art. 84 del Código de los Niños y Adolescentes:

a) La tenencia judicial debe evitar el cambio del ambiente natural del niño o adolescente, respetando la tenencia del padre con el que el adolescente vivió más tiempo siempre que le sea favorable. No obstante, si es que se determina la variación de la tenencia detentada de hecho, debe ordenarse con la asesoría del equipo técnico que la variación se efectúe en forma progresiva, debiendo ordenarse la variación inmediata únicamente mediante decisión motivada, cuando la situación lo amerita por encontrarse en peligro su integridad (inciso a del Art. 84 y Art. 82 del CNA)

b) El hijo menor de tres años debe permanecer con la madre. No se coloca pero se sobreentiende, siempre que le sea favorable.

c) Debe asegurarse el derecho de comunicación y relación para quien no ha obtenido la tenencia, fijándose un régimen de visitas aunque no haya sido solicitado.

d) Debe escuchar la opinión del niño y tener en cuenta la del adolescente (Art. 85 del CNA) esta será mejor manera de determinar el interés del niño.

---

<sup>15</sup> No hacemos mayor referencia al concepto de tenencia pues ya nos hemos referido al desarrollar el contenido personal de la patria potestad.

#### **10.4. Tenencia Provisional**

La tenencia provisional es una medida cautelar anticipada sobre el fondo que no procede como medida cautelar fuera de proceso, por mandato expreso del Art. 87 del CNA y que tiene que ser solicitada por el padre o madre que no tiene al hijo en su poder pues de lo contrario carecería de interés para obrar. Existen dos situaciones características:

- a) Cuando el niño (a) tenga menos de tres años y se encuentre en peligro su integridad física en cuyo caso el juez debe resolver en el plazo de 24 horas.
- b) Cuando el niño tenga más de tres años, en cuyo caso debe tener en cuenta el informe multidisciplinario y el dictamen fiscal.

#### **10.5. Variación de la Tenencia**

La variación debe ser iniciada mediante una nueva demanda (acción) y debe estar fundamentada en circunstancias debidamente comprobadas. (Art. 86 CNA) Para poder solicitarse la variación de la tenencia debe haber transcurrido por lo menos seis meses de la resolución anterior, salvo que se encuentre en peligro la integridad del niño o adolescente.

### **11. Régimen de Visitas**

#### **11.1. Concepto.-**

Las visitas que forman parte del derecho humano específico de comunicación y relación que tienen los hijos sobre sus padres. Asimismo, implica desde la perspectiva del contenido de la patria potestad, uno de sus atributos, por el cual se mantiene, y alimenta el lazo emocional entre los hijos y los padres que no viven juntos, desarrollando y ejerciendo por medio de esta comunicación el resto de los atributos de la patria potestad no otorgados en exclusividad a quien detenta la tenencia.

La redacción del artículo 88 del CNA, al señalar “los padres que no ejerzan la patria potestad, tienen derecho a visitar a sus hijos...” no es del todo feliz pues hace alusión únicamente al derecho de los padres de ver a sus hijos. Sin embargo, si hacemos una interpretación respecto al ejercicio de la patria potestad al que hace referencia, en relación a los derechos humanos específicos de los niños a la comunicación y relación, podemos señalar que nuestra legislación contempla incluso la posibilidad de que el padre que no ejerza la patria (se entiende que haya sido suspendido) pueda ver a su hijo acreditando con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria. Contrario sensu, en el caso de que se encuentre ejerciendo la patria potestad no se necesitará la acreditación del cumplimiento de la dicha obligación.

Con esta interpretación, se puede evitar el condicionamiento para el cumplimiento del derecho de comunicación y relación, del previo pago de la obligación alimentaria, pues no obstante que, ambos derechos merecen tutela, al ser igualmente importantes. No es razonable que el cumplimiento de uno de ellos se encuentre supeditado al cumplimiento del otro, pues al ser derechos humanos específicos del niño, el aseguramiento de uno de ellos no puede significar la anulación del otro. Pues es igualmente importante que su padre cumpla con la pensión asegurando su derecho a la subsistencia, que ejerza su derecho a la comunicación y relación. Nadie va poder resarcir el perjuicio y las secuelas emocionales en el niño que no ha visto a su padre a pesar de que dicha restricción haya sido motivada en el incumplimiento de la obligación alimentaria. Por otro lado el cumplimiento de la obligación alimentaria puede lograrse por otros medios más idóneos y que no afecten al niño sino directamente al que incumpla con dicha obligación.

