

ARTÍCULO ORIGINAL

Principio del Interés Superior del Niño en los procesos únicos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas

Adderly Castro Villena¹

 Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa [UNSA]
 <https://orcid.org/0000-0001-9200-8656>
 adderlycvcv@gmail.com

Karla Reyna Chalco Luque²

 Universidad Alas Peruanas [UAP]
 <https://orcid.org/0000-0003-3679-2620>
 reykar15@gmail.com

Recibido: 05-10-2021/ **Aceptado:** 15-11-2021/ **Publicado:** 19-11-2021

¹ **BIODATA:** Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín UNSA], Maestro en Ciencias Derecho: Con mención en Derecho Constitucional y Tutela Juridicial por la UNSA. Egresado de la Maestría de Derecho Procesal y Administración de Justicia en la escuela de posgrado de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María [UCSM] y maestrante en Derecho Procesal de la UNSA. Especialista Legal en el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Mariano Melgar de la Corte Superior de Justicia de Arequipa [CSJA].

² **BIODATA:** Abogada por la Universidad Alas Peruanas [UAP]. Egresado de la Maestría de Derecho Procesal y Administración de Justicia en la escuela de posgrado de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María [UCSM]. Asistente Judicial en el Módulo Integrado de Violencia Contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Arequipa [CSJA].

Resumen

Uno de los grandes problemas que existe en los procesos únicos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas en la actualidad, es que los órganos jurisdiccionales ejecutan en forma ritualista las pretensiones ejecutivas en el que están inmerso derechos de menores, como una suerte de meros objetos patrimoniales, pasando el menor, de quien se pretende ejecutar la tenencia y régimen de visitas, como un objeto y no como un sujeto de derechos, vulnerándose de esta manera el interés superior del menor, derecho que es protegido por la Constitución Política del Perú (1993), el Código de los Niños y Adolescentes y los organismos internacionales (Convención de los Derechos del Niño, 1990). De esto, el estudio pretende dejar en evidencia la tramitación ritualista en los procesos únicos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas, y como consecuencia de ello, la transgresión al principio del Interés Superior del Niño, el cual devela la vulneración de los derechos que son consustanciales a los menores involucrados en dichos procesos.

Palabras Clave: Interés Superior del Niño, proceso único, conciliación extrajudicial, proceso único de ejecución.

Principle of the Best Interest of the Child in the sole processes of execution of extrajudicial conciliation of possession and visitation records

Abstract

One of the great problems that exists in the unique processes of execution of extrajudicial conciliation records of possession and visitation regime at present, is that the jurisdictional bodies ritualistically execute the executive claims in which the rights of minors are immersed, such as a sort of mere patrimonial objects, passing the minor, of whom it is intended to execute the possession and visitation regime, as an object and not as a subject of rights, thus violating the best interest of the minor, a right that is protected by the Political Constitution of Peru (1993), the Code of Children and Adolescents and international organizations (Convention on the Rights of the Child, 1990). From this, the study tries to show the ritualistic processing in the unique processes of execution of extrajudicial conciliation acts of possession and visitation, and as a consequence, the transgression of the principle of the Best Interest of the Child, which reveals the violation of the rights that are inherent to the minors involved in said processes.

Keyword: *Superior Interest of the Child, single process, extrajudicial conciliation, single execution process.*

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Castro Villena, A., & Chalco Luque, K. R. (2021). Principio del Interés Superior del Niño en los procesos únicos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas. *Revista Peruana de Derecho y Ciencia Política*, 1(1), 31–73.



INTRODUCCIÓN

Una las interrogantes que merece una urgente labor investigativa a consideración máxima, es a lo acontecido de los procesos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas de menores; procesos que por su naturaleza son de tutela ejecutiva en cual no se discute la certeza de un derecho, ni se pretende obtener un derecho, sino que, se busca hacer efectivo el derecho o título ejecutivo a favor de una de los partes, anulándose toda discusión o controversia cognitiva.

En ese sentido, sucede que los progenitores para resolver sus conflictos respecto a la tenencia y custodia y régimen de visitas, ven a un medio alternativo de solución de conflicto, la conciliación extrajudicial, como medio rápido y eficaz, medio por cual ambas partes convienen y brindan formulas conciliatorias para el beneficio de las partes, estas conciliaciones muchas veces obedecen a fórmulas conciliatorias que no favorecen al menor de quien se pretende la tenencia y custodia y régimen de visitas; esto, debido a la presión de uno de los progenitores, chantaje económicos que se podrían suscitar y que al incumpliendo por uno de los progenitores de los acuerdos arribados en la conciliación extrajudicial, es que, proceden a una tutela ejecutiva ante los órganos jurisdiccionales, para su respectiva ejecución.

Ahora bien, en los procesos de tutela ejecutiva en derecho de familia, específicamente procesos únicos de ejecución; surge las siguientes interrogantes: ¿Qué pasa en los procesos únicos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas, en los cuales se discuten derecho de menores? ¿Cómo es su tramitación? ¿Se podrá llevar a cabo dicho proceso ejecutivo conforme reza nuestro código adjetivo? o ¿Se hace necesaria la opinión del menor y las evaluaciones psicológicas en estos procesos para determinar su ejecutabilidad?

Estas interrogantes, se originan a raíz de que al parecer en la mayoría de procesos sobre ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas pareciera que los órganos jurisdiccionales en derecho de familia ejecutan estas actas de ejecución extrajudicial tal cual conforme lo establece el código adjetivo, sin importar que en dichos procesos se ventilan derechos de menores; menores que muchas veces pueden estar en riesgo su integridad tanta física y psicológica.

