

## El artículo 88 del C.N.A y la tutela jurisdiccional efectiva

Anita Del Carmen Díaz Gil<sup>1\*</sup>

<sup>1</sup> Escuela de Posgrado. Universidad César Vallejo. Trujillo. Perú.

\*Autor para correspondencia: Anita Del Carmen Díaz Gil, adiazgi@ucvvirtual.edu.pe

(Recibido: 20-04-2023. Publicado: 03-06-2023.)

DOI: 10.59427/reli/2023/v23cs.506-511

### Resumen

*Este trabajo pretende demostrar que a partir de un cuestionamiento que se le hace al artículo 88 del Código de los Niños y los Adolescentes; pues tal disposición normativa contiene un precepto absolutamente atentatorio contra el derecho de relación. La norma antes mencionada señala que el padre que no esté al día en el pago de la pensión de alimentos no podrá obtener un régimen de visitas; o, en su defecto este padre deberá acreditar la imposibilidad de poder cumplir con dicha obligación alimentaria. En nuestro estudio, analiza y se pretende demostrar que la consecuencia de no conceder un régimen de visitas al padre “moroso” o “incumplidor”, es básicamente una sanción. La misma que resultaría absolutamente perjudicial para el óptimo desarrollo psicológico del hijo.*

**Palabras claves:** Protección Constitucional, Régimen de visitas, vínculo afectivo, filiación, interés superior del niño y adolescente.

### Abstract

*This work aims to show that from a questioning made to article 88 of the Code of Children and Adolescents; since such normative provision contains a precept that is absolutely contrary to the right of relationship. The aforementioned rule indicates that the father who is not up to date in the payment of alimony will not be able to obtain a visitation regime; or, failing that, this parent must prove the impossibility of complying with said maintenance obligation. In our study, it analyzes and is intended to show that the consequence of not granting a visitation regime to the “delinquent” or “non-compliant” father is basically a sanction. The same that would be absolutely detrimental to the optimal psychological development of the child.*

**Keywords:** Constitutional Protection, Visitation regime, affective bond, filiation, best interests of the child and adolescent.

## 1. Introducción

El artículo 88° del Código de los Niños y los Adolescentes establece, entre otras cosas, lo siguiente: “Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria...” Tal dispositivo establece aparentemente una sanción al padre que, estando privado de la patria potestad no cumpliera con su obligación alimentaria; o que, teniendo toda la intención de cumplir con dicha obligación, se encuentra inmerso en un supuesto que le imposibilita absolutamente tal cumplimiento; esta sanción consiste puntualmente en la prohibición de visitar a su hijo menor de edad. Sin embargo, hay que precisar que el requisito del cumplimiento o imposibilidad de cumplimiento alimentario que establece esta norma es, podríamos decir, un requisito de fondo o de mérito para declarar fundada una eventual demanda de régimen de visitas por el padre que no ejerce la patria potestad. En otras palabras; si el padre que, no ejerce la patria potestad, interpone una demanda sobre régimen de visitas, el juez tendrá que evaluar, al momento de dictar sentencia y no en otra etapa del proceso si es que dicho padre, está cumpliendo con su obligación alimentaria; o que, se encuentra imposibilitado de hacerlo. E incidimos en el hecho que el juzgador analice tal requisito al momento de dictar sentencia y no en otro momento, pues de lo contrario se estaría vulnerando el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

