

LA REINTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL EN EL PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Manuel Bermúdez Tapia¹

I. CONSTITUCIONALIZANDO UNA INSTITUCIÓN DE CONCEPTOS ANTIGUOS

Las instituciones, conceptos y percepciones vinculadas al ámbito del Derecho de Familia, tienen un origen histórico romano, pero que producto de los últimos cambios sociales, políticos, económicos y culturales sucedidos en nuestro país, consideramos que debemos replantear algunas de sus instituciones,² justificando para ello, el hecho de contar con una jurisprudencia emitida por el Poder Judicial y Tribunal Constitucional que ha redefinido algunas instituciones y procedimientos en la especialidad.³

Tradicionalmente la defensa de la “familia” como institución jurídica de origen religioso católico, ha sido la premisa máxima

¹ Abogado. Magíster en Derecho. Docente de las Escuelas de Postgrado de: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Antenor Orrego, Universidad San Antonio Abad del Cusco, Universidad Hermilio Valdizán, Universidad San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura.

² Referencias en cuanto a la evolución legal y social respecto de las instituciones vinculadas al Derecho de Familia, pueden ser: La Ley que regula el divorcio notarial o municipal (2004), La ley de Tenencia Compartida (2006), La eliminación de la causal de “maltrato constante y reiterado” en cuanto al divorcio, para admitir que basta una única condición de violencia manifiesta para acceder a plantear el divorcio.

³ La ley Núm. 28251 (2004), que sancionaba las relaciones sexuales entre mayores y menores de edad, quedó finalmente derogado tanto por sentencias del Poder Judicial, como por el mismo Congreso de la República; instituciones que en sus considerandos, señalaban que por el carácter multicultural de nuestra nación, resultaba difícil imponer una norma de tales consideraciones.

en nuestro país y en la mayoría de naciones de tradición romano germana.

Sin embargo, el derecho contemporáneo no es sensible a la temporalidad de la existencia humana y a la manera como esta se relaciona con el sucederse de las generaciones y con los vínculos familiares.

Actualmente nos enfrentamos con una dinámica donde no solo está en juego el grado de persistente “cristianización” de la legislación familiar (por ejemplo en la negativa a los matrimonios entre personas del mismo género), sino también el grado de fidelidad de la experiencia jurídica a un principio de defensa y promoción de la individualidad subjetiva (Ley Núm. 29227, Divorcio “rápido” y Ley Núm. 27495, que regula la posibilidad de plantear el divorcio a quien lo provoque).

En palabras más sencillas, tanto la lógica del derecho como la de la fe, opuestas en naturaleza para muchos casos, ceden sus antagonismos en determinadas ocasiones, por necesidad.

Este fundamento nos permite concluir que la familia en su percepción jurídica requiere de una necesaria evaluación histórica antropológica,⁴ porque el sistema judicial continúa teniendo el concepto restringido de “familia”,⁵ al ser una estructura socio jurídica *nuestra* y por lo tanto, bien puede tener una referencia unívoca y distorsionada frente a otras realidades sociales.

Así por ejemplo podemos observar las diferencias entre las familias “occidentales”, “orientales”, “musulmanas”, “hindúes”, “andinas”, etcétera, y cada una de ellas cuestionará los *valores* de las demás, enfatizando sus creencias como únicas y por tanto excluyentes.⁶

⁴ Francesco D’agostino, *Elementos para una filosofía de la familia*. Madrid, Ediciones Rialp, 1991, pp. 135 y 136.

⁵ Artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuestionado en el Fundamento 27, de la Sentencia del TC, Expediente Núm. 06572-2006-PA/TC

⁶ Por ejemplo, para la sociedad nacional es cuestionable la poligamia musulmana; o lo que es más complejo aún, sería el análisis de la casi extinta institución del *Tahuaco* (cultura aymara en Perú y Bolivia) en la cual se admite el matrimonio de dos pare-

En este sentido, podemos señalar las constantes críticas que el “matrimonio”, institución más representativa del Derecho de Familia, ha recibido en la doctrina.