Desde ese prisma, el estudio desarrollará el principio del Interés Superior del Niño en el derecho internacional, su contenido, características, el contenido que brinda la observación N° 14 y el Tribunal Constitucional. De igual manera, se abordará la tipología para resolver los conflictos de tenencia y régimen de visitas, analizándose el proceso único, los medios alternativos de conflictos, específicamente la conciliación extrajudicial, el proceso único de ejecución, su naturaleza, causales y su tramitación; y aunque esto resultara extensivo, se iniciará con una descripción de un caso en concreto, específicamente, un expediente judicial respecto a su tramitación para su posterior análisis, además de dar respuesta al caso descripto (en qué forma se vulneraría el interés superior del menor en este proceso único de ejecución de acta conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas). De tal forma que se pueda arribar a algunas conclusiones a efecto de que los operadores de justicia resguarden y eviten en estos procesos una posible vulneración al principio del Interés Superior del Niño.

Protección de los derechos del niño en el Sistema Internacional

Tener un estudio sobre los principales instrumentos jurídicos internacionales que han tenido un rol importante en la protección de los derechos del niño, permite advertir, en primer lugar, el nacimiento del interés en cuanto a la protección de los menores, en segundo lugar, permite conocer el desarrollo y la evolución de la imagen de niño en el sistema internacional.

Históricamente, la declaración de Ginebra de 1924 constituye la piedra angular de los derechos del niño, ya que permitió posteriormente de la convención de los derechos del niño. La declaración de Ginebra fue el primer instrumento internacional que protege los derechos del niño, el cual su preámbulo afirma lo siguiente:

Por la presente declaración de los derechos del niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia (Bofill y Jordi, 1999).

También en dicha declaración respecto a los derechos del niño se indica que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

De lo descrito anteriormente cabe resaltar que, en dicha declaración, respecto a los niños, no tiene de manera expresa derechos en sí. En la expresión de “el niño debe ser” en vez del de “el niño tiene derechos a”, con ello deja en claro que el niño es objeto de protección y no es sujeto de derechos, así también en la parte de su preámbulo al decir “[...] *los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle [...]*”, se debe de interpretar que dicho enunciado esta revisitado de obligaciones dirigidas a las personas mayores que están a cargo de los niños; cabe mencionar también, que si bien en dicha convención se utiliza la palabra “niño”, no la define en forma expresa a quien o quienes son considerados niños, dejando a si tal definición al lector.

Asimismo, es importante mencionar que la declaración de Ginebra es una manifestación de intenciones, es decir, no tiene fuerza vinculante para los Estados y no contempla ningún mecanismo de control, por lo tanto, la declaración Ginebra por sí misma no tiene operatividad. Hay que anotar también, la declaración de Ginebra fue realizada a iniciativa de una institución privada: “La Unión Internacional de la Salvación del Niño”, por lo que esta tiene una naturaleza jurídica declarativa.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, se crea Organización de las Naciones Unidas (ONU), los Estados miembros de dicha organización decidieron instituir la Declaración Universal de los

Derechos Humanos (DUDH), al respecto en cuanto a su contenido, es necesario señalar que todos los derechos regulados por su naturaleza pueden ser ejercidos por menores de edad (niños, niñas y adolescentes), ya que el receptor de dichos derechos es el ser humano. Específicamente, la ONU, en su declaración universal de los derechos humanos expresamente señala un derecho del niño en su artículo 25 párrafo 2, el que expresa: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*. Esto se interpreta que el menor tiene una protección social independiente de su filiación sea matrimonial o extramatrimonial.

En la declaración Universal de los Derechos Humanos se evidencia un avance respecto a los derechos de la infancia y adolescencia; toda vez que, los derechos que se tienen emanan de la dignidad humana. Sin embargo, la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, si bien trajo derechos que protegen al ser humano con base a su dignidad humana, no existe una regulación expresa a cerca de los derechos sustantivos en favor a los niños, niñas ya adolescentes. Debido a la necesidad de regular de manera específica los derechos de los niños, niñas y adolescentes es que se da en 1959 la Asamblea General de Naciones Unidas, en cual se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), el mismo que tiene como referencia la declaración Ginebra.

En su preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN) se manifiesta lo siguiente: Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

Dando lectura y analizando el referido preámbulo se aprecia una mejora en comparación a la declaración de Ginebra (1924), en razón de que se hace explícito que el niño es receptor de todos los derechos humanos, pero en atención a sus características particulares y su vulnerabilidad, se necesita una protección especial; por ello, la ONU opta por regular los derechos del niño dotándolo un grado de autonomía con respecto a los derechos humanos declarados.

Debemos de tener en consideración que dicho documento, es de naturaleza declarativa y sin fuerza vinculante. Este instrumento consta de 10 principios que van desde derechos de materialización fácil como al derecho al nombre y al derecho a la nacionalidad, hasta derechos ideales como lo establece el principio 6 que indica:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.



De los diez principios, nos conciernen los que hacen referencia al concepto de interés superior del niño. En este sentido, por ejemplo, está el principio número 2 que afirma:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

El principio 7 en su párrafo 2 establece que “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”. De lo señalado, se puede colegir que en el segundo principio se instituye el derecho a la protección social, aclarando en su última parte que, al momento de creación y promulgación de normas por parte del legislador deberán atender al interés superior del niño, por otro lado, el principio séptimo señala expresamente que la responsabilidad de orientación y educación del menor estarán a cargo de los padres con base a su interés superior. En dichos principios se observa que tienen diferentes receptores, por un lado, está el legislador y la sociedad (principio dos); por otro lado, los padres (principio séptimo), pero en este último hace referencia que el interés superior no es cualquier principio, sino es un principio rector que se condice con los objetivos establecidos en el preámbulo y pone énfasis en la afirmación de que *la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle*. Con esto se configura y se fundamenta el interés superior del niño.

