

EL DESARROLLO DE UN SISTEMA PROCESAL EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL DE FAMILIA

THE DEVELOPMENT OF A PROCEDURAL SYSTEM WITHIN THE FAMILY JURISDICTION

Manuel Bermúdez Tapia¹

Recibido: 3 de octubre de 2018

Aceptado: 25 de noviembre de 2018

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las diferentes especialidades del Derecho, el Derecho de Familia es el que más cambios ha evidenciado, principalmente por una visión constitucional que la ha predeterminado en su interpretación y práctica en el ámbito jurisdiccional (Ponce, 2018, p. 111).

En este contexto, cabe señalar que las instituciones del Derecho de Familia provenientes de la tradición greco-romana, compiladas y sistematizadas por Justiniano en su Codex, en el siglo VI d.C., no han variado, conforme se registra en la mayoría de la legislación civil y de familia en el mundo occidental.

Resulta incuestionable que instituciones como el “matrimonio” (Catalá, 2017, p. 44), la “filiación”, la “patria potestad” y otras no han cambiado tanto en su naturaleza jurídica como en su aplicabilidad en la sociedad. En este punto, por lo tanto, la *dogmática* del Derecho de Familia sigue incólume.

¹ Abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

La interpretación de dichas instituciones jurídicas en el ámbito jurisdiccional sí ha adquirido un nuevo sentido interpretativo, principalmente porque las sociedades contemporáneas en el siglo XXI son de diferente contexto y referencia a la de los romanos, a inicios de la edad cristiana.

Las instituciones jurídicas del Derecho de Familia no constituyen un inconveniente material, sino que en el ámbito jurisdiccional hasta el propio matrimonio es cuestionado, en los casos de las “uniones civiles” y la “patria potestad” en contextos de familias ensambladas, así como los inconvenientes de la parentalidad extendida, que se amplifica con una sociedad en crisis que lucha por definirse en medio de una crisis institucional generalizada (Plaza, 2001)

Considerando estas referencias iniciales, trataremos sobre la importancia de evaluar y ponderar el desarrollo de un contexto procesal en el ámbito del Derecho de Familia.

II. LA EQUIVOCADA “DEFENSA DE LA FAMILIA” Y LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN PROCESAL Y SUSTANTIVOS (SISTEMÁTICOS)

Las relaciones familiares sustentan a la “familia”, sin estas estaríamos hablando de una instancia vacía y sin sentido lógico, porque una relación inversa generaría solo un conjunto de individuos vinculados biológicamente o jurídicamente, sin una relación de amor, afecto, cariño y protección entre ellos, ajeno a todo nuestro nivel de comprensión del término.

La importancia de tutelar las relaciones familiares (Vega, 2009, 119) radica en la comprensión de la variada realidad social, que no ha ido a la par ni ha tenido correspondencia legislativa en la mayoría de países, porque no existen políticas integrales hacia la familia como unidad, sino iniciativas parciales focalizadas en algunos de sus miembros (mujeres, niños, ancianos). Se ha carecido de una mirada unificadora que pueda omnicomprensivamente abarcar la complejidad de dimensiones responsables del bienestar familiar.

En segundo lugar, una suerte de institucionalidad agravante hace evidente la ceguera del legislador para aceptar la diversidad de los arreglos familiares y la pluralización de las formas de vida en familia.

Los hogares no normativos (monoparentales de jefa mujer, unipersonales, biparentales sin hijos) no tienen cabida en el discurso institucional por derecho propio (Arriagada, 2007, p. 125), a no ser como anomalías que son necesarias subsanar para la garantía del “sistema tradicional”.

Nuestra posición consiste en proteger más que a la “familia” a las relaciones familiares, porque constituyen el núcleo de la institución y porque existen múltiples manifestaciones tanto políticas como legales que indican esta tendencia progresista de interpretar derechos individuales, relaciones sociales y contextos multiculturales novedosos, identificando mejor a los diferentes tipos de familia que existen en la actualidad (Esteinou, p. 129)

III. ¿QUÉ HACER? ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

Haciendo un paralelo con el proceso de constitucionalización del derecho procesal penal, consideramos que es necesaria (y urgente) una visión constitucional del Derecho de Familia en el Perú. Más aún cuando resulta inadmisibles el actual contexto de discriminación y práctica jurisdiccional en contra del varón litigante provocada por la legislación, incluso si este personaje es el provocador de los conflictos judiciales.

De esta manera, una constitucionalización del Derecho de Familia provocaría las siguientes consecuencias inmediatas (Bermúdez, 2011):

- 1) Una limitación de la producción legislativa unidireccional, para que así ninguna propuesta se extralimite en los alcances que propone la Constitución y no termine provocando un mayor daño social bajo el argumento de una “solución” legal.