#### **11.2. Extensión del régimen de visitas**

El régimen de visitas es para el padre o madre al ser un atributo de la patria potestad. Sin embargo, puede ser extendido a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, incluso a terceros no parientes cuando el interés superior del niño lo justifique. (Art. 90 CNA)

Circunstancia que es reforzada en el artículo 88 del citado Código, cuando se establece que frente al viaje, muerte o desconocimiento del paradero de uno de los padres, sus familiares pueden solicitar un régimen de visitas si se encuentran dentro del cuarto grado de consanguinidad.

### **11.3. Personas legitimadas para solicitar la demanda por régimen de visitas y requisitos**

En principio se encuentra legitimados los padres, que no ejerzan la tenencia de los hijos. El CNA hace una referencia a quienes han sido limitados o impedidos o ejercerla, (Art. 89), pues en este caso como con la tenencia la ley, prevé la intervención judicial a falta de acuerdo entre los padres. Asimismo, aún iniciado el proceso judicial o cuando el juez tenga la posibilidad de darle fuerza de sentencia al acuerdo de los padres<sup>16</sup>, la norma señala que se debe respetar en lo posible el acuerdo de los padres, siempre y cuando se respete el interés superior del niño y el adolescente.

Los requisitos que se necesitan para solicitar el régimen de visitas son:

- a) La partida de nacimiento que acredite el entroncamiento (reconocimiento de los padres), en el caso de los parientes del mismo modo si es que tiene que acreditar la relación parental y en el caso de los que no son parientes, señalando las razones en las cuales se sustenta el régimen solicitado y su adecuación al interés superior del niño, acreditarlo será materia del proceso.
- b) El encontrarse al día o estar en imposibilidad de cumplir los alimentos en el caso de que estar suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

### **11.4. Medidas Cautelares**

Es perfectamente válida la solicitud de medidas cautelares, lo que no es válido es tener en cuenta las reglas de la tenencia para poder admitirlas. Es decir, el solicitar la opinión del equipo técnico multidisciplinario, como en el caso de la tenencia, hecho que retardando el pronunciamiento judicial, hace completamente ineficaz cualquier pronunciamiento y genera dificultades en la ejecución posterior. (Art. 89 CNA, segundo párrafo)

### **11.5. Acciones frente al incumplimiento**

En primer lugar debemos tener en cuenta que no es admisible ningún tipo de condicionamiento para la ejecución de la sentencia judicial en materia de régimen de visitas, incluso el señalar que el niño o niña no quiere ver al padre cuya visitas se ha ordenado judicialmente, situación que debe ser tomada en cuenta como indicador de alienación parental<sup>17</sup>.

En segundo lugar, debemos subrayar que el Juez en caso de incumplimiento, recurrir a las medidas coercitivas que se encuentran en el artículo 53 del Código Procesal Civil, entre las cuales se encuentra la imposición de una multa compulsiva y progresiva e incluso la detención. Asimismo, la resistencia al mandado, de acuerdo al Código de los Niños y adolescentes, puede originar la variación de la tenencia, que debe tramitarse de ser el caso como una nueva acción ante el Juez que conoció el primer proceso judicial.

---

<sup>16</sup> Nos referimos a dos momentos procesales. Primero a la búsqueda de la solución del conflicto aún a nivel judicial por medio de la conciliación no solo por que es la mejor manera de resolver los conflictos en el ámbito familiar sino, porque es la mejor manera de asegurar su ejecución. En segundo lugar cuando se da el acuerdo, o es presentado al juzgado como en el caso de la separación convencional el Ministerio Público debe oponerse a todos aquellos que vayan contra el interés superior, debiendo en su caso el juez estar en posibilidad de modificar y adecuar este convenio a efectos de garantizar el máximo alcance de su interés por medio de la mayor satisfacción en sus derecho a la comunicación y relación.

<sup>17</sup> Se conoce como SAP síndrome de alienación parental, al rechazo del niño (a) al otro a la madre o padre con quien no vive causado por la destrucción de su imagen realizada por aquel padre con quien vive, quien lo tiene alienado. Situación que redundo en la expresión de su voluntad dentro del proceso judicial.