Si bien se tiene que el derecho evoluciona conforme a la sociedad, esta también lo hace, en ese sentido, la regulación hace avances para su época; sin embargo, dicho instrumento no es suficiente; porque ni define ni da una aproximación al concepto de “niño”, también los derechos que se regulan en forma de principios no señalan un conjunto de derechos fundamentales, políticos, sociales, ni culturales. Por lo tanto, se puede inferir que en dicha declaración se le otorga al menor poca autonomía, esto conforme a la visión de protección que se tiene del niño en la época, es decir, que consideraba al menor como un objeto de protección y no como un sujeto de derechos.

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) es considerada como la Carta Magna de los niños y adolescentes, asimismo, es considerado como un instrumento en la evolución de los derechos de los menores de edad a nivel global. La propuesta de CDN data de 1978, la misma que fue dada por una delegación polaca ante las Naciones Unidas (exactamente en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas). La propuesta tuvo apoyo de Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria. Propuesta que tenía la intención de ser aprobada al año siguiente; sin embargo, no fue así, pero origino al proceso de elaboración de CDN, tal es así que ese año fue declarado por la Organización Internacional como el Año Internacional del Niño.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, examina la propuesta hecha por la delegación polaca, para ello crea un grupo denominado: *Grupo de trabajo abierto para la cuestión de una convención sobre de los derechos del Niño*. Este grupo, luego de diez años de trabajo presenta un informe que fue aprobada por unanimidad el 20 de noviembre de 1989. Asimismo, hay que apuntar que la tendencia que se tuvo en ese entonces fue de operativizar los derechos humanos, para esto se adoptaron múltiples instrumentos internacionales tales como: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de eliminación de tendencias a las formas de Discriminación contra Mujer y Declaración Americana de Derechos Humanos.

A esta tendencia no fueron ajenas la relación jurídica internacional respecto a los niños, niñas y adolescentes, tal es así que, treinta años después de la promulgación de la Declaración de Ginebra de 1959 y diez años después de la propuesta polaca, es que se aprobó la Convención de los Derechos del Niño, la cual data de 1989. Este instrumento normativo entró en vigor el 20 de setiembre de 1990, gracias a la expedita ratificación del mismo por veinte países. A diferencia de las declaraciones anteriores, este constituye el primer instrumento vinculante referido a los derechos niño y adolescentes, el cual ofrece a los Estados, en sus artículos 46 y 47, la posibilidad de firmarlo o ratificarlo. En estos artículos se indica lo siguiente:

Artículo 46, la presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados. Artículo 47, La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Debemos manifestar que el instrumento de CDN es la que mayor aceptación ha tenido entre los Estados miembros, tal es así que todos los países miembros lo han firmado y solo dos no lo han ratificado (Estados Unidos y Somalia). Una vez firmados y ratificados por los Estados, estos tienen la obligación de adecuar su normatividad interna conforme a la Convención de los Derechos del Niño, y para reforzar dicha obligatoriedad se ha establecido un sistema de inspección a cargo de del Comité de los Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño tanto como su composición y su funcionamiento están reglados en su artículo 43 de la CDN, y está compuesta por 18 expertos autónomos especializados en los derechos de los niños y además tienen altos valores morales, se reúnen en Ginebra y celebra tres sesiones anuales (enero, mayo y septiembre) con tres semanas de duración. El mandato del Comité dura cuatro años, pero cada dos años se realizan las elecciones de las personas que la integran, con la finalidad de renovar la mitad de los miembros. Dentro de sus funciones más importantes es: La supervisión de los protocolos facultativos de la Convención, relativos a temas *de participación de los niños en conflictos armados, venta de niños, prostitución infantil, la utilización de los niños en la pornografía y denuncias sobre la vulneración de los derechos del niño.*

Los Estados parte presentan un informe inicial a los dos años después de su adhesión a la CDN, posteriormente presentan informes periódicos cada cinco años; estos informes son examinados de forma individual por el Comité, el mismo que expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de “*Observaciones finales*”.

También cabe mencionar que en nuestra legislación conforme a los derechos de los Niños y Adolescentes ha ido evolucionando conforme a las exigencias del Convenio, al punto que el actual Código de los Niños y Adolescentes tiene su fuente en la Convención de los Derechos del Niño. La Convención³ reconoce la vulnerabilidad de los niños, plantea derechos civiles, políticos, económicos, culturales, reconoce al niño como sujetos con necesidades según la edad y la

³ Puede remarcarse que además, la Convención, básicamente, reconoce cuatro grandes derechos: a) De supervivencia, esto es niveles de vida adecuados y acceso a servicios médicos; b) Derecho al desarrollo, que incluye educación accesos a la información, al juego y al tiempo libre, a las actividades culturales, a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; c) Derecho a la protección, cubre todas las formas de explotación y crueldad, separación arbitraria de familia y abusos en el sistema de justicia criminal; d) Derecho a la participación, libertad de expresar opiniones y poder manifestar en sus cuestiones que afectan la propia vida.



madurez, les brinda el derecho a participar en las decisiones que le fueran pertinentes (las mismas que afectarían en su presente y en su futuro).