Con esta limitación se terminarían las discriminaciones innecesarias y una alteración de la condición de sujeto de derechos para los varones, a quien ya prácticamente se le considera un “enemigo” en el derecho de familia.

Las acciones afirmativas reflejadas en normas de discriminación positiva a favor de la mujer (como colectivo) son justificadas por su incidencia en el ámbito laboral, económico y penal (Polaino-Orts, 2012) hasta un determinado nivel. No obstante resultan discriminadoras en términos negativos cuando sobrepasan el ideal de equilibrio legal entre “varón” y “mujer”, por que generan otro nivel de desprotección, victimizando a los “agresores” en forma desproporcional a la responsabilidad evaluada.

- 2) Una práctica jurisdiccional más eficiente en la administración de conflictos interpersonales, a efectos de generar una mejor administración de recursos (humanos, económicos e institucionales) en el sistema de justicia.

El sistema judicial no requiere que “todos” los conflictos interpersonales lleguen a un proceso judicial, porque resulta oneroso e improductivo que un juez tenga que resolver conflictos de parejas que fácilmente se pueden resolver en otras instancias y niveles más prácticos, sin la necesidad de judicializar una situación determinada.

El camino de la judicialización termina eventualmente por agravar irremediabilmente un conflicto familiar, por cuanto las acusaciones o denuncias constituyen un nuevo elemento condicionante de la violencia familiar.

- 3) Una mejor regulación legal para resolver conflictos interpersonales, lo cual implica además de un proceso de reforma estructural del Código de los Niños y Adolescentes, la promulgación de un Código Procesal Familiar, debido a que no podemos extender los alcances del artículo III del Código Procesal Civil utilizado supletoriamente en los procesos de índole familiar (fines del

proceso e integración de la norma procesal).

Estas consecuencias inmediatas permitirían una sistematización de principios aptos para resolver un conflicto social, sobre la premisa de la defensa de la dignidad de todos los implicados, una tutela judicial efectiva y sobre todo la garantía del derecho a la defensa.

De esta manera, tomando como base la tutela de la dignidad de la persona humana se generaría una mejor interpretación de las garantías de defensa de derechos fundamentales, de los principios del Derecho Civil, Procesal Civil, Penal, así como de los principios del Código del Niño y Adolescente.

La resolución de conflictos interpersonales en este esquema no sólo brindaría una mejor garantía a los justiciables, sino a todo el sistema judicial en su conjunto, generando acciones eficientes y productivas para la tutela de derechos, con la siguiente estructura de resultados.

1. DEFENSA DE LA DIGNIDAD DE LAS PARTES Y TERCEROS PARTICIPANTES EN EL CONFLICTO JUDICIAL

- a. Una mejor garantía de no admitir maltrato alguno, exigiéndose el respeto al honor de las partes, sin importar el origen del conflicto.
- b. Una mejor garantía de tutela de la identidad de cada una de las partes, en particular guardando el respeto por las características y personalidad de cada uno de los involucrados en el conflicto.

2. DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS VINCULADOS AL PROCESO JUDICIAL

- a. Resulta necesario garantizar la “igualdad” de las partes bajo todo concepto y contexto; sólo la sentencia firme y consentida podrá variar este parámetro.
- b. Derecho al libre desarrollo de las partes, en particular cuando existen nuevos elementos que terminan generando un nuevo panorama general (nuevas parejas, nuevos hijos, nueva realidad económica individual)
- c. Derecho a la integridad personal, en particular cuando se asigna la cuota alimentaria, la misma que resulta de un análisis subjetivo y parcializado y se termina perjudicando al agente económico “proveedor”, permitiéndose un abuso de derecho de parte de quien procura la asignación, aun cuando la misma Constitución señala que es deber de los dos progenitores cargar con dicha responsabilidad.

3. DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES

- a. Garantía de una tutela judicial efectiva, con la cual los términos procesales y la sobrecarga judicial deben tenerse en cuenta al momento de resolver oportunamente si existe un peligro en los derechos de algún menor que se encuentre en medio del conflicto de intereses de los progenitores.
- b. Derecho a una defensa eficaz, lo cual implica que los operadores judiciales tengan que resolver analizando también los argumentos del acusado, de conformidad a los esgrimidos por la parte demandante.
- c. Imparcialidad del juzgador, para que sin importar las consideraciones personales de las partes litigantes se administre correctamente la ley y se soluciones el conflicto interpersonal para proteger a los menores que se ubican en medio del conflicto.