No obstante, lo mencionado, el requisito establecido por esta norma viene significando dentro de la práctica jurisdiccional un obstáculo al Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues nuestros jueces vienen pidiendo, a tenor de este artículo 88, que aquellos padres que demandan régimen de visitas acrediten, al momento de interponer la demanda, estar al día en el pago de la pensión alimenticia o la imposibilidad de cumplirla, poniendo en grave riesgo el acceso a la justicia, pues si tal requisito es observado al inicio del proceso, muchas demandas van a terminar siendo injustamente declaradas inadmisibles o hasta improcedentes, cortando toda posibilidad que el Juez revise el fondo del asunto, ya que siempre va a existir la posibilidad que el demandante se ponga al día durante la tramitación del proceso antes que se pase a dictar sentencia; pues, como se ha mencionado en párrafos anteriores, el cuestionado requisito es uno de mérito o de fondo y no uno de admisibilidad o procedencia; es decir, un requisito para declarar fundada o infundada una demanda. Lamentablemente en la realidad jurisdiccional se han presentado varios casos en los que el Juez evalúa el requisito contenido en el dispositivo antes acotado al momento de calificar la demanda, lo que significa una vejación a la Tutela jurisdiccional efectiva en su modalidad de acceso a la justicia. Entre ellos podemos mencionar a manera de ejemplo, algunos casos: El expediente N° 4429-2018 tramitado ante el 4to Juzgado de Familia de Trujillo, a través de la resolución número 01 el Juez declara inadmisibile la demanda de régimen de visitas presentado por Marco Mori Polo, puesto que el padre demandante no cumplió con lo prescrito en el antes referido artículo 88 del Código de los Niños y los adolescentes; es más en este caso como el padre no pudo subsanar tal requisito la demanda fue posteriormente declarada improcedente, con las consecuencias que eso conlleva. En esa misma línea y en el caso contenido en el expediente N° 04715-2013 ante el 5to Juzgado de Familia de Trujillo, a través de la resolución número 01 el Juez declara inadmisibile la demanda de régimen de visitas presentada por Acosta Enríquez, Edgar Rolando toda vez que el demandante no cumple, entre otras cosas, con lo prescrito en el antes referido artículo 88 del Código de los Niños y los adolescentes; es más, al igual que el caso anterior en este caso como el padre tampoco pudo subsanar tal requisito la demanda fue posteriormente declarada improcedente. En igual sentido ocurrió en el expediente N° 6654-2018 ante el 4to Juzgado de Familia de Trujillo, a través de la resolución número 01 el Juez declara inadmisibile la demanda de régimen de visitas presentada por Ronal Yhampier Llenque Casas toda vez que el demandante no cumplió, entre otras cosas, con lo prescrito en el antes referido artículo 88 del Código de los Niños y los adolescentes; es más, al igual que los dos casos anteriores la demanda fue posteriormente declarada improcedente. Tal como se puede apreciar de los casos mostrados, es una realidad que nuestros jueces en Trujillo están supeditando el proceso de Tenencia al requisito mentado en el artículo 88 del CNA, olvidando por completo lo que el Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva, lo cual nos lleva a formular el siguiente enunciado de problema: ¿De qué manera el requisito contenido en el artículo 88 del Código de los Niños y Los Adolescentes, referidos al cumplimiento de obligación alimentaria por partes del padre demandante, vulnera el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva?

La presente investigación se justifica, porque se propondrá soluciones que beneficien a parte de la población, con el fin de acceder a la justa tutela jurisdiccional efectiva, con igual de usos de armas respetando el debido proceso. La importancia de esta investigación radica en el desarrollo y evolución de la familia, en donde se tiene como modelo a la familia nuclear conformada por el padre, madre y los hijos nacidos de la relación, sin embargo, como todo evoluciona la familia hoy en día ha sufrido ciertos cambios en donde existen diferentes tipos de familia como la familia monoparental que involucra la presencia de un progenitor y la ausencia del otro (por divorcio, separación, muerte, entre otros), de la siguiente clasificación se considera a la familia extensa en donde el núcleo familiar está conformado por más agentes, es decir, la madre, hijo, abuelo, abuela, tío, tía y sobrino pero observamos aun la ausencia del progenitor, esta ausencia puede ser por los motivos mencionado en líneas anteriores, por ende se puede afirmar que la ausencia del padre es notable hoy en día, muchos de ellos se encuentran en un conflicto con la madre del menor, por lo que muchos acuden a los juzgados a solicitar el régimen de visitas para seguir mantenido el vínculo con los menores, sin embargo podemos decir que muchos de estos padres al acudir al órgano jurisdiccional solicitando la tutela jurisdiccional efectiva es denegada por la omisión o la no probanza suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria, podemos afirmar que aquí no solo se está vulnerando

al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva sino que podemos decir que se vulnera el principio internacional que protege al niño, siendo que se el interés del menor debe primar sobre encima de todo.

## 2. Desarrollo de la investigación

### El derecho de todo niño a mantener vínculo afectivo con sus padres

#### La familia y su protección constitucional

El tratamiento constitucional de la familia se hace en clave de protección, siendo que esta protección tiene una doble vertiente que regula los derechos y obligaciones de sus miembros. De tal modo que la Carta Magna – Constitución Política del Perú, en el artículo 4, establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley”.