Asimismo, la Convención de los Derechos del Niño trae la doctrina de atención integral del menor, cuyo paradigma implica considerar al menor como un sujeto de derechos y no como un problema a resolver, y su incapacidad natural lo convierte en un ser digno de compasión (situación irregular del menor). Esta doctrina reconoce los siguientes principios: Que el niño es sujeto de derecho, el interés superior del infante, participación de la sociedad civil en el desarrollo del menor, consideraciones a situaciones especiales que dificultan o impiden su desarrollo. La Convención Internacional del Niño es una síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general, principios y derechos propios de las normas jurídicas vinculadas al derecho del infante. Las disposiciones prescritas en la Convención Internacional deben ser interpretadas y comprendidas de manera sistemática. Por último, quizás, hay que poner énfasis en el principio del interés superior del niño que reconoce la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

El Interés Superior del Niño en la Convención

Una de las principales incorporaciones que se debe resaltar es el concepto de “niño”, en su artículo 1 indica lo siguiente: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Asimismo, en su preámbulo advierte las normativas o instrumentos internacionales de Derechos Humanos son aplicables a todo niño, niña o adolescente. Con base a esto, es que nos atrevemos a decir de manera acertada que el derecho de los menores de edad nace de su dignidad, y el hecho de los derechos de los niños estén vinculados a los derechos humanos se logra una protección reforzada. La CDN tiene diferentes artículos que establecen derechos de naturaleza humana tales como: El artículo 3 inciso 1º (establece el principio del interés superior del niño), el artículo 5 (llamado principio de la autonomía progresiva del niño), el artículo 12 (derecho de participación de los niños), el artículo 14 (libertad de conciencia, pensamiento y religión), el artículo 17 (consagra el derecho de acceso a la información), el artículo 24 (establece el derecho a la salud de los niños), y el artículo 28 (derecho a la educación) (Aguilar, 2008).

Sin embargo, en la CDN no se define con exactitud en que consiste el interés superior del niño, pero si expresamente utiliza dicha categoría. En relación a este último punto, por ejemplo, las CDN hace referencia a dicho principio hasta en 8 ocasiones (artículo 3 mencionado, artículo 9.1, artículo 9.3, artículo 18, artículo 20, artículo 2.1, artículo 37 y artículo 40) (Aguilar, 2008).

Al no haber una definición expresa de lo que se entiende del interés superior del niño, es tarea de la doctrina nacional e internacional conceptualizarlo de manera adecuada, esto es, delimitar en su real dimensión cual su alcance y cuales su límite. Para Sokolich (2013), el principio del interés superior del niño:

Preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”. (p. 82)

El principio referido no solo es de naturaleza garantista, sino que también constituye un criterio de priorización política, que conlleva a reconocer la naturaleza primordial de los intereses del niño por encima de toda pretensión o consideración legítima por parte de otros intereses colectivos (Alegre, Hernández y Roger, 2014).

A nivel de la doctrina existe un problema respecto alcance del interés superior del menor, es decir que, los entendidos en la materia no se ponen de acuerdo al momento de precisar si dicho interés es de protección absoluta o relativa. Sin embargo, es importante anotar que, cuando hablamos del interés superior del niño, no nos estamos refiriendo a lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, o de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, puesto que, cuando hablamos del interés superior del niño, estamos aludiendo a los derechos humanos de los niños (Aguilar, 2008).

Tales así que, en la Convención existe un núcleo duro de derechos del menor, el cual límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a: La vida, la nacionalidad y de identidad, la libertad de pensamiento y de conciencia, la salud, la educación, a un nivel de vida adecuado y a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) (Freedman, 2007).

En caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar sus derechos fundamentales. Así, como por ejemplo ni el interés de los padres ni el de la sociedad ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos de los niños (Gatica, Nora y Chaimovic, 2002).

En definitiva, lo que se propone con el principio del interés superior del niño, es que este, debe primar sobre cuestiones que le afecten al menor (Aguilar, 2008).

En la CDN se consideró algunos artículos fundamentales que fijan principios rectores, primordiales, e ineludibles que rigen para toda la convención. Estos artículos son del uno al cinco. Si bien es cierto que, dichos artículos cubren a todas las demás disposiciones, debemos tener en consideración que *existen tres* artículos básicos que fundan y justifican la noción del menor como un sujeto de derecho, y que su lectura y comprensión deben ser en forma conjunta, ya que tienen vinculación uno del otro.⁴

La CDN en su artículo 3 inciso 1, manifiesta lo siguiente:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Esta disposición pese hacer un artículo, no fija un deber en particular, ni tampoco anuncia reglas precisas, pero claramente se puede desprender o colegir lo siguiente: “*El interés superior del niño deber ser una consideración primordial en todas las decisiones que conciernen a los niños*”. El artículo mencionado, en su párrafo primero, introduce como requisito obligatorio y fundamental la ponderación del interés superior del niño en un proceso de decisión de toda medida adoptada que concierne a la niñez. Este principio goza de reconocimiento universal y ha adquirido el carácter de norma de derecho internacional general, pudiendo ser considerado, además, por esta

⁴ Estos artículos son: El *dos* (la no discriminación o principios de igualdad entre los niños), el *tres* (el interés superior del niño) y el *doce* (la palabra del niño).

razón, como un “principio general de derecho”. Por todo esto, es que se tiene una protección integral del menor.

Ahora bien, la pregunta es ¿quiénes están obligados por este principio? o ¿quiénes deben ceñirse? Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indica en primer lugar y de manera primordial, están obligados los padres del niño (incluyendo en este rango a la familia), en segundo lugar, está obligado el Estado (entendiendo por Estado tanto la función ejecutiva, como la legislativa y judicial), y tercero, la sociedad también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño (Aguilar, 2008).