4. PRINCIPIOS COMPLEMENTARIOS PROVENIENTES DEL CÓDIGO CIVIL

Para efectos de establecer los límites al derecho subjetivo de las partes, evitando una distorsión en el proyecto personal de vida, Juan Espinoza (2013)² establece que los parámetros del derecho subjetivo se encuentran en un conjunto de atribuciones y limitaciones que las normas reconocen al sujeto sobre el objeto (*contenido del derecho subjetivo*).

a. Atribuciones:

- Actuación libre dentro del campo de lo lícito.
- Defensa del derecho a lograr su conservación y pacífico disfrute.
- Disposición, renuncia o reducción de derechos (civiles) dentro las facultades personales, del orden público y las buenas costumbres.

b. Limitaciones:

- Irrenunciabilidad de derechos fundamentales.
- Abuso del derecho.
- Buena fe (Espinoza, 2013).

Atribuciones y limitaciones que deben actuarse al resolver conflictos de índole familiar, por cuanto es frecuente observar el abuso de derecho de una de las partes con el planteamiento de la limitación severa de derechos de la contraparte, la formulación de acciones judiciales

2 Espinoza, Juan (2013) *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima, Perú: Rhodas.

temerarias, la presentación de pruebas ilícitas y una conducta procesal maliciosa.

En este contexto el juzgador varía su habitual posición imparcial, toda vez que la subjetividad y gravedad de las situaciones descritas y denunciadas llegan a generar la convicción de que los hechos son verdaderos (al menos en parte).

Denuncias sobre violación sexual, tocamientos indebidos o violencia psicológica provocan la actuación de medios probatorios de oficio, variando sustancialmente la igualdad de las partes, el derecho de defensa del demandado y la imparcialidad del juzgador³ al establecerse parcialmente (en una medida cautelar) una responsabilidad del acusado hasta que la sentencia confirme o desestime la denuncia original.

5. EL LÍMITE DEL ORDEN PÚBLICO Y LAS “BUENAS COSTUMBRES”.

Téngase presente que estos parámetros no pueden ser limitados ni estáticos, muy por el contrario, en sociedades multiculturales y estructuralmente diferenciadas como nuestro país, se hace necesario una comprensión evolutiva y particular de los valores sociales y del orden legal.

Sólo de esta manera es factible construir un concepto dinámico de orden público (Espinoza, 2013) y de la ética social⁴, para así determinar los límites de la autonomía privada, que para el caso concreto de los procesos judiciales de la especialidad familia resultan útiles, cuando se regulan los derechos de las partes en el ámbito privado (acuerdos de tenencia, régimen de visitas, asignación alimentaria, etc.).

6. LA APLICACIÓN DE LA LEY PERTINENTE Y LOS VACÍOS DE LA MISMA.

Una de las grandes omisiones de los legisladores y del sistema judicial es la falta de desarrollo de los parámetros para la aplicación de la ley pertinente en los conflictos familiares.

3 El artículo 194 del Código Procesal Civil de Perú establece la posibilidad de que el juez (en decisión motivada e inimpugnada) ordene la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes. Esta regulación procura garantizar la imparcialidad judicial para así generar una convicción más justa en los fundamentos resolutivos futuros. Lamentablemente, la elevada carga procesal y las estadísticas que acreditan violencia contra la mujer provocan que estas actuaciones procesales estén dirigidas contra el denunciado, distorsionando la imparcialidad judicial.

4 Señalamos “ética social” y no “buenas costumbres” por cuanto la misma denominación es confusa y tiende a vincularse con elementos morales que terminan siendo relativizados por las costumbres o la influencia socio cultural de otros colectivos. Así, por ejemplo, la sociedad peruana ha evolucionado en la percepción de los hijos de padres separados o en el tratamiento de los divorcios.

Resulta complejo desarrollar el límite del juzgador para que no sobrepase su ámbito de intervención cuando tiene que analizar el petitorio como la contestación de la demanda. Tanto por exceso como por defecto, los parámetros del *ultra e infra petita* constituyen elementos sustantivos y procesales que en los conflictos familiares pueden ser obviados considerando el interés superior del niño, sin generar una responsabilidad administrativa o jurisdiccional de los operadores judiciales, a razón de una causa justificante y exculpante.

La revisión de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, como legislación comparada, nos permita sustentar en mejor medida nuestra posición sobre la ponderación de los elementos de hecho y circunstancias especiales al momento del juzgamiento y procesamiento, así como sobre la “primacía de la realidad”⁵, una guía para que el juzgador no se limite a la norma jurídica y pueda apartarse de esta si la realidad social del niño y su entorno social lo permiten.