No han sido pocas las voces que se han opuesto a todas las formas posibles de “matrimonios”, en su intento de desacralizar las relaciones humanas. Así podemos citar a Lutero (De Captivitate Babilonica) que interpretando a la Biblia (Cor. 7.10 y 11) concluyó que el matrimonio no era un sacramento;⁷ Calvino, argumentaba que el matrimonio se debía a una “invención del papa Gregorio VII”;⁸ y en grado extremo, podemos citar a Nietzsche, que en sentido racional (la *razón* supera a la *fe* que no cuestiona), irónico y personal decía:

¡Ay, esa suciedad de alma entre dos! ¡Ay, ese lamentable bienestar entre dos! Matrimonio llaman ellos a todo eso: y dicen que sus matrimonios han sido contraídos en el cielo. ¡No, a mí no me gusta ese cielo de los superfluos! Dios ha muerto: ahora nosotros queremos que viva el superhombre. (Así habló Zarathustra).⁹

En este sentido satírico, Kant, señalaba que el “matrimonio es la unión de dos personas de diferente sexo para posesión recíproca de sus facultades sexuales durante la vida”: y Locke, complementaba que el “matrimonio consiste en la comunión y el derecho al cuerpo del otro”.¹⁰

jas, donde un varón sale de la comunidad para obtener el sustento económico y el varón que permanece, es el encargado de ocuparse de la “familia”. Esta relación familiar es provocada por la necesidad de procurar un sustento económico y para evitar la disolución de una de las parejas.

⁷ Rico Pavés, José, *Los sacramentos de la iniciación cristiana: introducción teológica a los sacramentos del bautismo, confirmación y eucaristía*. Toledo, Instituto Teológico San Ildefonso, 2006, p. 265.

⁸ Figueras Vallés, Estrella, *Pervirtiendo el orden del santo matrimonio*. Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, 2003, p. 47.

⁹ Nietzsche, Friedrich. *Also sprach Zarathustra*. (Así habló Zarathustra). Buenos Aires, Alianza Editorial, 2005, p. 468.

¹⁰ Kant, Immanuel, *Philosophy of law: an exposition of the fundamental principles of jurisprudence as the science of right*. Union: Lawbook Exchange, 2003, p. 110. Locke, John, *Two treatises of government: in the former the false principles & foundation of Sir Robert Filmer*

Por lo expuesto, entonces debemos manifestar que los jueces peruanos deben variar su posición tradicional de entender a la “familia” (y al matrimonio) y tutelar en adelante el *vínculo familiar*, prefiriéndola a la institucionalidad de la “familia”, principalmente porque las *relaciones familiares* sustentan a la “familia”, sin estas estaríamos hablando de una instancia vacía y sin sentido lógico, porque una relación inversa, generaría sólo 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.

Y este parámetro ha sido una constante en el Tribunal Constitucional, donde se viene interpretando que los derechos individuales de todo miembro de una “familia” deben estar en estrecha relación con el desarrollo de dicha institución, tanto por argumentos legales como por lógica humana.

La importancia de tutelar las *relaciones familiares*, 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, en primer lugar, porque no existen políticas integrales hacia la familia como unidad,¹¹ sino iniciativas parciales focalizadas en algunos de sus miembros (mujeres, niños, ancianos). Careciéndose de una mirada unificadora que pueda omnicomprendivamente abarcar la complejidad de dimensiones responsables del bienestar familiar.

En segundo lugar, el comportamiento del legislador peruano resulta contradictorio con los arreglos familiares y la pluralización de las formas de vida en familia. Los hogares no normativos (monoparentales de jefatura femenina, unipersonales, biparentales sin hijos) no tienen cabida en el discurso institucional por derecho

Œ his followers, are detected Œ overthrown; the latter is an essay concerning the true original, extent Œ end of civil government. London, Bettesworth, 1728, p. 8, Pateman, Carole y otros, *El contrato sexual*. Barcelona, Anthropos, 1995, p. 233.