Los principios 1,2,4,6,9 y 10 de la declaración de los Derechos del niño, se ocupan del disfrute del niño de todos sus derechos esenciales, sin excepciones, distinción o discriminación; de la protección especial que se le debe brindar; del derecho que tiene crecer y desarrollarse de buena salud y por tanto, a él y su madre, se le deben prodigar cuidados especiales, que comprendan atención prenatal y postnatal, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados; de la necesidad de brindarle amor y comprensión, a fin de que tenga un desarrollo armonioso de su personalidad; del derecho a ser protegido contra toda forma.

#### La filiación y su importancia en las relaciones familiares

##### La filiación

“La filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra, es decir, establece una relación inmediata entre el padre o la madre y el hijo”. (Llacatahuaman Belito, 2018).

##### La importancia de las relaciones familiares

“La filiación en el campo del derecho en conjunto con el matrimonio, convivencia forman un pilar, siendo que se constituye una familia organizada y la filiación es de una estructura familiar, siendo que el parentesco venga o no de la unión producto del matrimonio”. Asu vez la filiación deriva del parentesco consanguíneo, la patria potestad (Llacatahuaman Belito, 2018).

#### El régimen de visitas en el Perú

##### Definición

“El régimen de visitas es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, determinando el desarrollo emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial. Visitar implica jurídicamente estar, supervisar, compartirse, en fin, responsabilizarse plenamente, por lo que es más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita” (Varsi Rospigliosi, 2010). (Varsi Rospigliosi, 2010), manifiesta: “Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral”.

##### Finalidad

El único fin que tiene el régimen de visitas es lograr la comunicación e interacción del menor con el progenitor que no goza de la tenencia. La finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. (Varsi Rospigliosi, 2010).

(Plácido Vilcachagua, 2003), manifiesta que: “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. Este anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio puede ser un obstáculo para que no se le reconozca”. La finalidad es la relación entre quienes comparten vínculos personales, sean estrechos o extensos, sean familiares o de vinculación social o convivencial.

## Naturaleza jurídica

(Canales Torres, 2014), sostiene que: “es un derecho subjetivo familiar, siendo un derecho de ambas partes, es decir del menor y los familiares de relacionarse en conjunto e integrarse”.

“Las partes gozan de similar interés legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento, así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad” (Varsi Rospigliosi, 2010).

## Características

**a) 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.

**b) 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 sí este derecho merece ser cautelado y ejercitado de manera rápida y perentoria.

**c) Indisponible** Dada su naturaleza de derecho, el mismo no puede ser cedido ni renunciado, pero puede ser reglamentado y por casos especiales limitados o restringidos por la ley.

**d) Amplio** Teniendo como esencia las relaciones humanas en general, y familiares en especial, este derecho les corresponde a todas aquellas personas que requieran relacionarse con otras a efectos para lograr la consolidación de la familia (sea amplia o nuclear). (Varsi Rospigliosi, 2010).

## Titularidad

Los titulares del régimen de visitas son los siguientes, según (Varsi Rospigliosi, 2010).

**a) Visitado** Teniendo en cuenta el interés superior del niño asumimos que este es su principal titular, tomando en consideración el beneficio y gracia que el ejercicio de este derecho le representa. A contrario sensu se puede restringir el ejercicio por motivos que afecten la integridad o seguridad del menor. Este titular puede tener el estatus de hijo, si el régimen le corresponde al padre, o ser meramente un menor, si el régimen les corresponde a sus parientes o allegados.

**b) Visitante** Dentro de este grupo están comprendidos los familiares directos, además de los hermanos, abuelos y allegados.

Siendo los padres los primeros que gozan y llevan a cabo de este régimen. En segunda línea se postula que lo conforman el entorno familiar de sustento directo del menor dentro de lo que se presentan los hermanos, abuelos, tíos, sobrinos, primos.

## El interés superior del niño, niña y adolescente

### Definición

“El principio del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, se considera que es una directriz vaga, y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico” (Alvarez Oblea, 2017).

### Características

Se contempla 8 características, según (Alvarez Oblea, 2017):

1. No constituye un derecho subjetivo; este confiere una garantía a los niños.
2. Es una obligación de los Estados de tomar en cuenta el interés superior del Estado.
3. La convención de los derechos del niño en el artículo 3 funda el estatuto en el cual manifiesta un concepto sobre una dimensión particular, teniendo como particular si se correlaciona el principio de no discriminación y la obligación de tomar en cuenta la palabra del niño.