Anteriormente se mencionó que el CDN en ocho ocasiones hace mención sobre el interés superior del niño (Zermatten, 2003):

- En el *artículo 3*, el mismo que se indicó anteriormente.
- En el *artículo 9*, se fija que el niño tiene el derecho a vivir con sus padres. Esto aparece como un principio muy importante para el niño, así como para la familia.⁵
- En el *artículo 18*, se establece el principio según el cual los dos padres deben estar implicados en la educación de los niños; es lo que se llama responsabilidad común en la educación.⁶
- En el *artículo 20*, se establece que el niño que está privado de su medio entorno tiene derecho a una protección y a una ayuda especial del Estado, en particular a una solución de reemplazamiento (adopción, ingreso).⁷
- En el *artículo 37*, trata de los principios generales que deberían presidir la administración de la justicia de menores, en particular la exclusión de la tortura, las penas o tratamientos inhumanos y la interdicción de la pena capital. Aunque este artículo fija también las reglas procesales mínimas a respetar por las instancias judiciales especializadas en menores.⁸
- Si bien cierto *el artículo 40* es la continuación del *artículo 37* en materia de justicia de menores; sin embargo, va más allá en lo que se refiere a los derechos reconocidos de los niños cuando estos entran en conflicto con la ley, y cuando estos comparecen ante las instancias judiciales.⁹

⁵ En su *numeral 1* la CDN admite que una separación del niño de sus padres es posible mediante una decisión oficial y en la medida en que esta sea tomada en el marco del respeto del interés superior del niño. Se piensa aquí, en las situaciones en las que el niño es víctima de su familia (abusos de todo tipo, malos tratos activos) o cuando es abandonado (malos tratos pasivos). En su *numeral 3*, se propone el principio de que el niño debe mantener relaciones personales y contactos directos con sus padres, salvo que esto fuera contrario al interés superior del niño. Aquí, se hace referencia situaciones de conflicto abierto entre el niño y sus padres (a veces con dos) o a situaciones idénticas a las descritas en la cifra 1 (relaciones contraindicadas con el o los padres).

⁶ En el *numeral 1* de esta disposición, última frase se indica que: El interés superior del niño que debe guiar esta responsabilidad común.

⁷ En su *numeral 1*, se expone que el propio interés del niño no se le puede dejar en su medio familiar, en consecuencia, deba recibir esta ayuda del Estado.

⁸ En su *literal c*, se impone que el niño sea tratado con humanidad y si está privado de libertad, debe ser separado de los adultos, excepto que si se verifica esta situación es el más adecuado para el interés superior del niño (se piensa aquí en el caso en el que el niño está encarcelado con uno de sus padres o en el que la madre da a luz estando detenida).

⁹ En su *numeral 2*, literal *b*, impone que cuando un niño es oído por una autoridad oficial, debe ser interrogado según las reglas procesales establecidas y con la presencia de sus padres, salvo que sea



- El principio del interés superior del niño es general y constituye un eje central de la Convención, al extremo de considerársele un criterio

hermenéutico que es capaz de limitar ciertos derechos con la finalidad de proteger al menor (interés superior se puede justificar de que los padres en ciertas situaciones no tengan contacto con). Cuando la elección supone cortar con estas relaciones o suspenderlas, la decisión que se tome debe respetar siempre el referido principio. Esto implica que, en todas las situaciones, el interés individual del niño prima sobre el interés de la familia o del Estado (Zermatten, 2003).

Funciones y características del Interés Superior del Niño

Las funciones que se desprenden del interés superior del niño son: *El control y el de solución. El primero*, sirve para velar que el ejercicio de derechos y obligaciones de los niños sean correctamente aplicados y respetados. *El segundo*, supone que el principio superior es un criterio interpretativo que ayuda a buscar soluciones adecuadas al momento de tomar decisiones respecto a los niños.

De acuerdo a Zermatten (2003) las características del interés superior del niño son:

- *No constituye un derecho subjetivo como tal*; sino que instituye un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños, y que confiere una garantía a los mismo.
- *El artículo 3 inciso 1 no puede ser estudiado separadamente*. Pertenece a un todo (la Convención de los Derechos del Niño) y funda un nuevo estatuto: El niño sujeto de derecho.
- *El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado* que debe ser precisado por la práctica jurídica.
- *El interés superior del niño es relativo al tiempo y al espacio*.
- *Subjetividad personal, y esta tiene tres niveles*: El de los padres, la subjetividad del niño y subjetividad del juez o de la autoridad administrativa investida para tomar decisión.

El Interés Superior del Niño en la observación número 14

Según la observación número 14 revisada por el Comité indica que todos los derechos incrustados en la CDN responden íntegramente al interés superior del niño, y señala que el citado principio tiene tres aristas: *a) Uno tipo sustantivo*, que implica que interés superior del niño sea una condición primordial al momento de tomar una decisión; *b) Una arista interpretativa fundamental* la cual supone que si una disposición jurídica tiene más de una interpretación, se seguirá la interpretación que satisfaga más al principio del interés superior del niño; *c) Una arista de procedimiento*, esto refiere que cada vez que se tome una decisión que afecte a un niño o grupo de niños, la decisión debe tomar en cuenta las repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o grupo de niños.

El principio del interés superior del niño es un concepto *dinámico* que abarca distintos temas y está en constante evolución, que afecto de determinarlo o evaluarlo se debe seguir dos pasos: a) Dotarlo de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás y b) Seguir un procedimiento que vele las garantías jurídicas y aplicación adecuada de un derecho.

contrario a su interés superior (se piensa aquí, en las situaciones en las que el niño es víctima de los padres o que está implicado con sus padres, por ejemplo, en la comisión de un delito).

Asimismo, también la observación número 14 determina elementos que se deben tomar en cuenta al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión.¹⁰ En ese sentido, el comité en la observación número 14, explica que la evaluación del interés superior es una valoración de todos los elementos que guardan relación con este, y la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros.

En esta línea argumentativa, es importante precisar que no todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y pueden ser utilizados de diferentes maneras en distintas situaciones. También, la observación número 14, advierte que al ponderar los diferentes elementos hay que tener en cuenta el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus protocolos facultativos.