¹¹ Incumpléndose inclusive la “promoción del matrimonio” que la Constitución regula en el artículo 40.

propio,¹² a no ser como anomalías que son necesarias de subsanar, para la garantía del “sistema familiar tradicional”.

Por ello nuestra posición de proteger las *relaciones familiares* frente a la institución legal de la “familia”, 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.

*1. Antecedentes en la tutela del vínculo familiar*¹³

Continuando con nuestra posición, podemos observar una posición uniforme en el Tribunal Constitucional peruano y otros órganos jurisdiccionales, la protección de las *relaciones familiares*, sobre la base de las nuevas categorías de familia.¹⁴

Estos antecedentes, serían los siguientes casos:

- a) En el caso de *las relaciones inter-generacionales*, si bien el CNA regula el derecho de visitas entre familiares inter generacionales (Art. 90), los jueces peruanos suelen restringir derechos a los abuelos, en particular cuando plantean un régimen de visitas sobre sus nietos, debido a que extienden los factores socio económicos que rodean a los progenitores, ampliando la desvinculación entre familiares (abuelos-nietos), con lo cual se genera una nueva categoría de víctimas en los conflictos familiares (las víctimas invisibles).¹⁵

¹² Arriagada, Irma, *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces*. Santiago, Naciones Unidas, CEPAL, División de Desarrollo Social; UNFPA, diciembre de 2004, p. 150.

¹³ Véase: Bermúdez Tapia, Manuel, “La protección constitucional del vínculo familiar en el sistema jurisdiccional peruano”, en *JUS Constitucional*, núm. 6, Lima, Grijley, 2008.

¹⁴ Tipton, Steven y Witte, John, *Family transformed: religion, values and society in American life*. Washington, Georgetown University Press, 2005, p. 114.

¹⁵ Bermúdez Tapia, Manuel, “La violencia familiar invisible provocada por la separación o divorcio”, en *Campus*, Trujillo, UPAO. núm. 3. pp. 7-34.

- b) En el caso de las *familias ensambladas*, Fundamento Núm. 10, interpretado complementariamente con el artículo 242 del CC, Caso Reynaldo Shols Pérez, del Expediente Núm. 09332-2006-PA/TC.

Téngase presente que en este caso además se tuteló el derecho de fundar una familia y de protegerla, lo que significó una extensión interpretativa de los derechos fundamentales, en el ámbito socio familiar.

- c) En el caso de las *familias separadas*,¹⁶ en una serie de países pioneros de la protección del vínculo familiar, han diseñado políticas públicas específicas para promover las relaciones intrafamiliares, con lo cual las incidencias de conflictos en instancias judiciales se ha visto considerablemente reducida.

Legislación de países como Bélgica, Noruega, Suecia, Dinamarca, Francia, Suiza, Italia, algunos estados de Estados Unidos y Brasil (mayo, 2008), sugieren al magistrado que promueva la Tenencia Compartida de los hijos entre los padres, como una medida más eficaz, oportuna y menos onerosa en términos económicos y emocionales.

En el Perú, la Ley de Tenencia Compartida, aún no tiene los alcances prácticos jurisdiccionales deseados.

- d) En el caso de las *familias divididas*, como fuese determinado en la Sentencia del TC, Caso Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas, Expediente Núm. 1317-2008-PHC/TC.
- e) En el caso de las *familias convivenciales*, tal como lo detallan los Fundamentos Núms. 17, 28, 30, 31, 37 y 39, resaltándose el Fundamento Núm. 4, de la Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Janet Rosas Domínguez, Expediente Núm. 06572-2006-PA/TC.

¹⁶ La familia separada es aquella constituida a partir de una situación de viudez o una separación sin un conflicto de por medio; mientras que la familia dividida, es aquella que presenta un conflicto familiar que puede llegar a los juzgados. Ver: Álvarez González, Manuel, *Contextos educativos y acción tutorial*. Madrid, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2004, pp. 55 y 56.