4. El interés superior del niño es relativo al tiempo y espacio.

5. La noción de largo plazo debería ser una noción que permitiera afirmar mejor que lo visado en la aplicación del interés superior del niño no es la situación *hic y nunc*, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro. Por definición, el niño evoluciona; en consecuencia, su interés debería separarse de la ley del "todo enseguida", para privilegiar una visión de futuro. En el momento en el que se escuche al niño sobre sus aspiraciones en el marco del artículo 12 CDE, hay que estar atento a este aspecto de exploración.

6. El criterio del niño en la legislación ha ido evolucionando a lo largo del tiempo tanto en la doctrina y la jurisprudencia.

7. El criterio del interés del niño es subjetivo en un doble nivel de subjetividad colectiva y subjetividad personal.

8. Subjetividad personal en la que se manifiesta en un triple nivel:

- a) Subjetividad con relación a los padres.
- b) Subjetividad del niño
- c) Subjetividad con relación al juez.

### **La función del principio del interés superior del niño**

#### **a) Carácter interpretativo**

La principal función del principio del interés superior del niño es de carácter hermenéutico, siendo que su margen se encuentra dentro del propio derecho de infancia y/o adolescencia, en el cual se reconoce el carácter integral de los derechos del niño.

Como segundo objetivo permite el aseguramiento de la correcta protección al derecho de la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.

Como tercer objetivo se permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma convención.

#### **b) Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo**

El artículo 3 de la convención manifiesta que las políticas públicas con relación al interés del niño, buscan la satisfacción de los derechos del niño.

Los derechos del niño no son asimilables al interés colectivo, por el contrario, reconoce que los derechos del niño pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y los derechos del niño debe ser un modo prioritario.

#### **c) Interés superior del niño y las relaciones parentales**

El artículo 5 y 18 de la convención, regula y reconoce el derecho de los padres a la crianza y la educación, y también el ejercicio de sus derechos como niños haciéndolo de forma progresiva.

El aporte primordial de la convención ha sido mantener y extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño incluyéndolos en los ámbitos: legislativos, judicial, y extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas, incluidos los padres.

Mientras tanto en el artículo 18 expresa el derecho y responsabilidad que tienen los padres. Esta interpretación debe correlacionarse con el artículo 5 que manifiesta que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

## **3. Conclusiones**

No es novedad que en nuestra legislación existan normas que se contrapongan a otras y más aun vulnerando los derechos de las personas que por desconocimiento son aceptadas. En nuestra realidad y en esta investigación podemos decir que el artículo 88 del Código del Niño, Niña y adolescente, vulnera un derecho con relación al régimen de visitas no solo afectando a una de las partes sino por el contrario es una afectación dual, tanto para el padre que no tiene la tenencia del menor como para el menor. El hecho que no cuente con la tenencia absoluta sino relativa y este por algún inconveniente se le sea imposible de cumplir con la pensión alimenticia hacia el menor, no justifica que se le prive al menor de poder estar o tener un vínculo con el padre, toda vez

que estos son lazos sentimentales y emocionales fuertes en el cual ayudan al desarrollo emocional del menor. Por lo que considero que esta investigación con relación al régimen de visitas demuestra que el menor no puede ser privado de la relación (visita) con el padre o madre que no tenga la tenencia, así mismo la doctrina señala que también hay otros familiares que pueden solicitar el régimen de visitas con el fin de crear lazos sentimentales, emocionales con las personas que son parte de su familia dando un equilibrio emocional para el menor.

#### 4. Referencias bibliográficas

Alvarez Oblea, Y. N. (2017). Disparidad de criterios de los magistrados de la Corte Suprema en la aplicación del principio del interés superior del niño. Piura: Universidad Nacional de Piura.

Canales Torres, C. (2014). Patria Potestad y Tenencia. Lima: Gaceta Jurídica S.A. Llacctahuaman Belito, L. A. (2018). La regulación de la presunción de paternidad en la unión de hecho propia, en el Distrito de Huancavelica -2015. Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica.

Plácido Vilcachagua, E. (2003). El derecho de relación personal con hijos no sujetos a patria potestad. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2010). Código Civil Comentado - Tomo III. Lima : Gaceta Jurídica .

Varsi Rospigliosi, E. (2012). Tratado de Derecho de Familia. Derecho Familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar (Tomo III). Lima: Gaceta Jurídica.