El Código del Niño y Adolescente se encuentra en un nivel de desfase frente a la realidad social que trastoca el sentido tradicional de “familia”. Por ello es necesaria no sólo una reforma integral sino una política pública específica que trate los problemas familiares como un todo, para así evitar normas unidireccionales y generativas de mayores complicaciones en el manejo del sistema jurisdiccional, al criminalizar o agravar las referencias punitivas, sin proponer medidas alternativas.

7. PARÁMETROS PROCESALES A TENERSE EN CUENTA

a. El interés y la legitimidad para obrar.

Coincidiendo con los argumentos de Juan Espinoza, en el sentido de que estas instituciones deben ser trabajadas procesalmente en forma exclusiva (2013), consideramos que el tema excede el ámbito judicial de la especialidad de familia, por cuanto todas las partes tienen no sólo un interés sino legitimidad para obrar independiente (también excluyente) en el proceso judicial.

Sin embargo, nuestra legislación asigna una condición de indefensión (incapacidad) relativa a los menores de edad que se encuentran en medio de un conflicto de intereses entre sus progenitores, convirtiéndolos prácticamente en “objetos” de planteamientos de defensa y apelaciones, obviando su naturaleza personal.

Tanto los legisladores como los operadores judiciales no toman en cuenta el valor de “sujeto”

5 Artículo 120 del Código del niño y del adolescente de Perú. Definición y Contenido. La política de protección y atención al niño y al adolescente es el conjunto de orientaciones y directrices, de carácter público, dictadas por los órganos competentes, a fin de guiar las acciones dirigidas a asegurar los derechos y garantías consagrados en esta ley.

de los menores en estos conflictos judiciales, relativizándose la tutela del derecho a la dignidad y de sus derechos fundamentales, por el límite legal de ser incapaz relativo. Incapacidad que no le permite un mayor margen de acción en el mismo proceso, en el cual inclusive no desea participar por encontrar el caldo de cultivo de los conflictos entre sus progenitores.

Para evitar tal situación la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente⁶ de Venezuela asigna a los menores una capacidad relativa para iniciar directamente procesos judiciales relativos a sus derechos, lo que les permite realizar actos jurídicos autónomos frente a sus progenitores (artículo 87)

Podría parecer insulso este postulado no considerándose su importancia al interior de los conflictos ya judicializados, pero la realidad indica que los progenitores cuando ejercen sus posiciones en el conflicto suelen no tomar en cuenta el desarrollo psicológico y la integridad de los hijos, con lo cual el niño pasa de ser “sujeto” a un “objeto”, bien por el cual vale la pena “luchar”, dado que puede asegurar una “reparación a un daño”, “alimentos”, una vivienda o “a la imposición a un justo castigo” a la contraparte.

La legislación venezolana permite a los hijos una defensa legal que actúe en forma más objetiva e imparcial aun en contra de sus propios progenitores, para que estos no los traten como un simple “bien conyugal”. Esta situación no implica la determinación de una capacidad civil o procesal, por cuanto no puede sobrepasarse los parámetros legales de la edad, el discernimiento y la capacidad civil tan necesarios para determinar dicha condición procesal.

b. La preclusividad de las etapas procesales.

Por aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente (Fuentes) se aplica supletoriamente las reglas procesales del Código Procesal Civil de Perú a todos los conflictos judiciales de naturaleza familiar. En este sentido la ley peruana jerarquiza el principio de preclusión e irretroactividad de las etapas del proceso para garantizar el debido

6 Téngase presente los siguientes artículos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela: **Artículo 13. Ejercicio progresivo de los derechos y garantías.** Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. De la misma forma, se le exigirá el cumplimiento de sus deberes.

Artículo 87. Derecho a la justicia. Todos los niños y adolescentes tienen derecho de acudir ante un tribunal competente, independiente e imparcial, para la defensa de sus derechos e intereses y a que éste decida sobre su petición dentro de los lapsos legales. Todos los adolescentes tienen plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho. (subrayado nuestro)

Artículo 89. Derecho a un trato humanitario y digno. Todos los niños y adolescentes privados de libertad tienen derecho a ser tratados con la humanidad y el respeto que merece su dignidad como personas humanas. Asimismo, gozan de todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes, además de los consagrados específicamente a su favor en esta Ley, salvo los restringidos por las sanciones impuestas, representación jurídica gratuita a los niños y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes. (subrayado nuestro)

proceso y los derechos de las partes en conflicto.