- f) En el caso de las *familias migrantes*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene amparando la tutela de la reagrupación familiar para ciudadanos naturales de terceros países a la Unión Europea; sentencias que han motivado las Directivas 2003/86/CE (22/09/2003) y 2004/114/CE (13/12/2004), y que en España, por citar, han encontrado complemento en la Ley Orgánica 4/2000 (11/01/2000) y el Real Decreto 2393/2004 (30/12/2004) todas ellas para casos de reagrupamiento familiar en caso de que uno de los miembros sea migrante (legal), protegiendo particularmente la “vida familiar”.¹⁷
- g) En el caso de las *familias multiculturales ajenas a la cultura religiosa de la nación de residencia*, tal como lo podemos observar en el artículo 13 del Tratado de creación de la Unión Europea, reformado por el Tratado de Ámsterdam (1997) que tutela la libertad religiosa de los individuos que conforman familias con una religión diferente a la del Estado en la cual tienen residencia.¹⁸

Todos estos ejemplos nos permiten señalar que la ley no va a la par del desarrollo de las nuevas formas de relaciones sociales, pero para ello están los jueces y ya quisiéramos que el juez peruano sea creativo y supere las líneas exegéticas de nuestra legislación decimonónica,¹⁹ típicas del siglo XIX.²⁰

¹⁷ Aparicio, Marco Wilhemi y otros (coord.), *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*. Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 67, 201, 203-205 y 212.

¹⁸ Landete Casas, José, *La libertad religiosa en el Derecho Comunitario*, p. 30, en *Cuadernos de Integración Europea*, núm. 7, diciembre de 2006, pp. 19-32, disponible en: <http://www.cuadernosie.info>.

¹⁹ Gorki Gonzáles Mantilla, y otros autores peruanos, han expresa mención que el juez peruano tiene una característica interpretativa exegética de la norma jurídica, que más parece estar vinculado a una manera de entender el derecho en forma decimonónica, que en forma creativa. Gonzales Mantilla, Gorki, *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales*. Lima, PUCP, 1998, p. 57.

²⁰ López Bravo, Carlos, *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, p. 93.

Por ello, planteamos, líneas adelante, la construcción de algunos criterios jurisdiccionales aplicables a casos complejos, para que la Policía Nacional, el Ministerio Público, y el Poder Judicial, no se queden limitados a una interpretación exegética del Código del Niño y del Adolescente y terminen generando más víctimas sociales crónicas.

II. EL DESARROLLO DE CONFLICTOS FAMILIARES EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL (LÍMITES A LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL EN CASOS PENAL-FAMILIAR)

Desde que la capacitación académico profesional de los aspirantes a magistrados (jueces y fiscales) se ha venido consolidando con los años, se ha venido observando una positiva reforma en los comportamientos interpretativos de derechos/deberes de los litigantes en las dependencias judiciales.

Ya sea porque el Consejo Nacional de la Magistratura revisa los fallos de los magistrados al momento de las ratificaciones o porque estos cuentan con estudios de especialización en postgrados, los niveles de argumentación en las sentencias han dejado de ser exegéticos (como característica general) para tener una mejor argumentación, superando las limitaciones que eran observadas por la doctrina nacional.²¹

Complementariamente, los mismos magistrados han venido incrementando su nivel de redacción y argumentación de sus resoluciones, inclusive oponiéndose a parámetros normativos o a una jurisprudencia vinculante, amparándose en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual faculta al magistrado a resolver según sus

²¹ León Pastor, Ricardo, *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*. Colección de Estudios Judiciales, núm. 1. Lima, Academia de la Magistratura, 1996; Gonzales Mantilla, Gorki, *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima, PUCP, 1998.

propios criterios autónomos (Artículo 22, Ley Orgánica del Poder Judicial).

Sin embargo, la actuación del magistrado, también en esta estrecha vinculación con la materia que debe analizar, evaluar y determinar en una resolución.

La delimitación de obligaciones y el establecimiento de parámetros de tutela de derechos pueden representar una labor compleja para el magistrado; su pericia le permitirá superar el impacto y los efectos de casos vinculados a situaciones extremas, manteniendo así su actitud neutra²² frente a las pretensiones en el proceso.