Seguidamente cabe mencionar que, el Comité en su observación número 14 indica que para garantizar la observancia efectiva del interés superior del niño y sea considerado una cuestión primordial y que se atienda al mismo, se debe buscar salvaguardias procesales que estén adoptados a sus necesidades, es decir, procesos oficiales con garantías procesales estrictas, concebidas para evaluar y determinar el interés superior del menor en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados.

Entre las salvaguardias procesales que se deben de tomar en cuenta, por ejemplo, están:

- a) El derecho del niño a expresar su opinión, la comunicación es un elemento fundamental en el proceso el cual permite que este participe de manera provechosa en el mismo, de esta forma poder determinar el interés superior del menor. Su opinión debe ser primordial para tomar cualquier decisión, dependiendo de su edad y madurez;
- b) La determinación de los hechos deben ser proporcionados por profesionales perfectamente capacitados para que reúnan elementos necesarios con el fin de evaluar del interés superior del niño;
- c) La percepción del tiempo, esto quiere decir que en las decisiones en la que se discute derecho de menores debe ser prioritario, dándole celeridad;
- d) Profesionales cualificados, que en las evaluaciones siempre deben participar un equipo especializado, como es el Equipo Multidisciplinario conformado con profesionales capacitados para el cargo;
- e) La presentación de la letrada, esto quiere decir que los niños tienen que estar acompañados en todo momento por un abogado capacitado en el tema de menores;
- f) La argumentación jurídica, cualquier decisión judicial respecto al interés de los menores debe ser motivada, justificada y explicada;
- g) Los mecanismos para realizar y examinar las decisiones se deben establecer mecanismos en el marco del ordenamiento jurídico mecanismos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños, a efecto de que se ajusten al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño;
- h) La evaluación del impacto en los derechos del niño, la evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los

¹⁰ Estos comprenden a) La opinión del menor, b) La identidad del menor, c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) Cuidado, la protección y seguridad del niño, e) La situación de la vulnerabilidad, f) El derecho del niño a la salud y g) El derecho del niño a una relación.

niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementarse tanto el seguimiento como la evaluación permanente del impacto de las medidas adoptadas en los derechos del niño.

El Interés Superior del Niño en la interpretación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha establecido que, el interés superior del niño es un principio, está de manera implícita en el artículo 4 de la Constitución política del estado, el cual establece que establece: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente [...]”. El Tribunal Constitucional también indica que este principio es reconocido por la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3, la misma que fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas y fue ratificada por nuestro Estado mediante resolución legislativa número 25278, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 4 de agosto de 1990.

Así también indica que el artículo 4 de la carta magna y el artículo IX del Título Preliminar Código de los Niños y Adolescentes forman parte del Bloque de Constitucionalidad.¹¹ Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma que, el deber especial de protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo a las entidades estatales sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad, a fin de que de que todas estas velen por su interés superior del niño. Este principio debe anteponerse a cualquier otro interés.

Por lo tanto, constituye un deber el de garantizar la vigencia de los derechos del niño, y ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro, esto debido a que la niñez es un grupo de personas que merecen protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben otorgar una atención preferente.¹²

De manera particular el Tribunal Constitucional, ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño en el marco de la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 03744- 2007-PHC/TC a establecido:

[...] es necesario precisar que, conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución que establece que ‘La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente [...]’.

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia norma fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño no se constituye como una parte más en el proceso, sino como una que posee características singulares respecto a otras, por lo que más allá del resultado del caso debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención debe ser prioritaria, pues, el interés superior del niño tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

¹¹ Expediente número 02079-2009-PHC/TC, fundamento 11.

¹² Expediente número 01587-2018-PHC/TC, fundamento 18.

El Interés Superior del Niño como norma de procedimiento resulta de orden imperativo, ya sea que se trate de un escenario en el que los niños, niñas o adolescentes son los principales actores o uno en el cual, a pesar de no verse involucrados directamente, las decisiones que adopten las autoridades administrativas, fiscales o judiciales puedan, aunque sea de manera indirecta, afectarlos.

Por lo tanto, el interés superior del niño, niña o adolescente como norma de procedimiento predispone cualquier decisión que adopten las autoridades (incluso los particulares) y debe ser una cuestión a evaluar en el caso concreto y de manera detallada, a efectos de salvaguardar los derechos de los menores de edad.¹³

En conclusión, de lo antepuesto se puede inferir que:

- a) El Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la doctrina de la protección integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño;
- b) El Principio del interés superior del niño debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a su vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes;
- c) El Principio del interés superior del niño conforma el bloque de constitucionalidad a que se refiere el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses;
- d) El principio del interés superior del niño exige que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes;
- e) En caso de colisión entre el principio del interés superior del niño y el principio del debido proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero;
- f) El principio del interés superior del niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia;
- g) El principio del interés superior del niño constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal;
- h) Corresponde a los operadores de justicia de todas las instancias, internalizar los alcances del principio del interés superior del niño y sopesarlo como fundamento de todos los fallos judiciales en materia de infancia;
- i) Los operadores de justicia tienen la obligación de tener siempre presente la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional en el sentido de privilegiar sobre cualquier circunstancia el interés superior del niño.

Vías para resolver las pretensiones de tenencia y régimen de visitas

El tiempo es a la vez el más valioso y el más perecedero de nuestros recursos

—John Randolph (1915-2004)

¹³ Expediente número 01587-2018-PHC/TC, fundamento 23.

Tramitación de los procesos de tenencia y régimen de visitas

Según la ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes, publicada el 7 de agosto del 2000, establece en su artículo 161 que: “El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del proceso único establecido en el capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil”.