Sin embargo, en los conflictos judiciales de naturaleza familiar no es factible continuar con este postulado procesal, por cuanto las circunstancias pueden variar en cualquier etapa, perjudicándose sobremanera a la parte más débil.

La presentación de medios probatorios extemporáneos o la confirmación de un hecho denunciado sin la correspondiente acreditación probatoria, no pueden ser evaluados bajo un prisma procesal riguroso, por cuanto no está en juego un simple “conflicto de intereses”, sino la misma integridad de las partes en conflicto.

Esta situación es parcialmente tomada en cuenta por nuestra legislación, al tenerse presente que los procesos de alimentos no terminan en “cosa juzgada”, dada su ampliación temporal para solicitar los requerimientos en la eventualidad de que no se preste tal obligación.

c. El impulso procesal.

Siendo una realidad encontrar múltiples elementos de violencia en los conflictos judiciales de naturaleza familiar, resulta incongruente y desfasada de la realidad el contenido del artículo 71 del Código del Niño y Adolescente, por cuanto el Ministerio Público poco puede hacer frente a los conflictos evaluados, debido principalmente a que sus dictámenes no pueden sobrepasar el ámbito de la ley y la responsabilidad funcional.

Así en procesos de divorcio por causal, aun cuando no se ha acreditado la violencia física o psicológica de una de las partes en contra de la otra, el Ministerio Público más allá de requerir las garantías para las víctimas o el cese de los actos de violencia, se ve limitado en la práctica cuando afronta la sobrecarga procesal judicial y el trámite burocrático con el Ministerio del Interior (Policía Nacional y Gobernación)

Igualmente, tampoco pueden exceder los niveles de autonomía individual de las partes que en múltiples circunstancias optan por abandonar o desistir de sus pretensiones en los procesos de violencia familiar.

En tal sentido, una reforma legal para otorgar un mayor nivel de participación en el impulso procesal a favor del Ministerio Público podría ser una solución legislativa a los miles de expedientes con carga neutra que existen en el Poder Judicial, para así sólo tramitar aquellas causas que requieran una intervención más activa y tutelar de los órganos judiciales.

d. La finalidad del proceso, economía procesal y socialización del proceso.

Parecería que hay una mala interpretación complementaria del artículo X del Título Preliminar del Código del Niño y del adolescente (proceso como problema humano) y el artículo VI del

Título Preliminar del Código Procesal Civil de Perú (principio de socialización del proceso) cuando se desarrollan procesos judiciales de naturaleza familiar.

Parte de este conflicto se traduce en el hecho de que los intereses en conflicto y los ámbitos de acción de la demanda y contestación de la misma responden a dos situaciones diferentes:

- El conflicto de los progenitores con intereses contradictorios.
- La vinculación legal y personal de los progenitores respecto de los hijos, con posiciones contradictorias (que no necesariamente implican intereses opuestos)

Esta situación compleja requiere la comprensión de que intervienen tres “partes” (demandante, demandado y niños y adolescentes) por cuanto no se puede seguir considerando que los hijos son los sujetos invisibles en todo proceso judicial de naturaleza familiar.

Esta situación involucra no sólo un conflicto de intereses sino un problema social (y no “humano” como limitadamente lo trata de regular el Código del Niño y del Adolescente) y que frente a ello el mismo sistema judicial ha quedado avasallado, al no poder atender de manera imparcial, eficaz, justa y oportuna los expedientes tramitados en sus órganos.

e. La carga de la prueba y la actuación de medios probatorios.

Existen pocos estudios en el Perú que hayan desarrollado un derecho probatorio específico a los conflictos de naturaleza familiar por existir una regulación subsidiaria en las disposiciones del Código Procesal Civil.

Igual ocurre en Argentina que no cuenta con bibliografía especializada en esta materia.

Lamentablemente poco se ha considerado que en estos conflictos los demandantes no pueden presentar medios probatorios eficaces o legales⁷ (art. 191 Código Procesal Civil Perú) y usualmente los medios probatorios típicos aportados resultan insuficientes.

Así, por ejemplo, cuando los varones denuncian el síndrome de alienación parental y la obstrucción del vínculo paterno filial realizado por las madres, los magistrados suelen ampararse en los informes periciales del equipo multidisciplinario y en el artículo 199 Código Procesal Civil para declarar infundadas las pretensiones.

7 Existe copiosa jurisprudencia en el Perú que niega la validez como medio probatorio de las filmaciones de relaciones sexuales del demandado (a) con una tercera persona, en particular por el mecanismo cómo fueron obtenidas. Igualmente, el registro filmico de ingresos a hoteles u hostales no constituyen un elemento probatorio que registre un adulterio o una infidelidad. Este contexto resulta inadmisibles para los litigantes, quienes suelen preguntar a los magistrados ¿Qué creen que hacían a solas? Y como la respuesta suele estar vinculada al elemento “probatorio”, las partes perjudicadas por una causal de separación o divorcio se sienten desamparadas por la ley y el mismo sistema judicial.