Un magistrado con experiencia, puede superar la “sensibilidad social”,²³ que un caso de índole familiar-penal puede representar, sin convertirse en un agente ajeno a la realidad social, porque de lo contrario puede asumir una posición negligente al momento de redactar sus resoluciones, distorsionando la verdad material de los hechos y concediendo o limitando derechos a las partes.

Por tanto, no coincidimos con Francisco Javier de la Torre Díaz en que el magistrado tenga una relativa sensibilidad hacia la realidad social de las partes (pobreza, marginación, enfermedad), porque en realidad, estos factores son subjetivos *per se*. Situación diferente, es cuando el magistrado, llega a conocer los verdaderos motivos del conflicto social e interpreta correctamente los intereses de las partes,²⁴ actitud que Carlos Cerda define como *intuitiva*.

Pero lamentablemente, los magistrados no disponen ni del tiempo ni de una *intuición judicial* aplicable a casos límite, porque los casos en los expedientes de la especialidad familiar y penal son inmanejables para una lógica racional y una legislación decimonónica, a lo que se suma el factor litigioso de las partes.

²² Casal, Jesús y otros, *Tendencias actuales del derecho constitucional*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 247.

²³ De la Torre Díaz, Francisco, *Ética y deontología jurídica*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 378.

²⁴ Cerda Fernández, Carlos, *Iuris dictio*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 84.

La objetividad de los derechos pasa a ser un segundo elemento en la percepción de las partes, quienes asumen que las posiciones (excluyentes) y los intereses (egoístas) son las mejores maneras de actuar en el ámbito judicial, aun cuando estos actos no necesariamente le generen una ventaja objetiva o un beneficio económico, porque en muchos casos el mismo proceso judicial no guarda relación con los costos económicos del hecho generador del conflicto.²⁵

De esta manera el magistrado ya no puede diferenciar entre un derecho (posición objetiva), una interés y una posición (posición subjetiva) de una parte, y así determine una correcta sentencia, lo más probable es que el conflicto interpersonal de las partes se mantenga o se incremente, con la judicialización de nuevos conflictos (práctica común en el ámbito tutelar familiar), y la privación de derechos por parte de una parte sobre otra.

A efectos de sustentar este contexto, bien podemos considerar, el siguiente esquema de evaluación de conceptos que se observan en el ámbito procesal en la especialidad:

a) La posición

Es el punto inicial de negociación de una parte, que parte de una percepción subjetiva de sus expectativas e intereses, frente a su relación con una contraparte.²⁶

En este punto, se pueden mencionar los ejemplos en los cuales una de las partes solicita la limitación de derechos de la contraparte, provocados por una situación ajena a la relación de derechos/obligaciones familiares.

Típico es el caso de la limitación de un régimen de visitas a un criterio temporal de horas por semana, en casos de una separación por causal.

²⁵ Houed, Mario, "Los procesos alternativos", en Medrano, Aníbal (coord.), *Derecho procesal penal*. Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, p. 77.

²⁶ Gómez Pomar Rodríguez, Julio, *Teoría y técnicas de negociación*. Barcelona, Ariel, 2004, p. 59.

En estos casos, se podría preguntar: ¿El juez debe tutelar el derecho del progenitor perjudicado o el del menor?

Si bien existen cuatro niveles de relaciones familiares (entre los progenitores, entre la madre y su hijo, entre los miembros de la familia ampliada –abuelos, tíos–, y entre el padre y su hijo), usualmente los jueces optan por descuidar la última de las relaciones, en particular porque consideran que al afectarse la relación entre progenitores, esta también se extiende a la relación con los hijos.

Como es de observarse, usualmente los casos en las dependencias judiciales se limitan a resolver los conflictos sólo entre los progenitores, sin considerarse que en realidad existen una serie de sub conflictos más complejos, que de no atenderse terminará incrementando los niveles de violencia al interior de la familia.