El artículo 160 de la citada ley establece: Corresponde al juez especializado el conocimiento de los procesos de suspensión de patria potestad, tenencia, régimen de visitas, adopción, etc. En ese sentido, podemos desprender que todos los procesos de tenencia, variación de tenencia, reconocimiento de tenencia, los procesos de régimen de visitas y variación de régimen de visitas son tramitados ante el Juez Especializado en Familia, y tramitados bajo un proceso único o también denominado (según el Código Procesal Civil conforme a sección V, título III) como procesos sumarísimos. Cabe indicar, que ambos procesos tienen una gran similitud y no difieren mucho.

El proceso único

Bajo la premisa de que los procesos de tenencia y régimen de visitas son tramitados en un proceso único y sumarísimo, los jueces de familia son competentes para conocerlos, y las pretensiones que ventilan en los procesos de tenencia y régimen de visitas deben ser atendidos con suma urgencia o necesitan tutela rápida, estos debido a que se discute derecho de menores. El Legislador ha optado, entre la gama de procesos cognitivos que nos brinda el Código Procesal Civil, por inclinarse por el proceso único o sumario para resolver los conflictos de intereses respecto de la tenencia y régimen de visitas.

Es preciso indicar que, que los procesos sumarísimos han sido creados con el fin de suprimir formalidades innecesarias y agilizar los trámites procesales, con trámites más simples y cortos. Los procesos sumarísimos son partes de los procesos contenciosos, puesto que en este existe controversia igual que en los procesos de conocimiento y abreviado, con la diferencia de que el proceso sumarísimo se caracteriza por contemplar plazos más breves, y también por la menor cantidad de actos procesales y la concentración de las audiencias en una sola (denominada audiencia única), inclusive se puede expedir sentencia en el mismo acto, salvo que el juez, excepcionalmente reserve su decisión para un momento posterior; en el proceso sumario por lo general se ventilan conflictos de intereses con relevancia jurídica de menor complejidad, en las que necesitan tutela judicial urgente o aquellas en las que la estimación patrimonial respecto a la cuantía sea mínima.

Por su parte, la doctrina afirma que el proceso único, como todo proceso, protege tanto el interés individual como el interés social de las partes de un proceso, según Couter (1987, p. 132): “El proceso satisface al mismo tiempo, el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción”. Finalmente, podemos indicar que el proceso único es una herramienta idónea para defender los derechos de menores (niños, niñas y adolescentes), basando siempre en el interés superior del mismo.

Características del proceso único

Las características del proceso único según Canelo (1993) son las siguientes:

- a) Mayor rapidez y celeridad procesal;
- b) Mayor intermediación, es decir, el juez deberá intervenir necesariamente en la actuación procesal;
- c) La introducción del principio de la oralidad en el proceso único, reflejado en la audiencia única;
- d) El deber del juez de escuchar la opinión del menor lo que permitirá que la decisión sea en función a las preocupaciones y deseos del menor;
- e) Mayor responsabilidad del juez debido a que puede hacer uso de las medidas cautelares, esto conforme al artículo 176 del Código de los Niños y Adolescentes en la que establece básicamente que, las medidas cautelares a favor del niño y del adolescente se rigen por lo dispuesto en el presente código;
- f) La utilización de medidas temporales, las mismas que implican el allanamiento del domicilio, así como el uso del apercibimiento de multa, allanamiento o detención, esto conforme al artículo 177 del Código de los Niños y Adolescentes.

En ese sentido, se debe inferir que los procesos únicos no solo rigen las normas establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes, sino también se puede aplicar en forma supletoria las normas del Código Procesal Civil, siempre y cuando exista vacío o deficiencia de la ley y esté ligado a la protección del interés superior del menor.

Garantías del proceso único

El proceso único cognitivo con plazos más cortos, y donde la actuación de audiencias se unifica en una sola, su naturaleza responde a que en ellos se ventilan pretensiones de menor complejidad o de menor cuantía; pero también, porque se ventilan derechos de menores que requieren una tutela urgente y rápida como son, por ejemplo: *La tenencia, régimen de visitas, alimentos, adopción*, etc.

Por ser un proceso de cognición también posee sus garantías y estas son:

1. *El principio de pluralidad de instancias*, esto conforme lo establece nuestra carta magna en su artículo 139, inciso 6, según del cual se desprende que las decisiones que emiten los órganos jurisdiccionales pueden ser revisadas por un ente superior de manera ordinaria, y de manera extraordinaria mediante un recurso de casación. Es decir, al existir la posibilidad de un error, deficiencia o arbitrariedad contenida en una decisión judicial de menor jerarquía, puede ser subsanado. En relación al proceso único según el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 178 hace referencia a la apelación, el mismo que establece los siguientes:

[...] que las resoluciones que declara inamisible o improcedente la demanda y la sentencia es apelable con efecto suspensivo, dentro de los tres días de notificada. Las decisiones adoptadas por el Juez durante la audiencia son apelables, sin efecto suspensivo y tiene calidad de diferidas.

De ello podemos colegir, haciendo una interpretación sistemática, que cuando se trate de pretensiones de tenencia y régimen de visitas, en primera instancia actúan los Juzgados Especializados de Familia, en segunda instancia las Salas Civiles y de manera extraordinaria se puede optar por la casación en la Corte Suprema. Este último, aplicando de manera supletoria el

artículo 384 del Código Procesal Civil y concordancia con lo dispuesto en los artículos VII del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y 182.¹⁴

2. *La debida motivación*, en palabras de Nieto (1998): “motivar es justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa” (p. 185). En los procesos de cognición y por ende en los procesos únicos las resoluciones que se emanan deben ser debidamente motivadas, esto conforme al primer párrafo del artículo 177 del Código de los Niños y Adolescentes que establece: “En resolución debidamente fundamentada, el juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente [...]”.¹⁵
3. *Por último, podemos mencionar que este proceso único conforme al Código de los Niños y Adolescentes es el vehículo que sirve para poder garantizar la plena vigencia de los derechos de menores y del adolescente*, en ese sentido, se considera como un instrumento procesal para la materialización de esos derechos que están, explícita e implícitamente en la constitución y en la Convención de los Derechos del Niño (tratado del cual el Perú es parte). Por ello, las resoluciones que se dicten en el proceso único en cual se ventilan derechos de menores deben ser tratados como problemas que tienen su protección a nivel de los derechos humanos.¹⁶

De esta manera, se advierte que el proceso único es garantista por la aplicación del principio del interés superior del niño, toda vez que cada una de las garantías descritas se rigen por este.