Caso contrario lo constituye la denuncia por violencia física o psicológica de las mujeres contra los varones (admitidas en un breve plazo), estos en múltiples casos no son atendidos con la misma proporción de la demanda o denuncia cuando cuestionan un certificado médico legal⁸ o un protocolo de pericia psicológica⁹.

Cuando se actúan medios probatorios obtenidos en otro proceso judicial (art. 198 Código Procesal Civil), estos serán considerados con el mismo nivel de los medios probatorios presentados en la causa, generando una situación de mayor indefensión a las partes. Así, por ejemplo, cuando se determinan en otros órganos judiciales los niveles de responsabilidad en casos de sustracción de menores o resistencia a la autoridad, se observa que estos medios probatorios no suelen provocar una mayor responsabilidad en el agente denunciado o demandado.

En estas circunstancias consideramos que un Código Procesal Familiar bien puede brindar mejores herramientas de interpretación y actuación de medios probatorios en los conflictos judiciales de naturaleza familiar.

f. Sanción de la temeridad y malicia procesal.

(Será tratado en un capítulo aparte)

g. La obligatoriedad de la etapa conciliatoria.

La “conciliación” es una propuesta estatal para reducir la sobrecarga judicial, los sobrecostos judiciales y acceder a una justicia directa. Sin embargo, ni el mismo Estado a través del Ministerio de Justicia “apoya” la implementación y extensión de la conciliación en todo el país¹⁰.

8 En las denuncias por violencia familiar, los certificados médicos legales suelen registrar “equimosis” en la víctima. Sin embargo, estas equimosis (moretones) nunca son descritos de manera correcta al no detallar la coloración de la piel dañada (de rojo se convierte a amarillo, pasando por el azul y el verde por la degradación de la hemoglobina). En tal sentido, estas pericias médicas omiten una información vital para efectos de registrar una violencia física, porque la coloración de la piel puede registrar de manera eficaz la temporalidad de la agresión, determinando la oportunidad o el carácter extemporáneo de la misma. En tal sentido, estas omisiones constituyen un equivalente al registro de la autopsia de un cadáver asesinado con arma de fuego, no registrándose el lugar del ingreso de la bala.

9 Una pericia psicológica en una persona puede registrar una “reacción ansiosa situacional compatible con violencia familiar”, la misma que puede provocar una “reacción violenta”. Sin embargo, la segunda parte no se registra en el informe psicológico, cuando bien pudo ser previsto, toda vez que es compatible con la conducta humana de acción-reacción. De esta manera se omiten registrar como conductas de violencia psicológica los actos de obstrucción del vínculo paterno filial o la negación de las madres a la ejecución de los regímenes de visitas a favor de los varones por estar fuera de la pericia psicológica.

10 Prueba de ello, es el ínfimo desarrollo de la “conciliación” en la página web del Ministerio de Justicia. www.minjus.gob.pe, que se amplía con la presentación del estudio ejecutado por la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil, donde se dispuso la eliminación del carácter de exigibilidad de procedencia en las demandas civiles y de familia.

Evidentemente la ley que propugnaba la conciliación no tomó en cuenta la temeridad y malicia de las partes que participan en un proceso judicial o que tienen conflictos de naturaleza socio familiar. Agravante adicional es la pésima conducta de la mayoría de abogados que litigan en estas instancias, porque son “ellos”, quienes “intervienen” en el proceso judicial como “partes”.

Los comportamientos mencionados se pueden verificar en:

- Los pasillos judiciales, en particular cuando las partes van a ingresar a una audiencia.
- Las colas en las mesas de parte de los juzgados, cuando los abogados “instruyen” a sus clientes sobre los mecanismos a emplearse para “garantizar” los derechos invocados en el proceso.
- El acto de “jalar” clientes en los pasillos judiciales, de manos de quienes “prometen” diligencia, inmediatez y éxito.

8. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - ISN

La doctrina y la práctica judicial han mitificado este principio y lo han sobredimensionado en su interpretación y ejecución frente a otros principios legales e inclusive derechos fundamentales (derecho a la defensa, a la imparcialidad del juzgador, etc.)

Consideramos que la facultad y la resolución judicial limitativa de derechos sólo podrán ser válidas si estos no contravienen las disposiciones constitucionales y las garantías de protección de los derechos fundamentales y los principios recogidos en los títulos preliminares del Código Civil y Código Procesal Civil, por cuanto el interés superior del niño no puede exceder los niveles de su naturaleza jurídica, provocando la distorsión de sus objetivos.