¿Resulta exigible esta situación al juez? La respuesta es negativa, porque el Perú representa un alto riesgo para cualquier idoneidad profesional²⁷ y por eso resulta imposible exigir al juez controlar los efectos de sus resoluciones, al menos en la especialidad de familia.

b) Interés

Constituido por los objetivos negociadores de las partes.²⁸ Tiene un sustento objetivo, usualmente factible de encontrar en los casos de conflictos familiares, porque también es factible determinar los intereses de las otras partes.²⁹

Podemos mencionar la interposición de demandas vinculadas a la determinación de una sucesión (masa hereditaria, deshereda-

²⁷ Ver: *Perfil psicológico del Magistrado*, pp. 217-219, en Cáceres, Artidoro, *op. cit.*

²⁸ Farré i Salvá, Sergi, *Gestión de conflictos, taller de mediación: un enfoque socioafectivo*. Barcelona, Ariel, 2004, p. 196.

²⁹ Bazerman, Max y Neale, Margaret, *Negotiatin Rationally*. Nueva York, The Free Press, 1993, p. 70.

ción, etcétera) o respecto de pretensiones vinculadas a un ámbito económico.

Al parecer el caso del Habeas Corpus a favor de José Roberto Suito Malmborg en el Tribunal Constitucional, nos permite señalar que de por medio existe la clara intención de promover un proceso paralelo y complementario de sucesión, para así acceder en forma excluyente al patrimonio conformado principalmente por un único bien inmueble ubicado en San Borja.

c) Derecho

Vinculado a los efectos que establece el orden jurídico, respecto de la determinación de una conducta humana, la misma que puede asignar un “derecho” o una “obligación”.³⁰

Por ello resulta importante analizar sentencias como el del Exp. Núm. 05787-2009-PHC/TC, porque son estas circunstancias las que permiten señalar que los magistrados no sólo tienen que vincularse con el ámbito objetivo de la legalidad, sino que además bien pueden desarrollar una *intuición judicial* que posibilite una mayor tutela de derechos para una de las partes, aun cuando en este caso, no sea parte en sí misma (el señor Roberto Suito Malmborg no es parte).

Nuestra posición se acredita cuando leemos el fundamento Núm. 5 de la sentencia Núm. 05787-2009-PHC/TC, la cual sustenta objetivamente la defensa de un derecho (vínculo familiar) en un contexto subjetivo de relaciones familiares.

1. La tendencia actual en el ámbito jurisdiccional

Sin embargo, los fallos de las instancias penales y de familia en las diferentes Cortes Superiores del país usualmente generan precedentes erróneos y sin una interpretación constitucional de defen-

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*. México, UNAM, 1958, p. 90.

sa de derechos fundamentales, los cuales podrían generar precedentes espúrios por tener argumentos ilegítimos,³¹ debido a que no van a generar una *línea jurisdiccional* uniforme.

Las causas que provocan este comportamiento jurisdiccional son múltiples, encontrándose también factores exclusivos a las partes procesales [a) Temeridad procesal, b) comportamiento procesal indebido, c) ambigüedad en la defensa] y a sus letrados [a) inaplicabilidad de métodos alternativos de solución de conflictos, b) planteamiento de denuncias temerarias, c) planteamiento de denuncias falsas], correspondiéndole al juez como director del mismo, determinar y aplicar las medidas y acciones que correspondan.

Como el Poder Judicial y el Ministerio Público, no son exclusivos responsables de la mala praxis jurisdiccional, planteamos como alternativas de solución a la interpretación exegética, los siguientes métodos de interpretación, útiles para procesos vinculados a derechos fundamentales en casos de la especialidad de familia y penales.

a) Método de interpretación sistemático-finalista.

Implica la identificación de varias normas, fines, valores o principios constitucionales que tienen mayor abstracción y en los que se plasma objetivos morales y políticos de signo más universal y consensuado,³² que para el caso que nos concierne, lo constituye la “familia”, en cualquiera de sus modalidades y que el TC desarrolla en los considerandos § del 5 al 11, en la Sentencia del Tribunal

³¹ Las juezas de la Corte Superior de Justicia de Lima, por ejemplo consideran que la temeridad procesal promovida por las partes o las condiciones particulares de los abogados litigantes no generan situaciones punitivas vinculantes para las partes procesales. Situación que viene siendo corregida por el mismo Tribunal Constitucional que viene estableciendo sanciones a los abogados que actúen fuera de los parámetros éticos.

³² López Medina, Diego, *Interpretación constitucional*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 50.

Constitucional, caso Janet Rosas Domínguez. Exp. Núm. 06572-2006.

Bajo este principio, los magistrados deben tener una posición hermenéutica abierta de la Constitución y una visión anti-formalista, basada en las nociones de *fin* y *sistema* que implica una identificación del propósito o valor que una determinada norma busca proteger.

b) El principio de proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.³³

III. REINTERPRETACIÓN DE GARANTÍAS APLICABLES A CASOS COMPLEJOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR-PENAL

Toda vez que los casos complejos y las situaciones extremas siempre tendrán lugar en una sociedad en constante evolución, podemos plantear algunas garantías a ser empleadas en el ámbito jurisdiccional, en aquellos casos en los cuales se requiera tener un criterio de interpretación acorde con el sentido dinámico de la Constitución.

³³ El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por el Tribunal Constitucional, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna (Colegio de Notarios de Junín. Exp. Núm. 0016-2002-AI/TC), ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia (Más de 5,000 ciudadanos, Exp. Núm. 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Laura Bozzo Rotondo, Exp. Núm. 0376-2003-HC/TC), tal como consta en el Caso Gonzalo Costa Gómez y otro, Expediente Núm. 2192-2004-AA/TC.

Estas garantías son:

- a) *La garantía del desarrollo integral de las relaciones familiares de los miembros de una familia;*³⁴ con lo cual se debe tutelar el desarrollo integral, armónico, normal de las relaciones al interior de una familia, sin importar el estado de la misma³⁵ o su situación mutable.
- Si observamos los alcances de la Sentencia del Exp. Núm. 05787-2009-PHC/TC, bien podemos considerar que de manera indirecta el Tribunal Constitucional ha judicializado este criterio garantista.
- b) *La garantía por las condiciones mínimas para ejercer derechos fundamentales en las relaciones familiares;* con lo cual inclusive se pueden inaplicar normas típicas de un derecho penal del enemigo (Ley Núm. 28970, del Registro del deudor alimentario).
- c) *El establecimiento de una protección mínima frente a riesgos prohibidos;* La vida en sociedad está sujeta a desarrollos tecnológicos y culturales en su propia evolución, los cuales traen aparejados riesgos para los bienes jurídicos, los cuales no obstante son tolerados y hasta son impulsados por el derecho, por la razón de que son útiles para la vida y el progreso.³⁶

En estas circunstancias, es de observarse que en el ámbito penal y familiar, es factible encontrar casos en los cuales los problemas se incrementan, principalmente por las acciones negligentes y dolosas, como por ejemplo, la generación de un nivel de obstrucción entre familiares³⁷ o el incremento de los niveles de violencia familiar física.

³⁴ Salmon, Catherine y Shackelford, Todd, *Family relationships: an evolutionary perspective*. Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 8 y 110.

³⁵ Gervilla, Enrique y Rodríguez, Téofilo, *Nuevas relaciones humanas y humanizadas*. Nancea, Madrid, 2003, pp. 30-34.

³⁶ Figari, Rubén, *Casuística penal: doctrina y jurisprudencia*. Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1999, p. 165.

³⁷ Actualmente en el PJ no son tutelables el vínculo paterno filial en caso de progenitores divorciados respecto de sus hijos, no es amparable la denuncia por vio-

Así por ejemplo podemos mencionar casos en que se niega la petición de variación de tenencia, cuando se denuncia a una madre por posesión de drogas, está en situación de detención en un centro penitenciario o se encuentra fuera del país.