El operador judicial solo puede emplear el interés superior del niño si en la ejecución de este principio no se vulneran derechos de los progenitores de forma arbitraria. De este modo, una Corte de Apelaciones (Sala de Familia) puede subir el quantum de los alimentos a favor de los demandantes si logra verificar que existen condiciones en el demandado para tal medida, aun cuando se esté evaluando una apelación a una resolución de primera instancia.

En este contexto no habrá una *reformatio in peius* para el agente económico perjudicado, si este incremento no resulta perjudicial a su economía, aplicándose correctamente el interés superior del niño. Caso contrario si este incremento se realiza sin ninguna observación o el nivel de argumentación de la resolución resulta insuficiente, debido a la intención de la Sala de ser más “tuitiva”, el perjudicado puede apelar tal decisión por existir un flagrante caso de prevaricato.

9. PRINCIPIOS PUNITIVOS APLICABLES AL DERECHO DE FAMILIA

Con el propósito de desarrollar los diversos principios del Derecho Penal que ha desarrollado la doctrina y que se vinculan con nuestro tema de análisis, dividiremos los principios del derecho penal en relación a los siguientes parámetros:

- a. *Principios relativos a la función protectora del Derecho Penal*: aquéllos que establecen límites al legislador sobre el contenido de la norma penal.

Principio de mínima intervención: en materia de violencia familiar la judicialización de los conflictos interpersonales resulta la primera medida propuesta por el legislador.

Principio de subsidiariedad: no existen medios ni alternativas paralelas a un conflicto jurídico en los casos de naturaleza familiar, mucho menos cuando se trata algún contenido penal.

Principio de proporcionalidad de las penas: lamentablemente los juzgados de familia no han observado las consecuencias de las acciones limitativas de los derechos de una de las partes, en particular cuando se imponen sanciones como la suspensión del régimen de visitas, la suspensión de la patria potestad o el incremento de la cuota alimentaria, a pesar de que se ha registrado que la contraparte cuenta con recursos económicos.

La consecuencia no deseada de estas circunstancias son los casos de “padrectomía”¹¹ que sufren los hijos cuando se les imponen estas sanciones civiles (en esencia punitivas), no considerando el hecho de que sin ser parte demandada también sufren los daños de la sanción en forma colateral.

- b. *Principios relativos a la forma y aplicación de la norma penal*: aquellos que establecen límites al Estado respecto de la forma en que se debe plasmar y aplicar la norma penal.

Principio de legalidad: las últimas reformas penales son una muestra de cómo el Derecho de Familia se ha criminalizado¹².

Principio de especialidad: por aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente (fuentes supletorias) y por la delicada naturaleza de las circunstancias, consideramos que estas normas bien pueden ser reguladas en un Código Procesal Familiar

-
- 11 La padrectomía es la extirpación de la figura paterna en los hijos luego de la separación de los progenitores, provocando síntomas de ansiedad, aislamiento, culpa que en conjunto pueden provocar suicidio infantil. En forma complementaria, los padres suelen distanciarse al no superar los problemas limitados al contacto habitual con sus hijos, y terminan abandonando sus derechos.
- 12 Sin cuestionar la Ley 29194, ley que precisa los casos de pérdida de patria potestad, observamos que esta norma aplicable al contexto familiar es una muestra de nuestra posición.

porque los parámetros de definición del “bien jurídico”¹³ evaluado sobrepasan el ámbito penal.

Principio de Non Bis In Ídem: ¿puede el mismo hecho provocar una suspensión de la patria potestad y la responsabilidad por sustracción de menores? Siendo ámbitos diferentes, el sistema judicial tiene como barrera los márgenes legales y no puede atender la naturaleza del conflicto. Consideramos que basta con la suspensión de la patria potestad, porque los alcances de esta sanción exceden el margen doloso de la acción.

- c. *Principios que se desprenden del concepto de culpabilidad*: aquellos que imponen al legislador y al juzgador el deber de satisfacer las exigencias de la culpabilidad para imponer una pena.

Principio de culpabilidad: en los procesos judiciales de familia se sancionan en muchos casos al agente agresor del hecho denunciado y nunca al provocador de la causa generadora del conflicto.

De este modo, cuando una “víctima primaria” descubre un adulterio reacciona cometiendo violencia física contra su cónyuge o pareja, siendo luego el denunciado. Esta situación le limitará el ejercicio de los mecanismos procesales para tramitar oportunamente la disolución del vínculo matrimonial por causal. En conclusión, esta persona termina siendo víctima tanto en el ámbito civil como en el penal.