En estas circunstancias, resulta incomprensible que los jueces no otorguen la variación de tenencia a favor del padre, provocando riesgos innecesarios a la salud de los hijos,³⁸ sólo por mencionar ejemplos.

d) La tutela del equilibrio de derechos entre progenitores en conflicto; así una de ellas hubiere provocado una situación injustificable, la sanción definitiva debe procurar una proporción aritotética entre los hechos y el derecho, de ser el caso, para así guardar correspondencia con el artículo VIII, del Título Preliminar del Código Penal (norma guía en caso de aplicación de sanciones).

De esta manera la tensión y el problema mismo no pueden trasladarse a terceros (hijos, abuelos, nuevas parejas), debe quedarse entre los progenitores.

e) Provisión de un ambiente apto³⁹ para el desarrollo de relaciones familiares, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitu-

lencia psicológica por obstrucción de vínculo paterno filial, ni el Síndrome de Alienación Parental, a diferencia de países como Argentina (Ley 24270, Ley que sanciona la Obstrucción de Vínculo Paterno Filial) y España (Cataluña, *Codi de Família*, Ley Núm. 9/1998, y Galicia, Ley Núm. 4/2001). Complementariamente y más gravosamente, podemos citar la poca efectividad del Ministerio Público y Policía Nacional en la investigación de delitos contra la patria potestad (sustracción de menores), debido a la poca percepción "laboral" que genera la investigación de este delito.

³⁸ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *El delito de lesiones*. Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 79.

³⁹ El ambiente apto hace referencia a la doble función del ambiente familiar: la función protectora y la función iniciadora social, la cual marca el desarrollo del individuo respecto de sus interacciones personales. Gratiot Alphandery, Helene y otros, *Tratado de psicología del niño. Tomo I. Historia y generalidades*. Madrid, Morata, 1978, p. 145.

cional en la Sentencia del caso Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas, Expediente Núm. 1317-2008-PHC/TC, donde resaltamos nuestra propuesta de provisión de ambiente apto:

- a. *Ordenase que Francisco Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Tudela van Breugel Douglas ingresen libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros.*
- b. *Ordenase que Graciela De Lozada Marrou se abstenga de cualquier obstrucción y acción destinada a impedir el libre ejercicio del derecho aludido que fuera restituido por este Colegiado a los accionantes.*⁴⁰

En Estados Unidos el Tribunal Supremo de Indiana (29/12/2000) inclusive ha aprobado la “Indiana Parenting Time Guidelines”,⁴¹ que sustenta en extenso nuestro criterio de provisión de un ambiente apto, porque sólo en estos contextos se pueden desarrollar derechos de alcances socio familiares.

- f) Última ratio en la oportunidad de intervención en el conflicto para establecer medidas limitativas al vínculo familiar entre partes, debido a que el Estado de Derecho asume una nueva modalidad de función pública (como cláusula social), no interviniendo inmediatamente en las relaciones sociales,⁴² debe establecerse definitivamente que las razones económi-

⁴⁰ A pesar de omitirse la legislación argentina, observamos que la *ratio decidendi* del fallo del TC, es similar a la *ratio legis* de la Ley 24270 Argentina, que proscribe penalmente la obstrucción del vínculo paterno filial.

⁴¹ Indiana State Parenting Time Rules. Disponible en: <http://www.in.gov/judiciary/rules/parenting/index.html>

⁴² Figuerelo Burrieza, Angela, “La protección constitucional de las personas mayores”, en Lourdes López Cumbre (coord.), *La jubilación en el sistema laboral y de protección social*. Tratado de jubilación. Iustel, Madrid, 2007, pp. 38 y 39.

cas de los familiares no son suficientes para provocar una ruptura entre las relaciones familiares.

Criterios, que en conjunto deben aplicarse sobre la base de su funcionalidad para el caso concreto, los mismos que pueden establecerse según niveles:

- g) *Según su funcionalidad integrativa*, para así integrar todas las fuentes normativas, en función a los valores y principios proclamados desde la Constitución y para ir a la par con los documentos internacionales de protección de Derechos Humanos ratificados por el Perú.
- h) *Según su funcionalidad creativa*, porque la legislación no plantea una herramienta útil al magistrado en la resolución de conflictos sociales limitados al ámbito de las relaciones familiares.