Principio de presunción de inocencia: la Ley N° 29194, ley que precisa los casos de pérdida de patria potestad, lamentablemente no regula los casos de las “denuncias falsas” ni la temeridad procesal del denunciante, con lo cual observamos que la presunción de inocencia está restringida en un período temporal prolongado.

Principio de imputabilidad por dolo o culpa: este principio debe ser tomado en cuenta en el Derecho de Familia porque existen situaciones en las cuales no es fácil deducir una solución legal.

Las circunstancias especiales que rodean los conflictos familiares son caldo de cultivo para una serie de hipótesis que no necesariamente tienen una correlación con una norma específica. Así, por ejemplo, un acto de adulterio no necesariamente provoca un divorcio; la procreación de un hijo con tercera persona no necesariamente incide en la separación de la pareja original, por el contrario puede permitir la “reunificación” de la misma (tal como sucedió con el último hijo de Alan García, presidente de la República, procreado con segunda mujer estando aún casado con la primera dama de la nación)

13 Podemos mencionar como eventuales contenidos del “bien jurídico” en este ámbito: la integridad personal de los sujetos, la “familia”, el vínculo paterno filial, los derechos de terceras personas, etc.

IV. LA ACCIÓN A MEDIANO PLAZO: LA REFORMA DE LA LEY Y DE LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES EN EL ÁMBITO TUTELAR FAMILIAR: UN NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA (INCLUYENDO UN SISTEMA PROCESAL TUTELAR FAMILIAR)

El sistema legal que regula los derechos y procedimientos jurisdiccionales en el ámbito tutelar familiar se encuentra desfasado y resulta inoperante para los justiciables, principalmente debido a las incongruencias del mismo sistema por culpa expresa del legislador.

Esta responsabilidad recae en el legislador por dos circunstancias específicas:

- a) La exagerada predisposición a instaurar, a todo riesgo y cuenta, la premisa de que “la ley lo soluciona todo”.
- b) La falta de una dirección a nivel de política pública, predeterminada en la lista de prioridades parlamentarias¹⁴.

Basta con observar los procedimientos para regular los procesos judiciales vinculados a la defensa de los derechos de niños y adolescentes.

- Inicio de instancias judiciales diferentes, como lo es en los juzgados especializados en familia (tenencia) y juzgados de paz (alimentos).
- Necesidad de plantear segundos procesos judiciales para la determinación de un derecho: tenencia, variación de visitas, reducción de alimentos, etc.

La falta de un norte es muestra evidente de que los parlamentarios se encuentran en un “libre albedrío” legislativo, que resulta negativo para el mismo sistema jurisdiccional y genera una sobrecarga a la labor de los jueces de la especialidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Arriagada, Irma. 2007. Transformaciones familiares y políticas de bienestar en América Latina. En: Arriagada, Irma (Comp) *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. Santiago de Chile, Chile: CEPAL.
- Bermúdez Tapia, Manuel. 2011. *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima, Perú: Ediciones Caballero Bustamante.

14 Las prioridades parlamentarias son las “líneas” de dirección que determina la mesa directiva del Congreso, aprobadas en coordinación con la junta de presidentes de las bancadas parlamentarias y que se establecen al inicio de la legislatura anual.

- Manuel Bermúdez Tapia

- Catalá Rubio, Santiago. 2006. *Evolución del derecho de familia en occidente*. Cuenca, España: Universidad Castilla La Mancha.
- Espinoza, Juan. 2013. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima, Perú: Rhodas.
- Esteinou Madrid, Rosario. 2008. Tipos de familia en el México del siglo XX. En: Vera, Ana y Robichaux, David (Coord) *Familias y culturas en el espacio latinoamericano*. Ciudad de México, México: Universidad Iberoamericana.
- Ministerio de Justicia. 2018. *Noticias del Ministerio de Justicia*. Recuperado el 20/07/2018, recuperado de: www.minjus.gob.pe
- Plaza, Orlando. 2001. *Perú: actores y escenarios al inicio del nuevo milenio*. Lima, Perú: PUCP.
- Polaino-Orts, Miguell. 2012. *Feminicidio y discriminación positiva en el derecho penal*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Ponce Alburqueque, Johanna. 2017. *Familia, conflictos familiares y mediación*. Madrid, España: UBIJUS.
- Vega Mere, Yuri. 2009. La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional: a propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho. En: Osterling Parodi, Felipe (et al) *Libro de ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima, Perú: Palestra.