Materias de menores que se conocen en el proceso único

Conforme a lo regulado en el artículo 160 de Códigos de los Niños y Adolescentes el juez especializado puede conocer materias concernientes a la patria potestad (*suspensión, pérdida o restitución*), *tenencia, reconocimiento de tenencia, régimen de visitas, adopción, los alimentos y la protección de los intereses difusos e individuales que atañen al niño y al adolescente*.

Igualmente, en materia de alimentos, excepcionalmente, según la cuantía puede conocerlo un Juez de Paz o un Juez de Paz Letrado, siempre y cuando la materia dilucidar sea solo alimentos; sin embargo, cuando esté este acompañado de una pretensión principal lo conocerá un juez especializado de familia.

¿Cómo se tramitan las pretensiones de tenencia y régimen de visitas el proceso único?

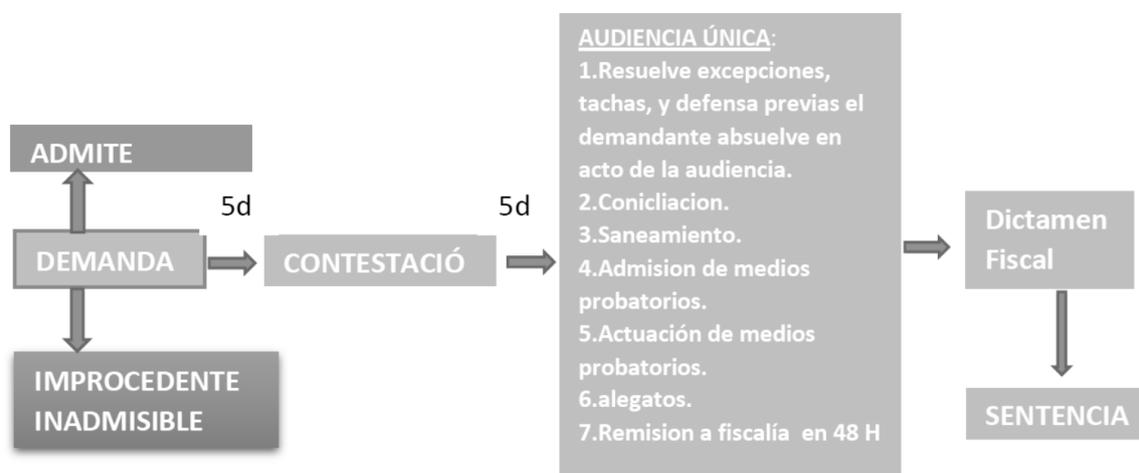
Para explicar esta parte hemos convenido en crear el Gráfico 1 y 2 donde se explica de manera gráfica el proceso único.

¹⁴ En ese sentido, se desprende que la pluralidad de instancia es un presupuesto que configura el derecho al debido proceso. Este derecho lo ubicamos en el Código Adjetivo en su artículo I del Título Preliminar y de manera implícita en el artículo IX (interés superior del niño) del título preliminar del Código de los Niños Adolescentes.

¹⁵ Esto en concordancia con el artículo 139 inciso 5 de la Constitución.

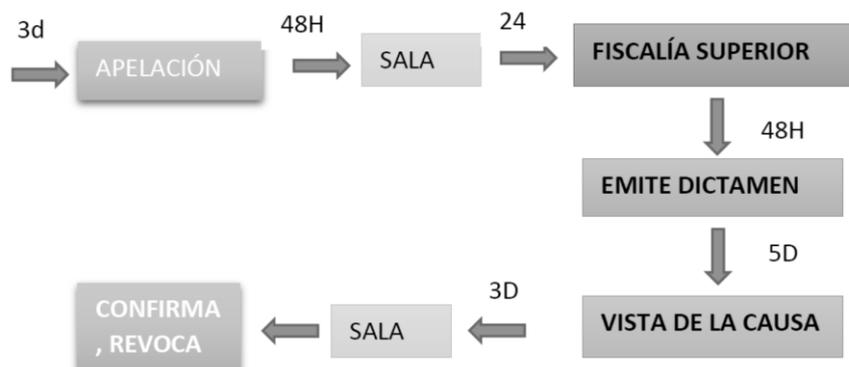
¹⁶ Esto de acuerdo al artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Gráfico 1. Desarrollo del proceso único y exclusivamente para ser vía de los procesos judiciales donde se involucren derechos de un menor de edad como son los procesos de tenencia y régimen de visitas



Fuente: Elaboración propia, 2021.

Gráfico 2. Desarrollo de la apelación de la resolución de primera instancia de un proceso único



Fuente: Elaboración propia, 2021.¹⁷

La conciliación como medio alternativo para resolver pretensiones de menores como: tenencia, régimen de visitas

Dentro de la gama de soluciones que se puede dar en nuestra sociedad para resolver conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica, existen; la del fuero judicial y los MARC's (medios alternativos de solución de conflictos). Dentro de este grupo ubicamos al arbitraje, conciliación y la mediación. Los MARC's, son aquellas vías alternas distintas al fuero jurisdiccional para la solución de conflictos con relevancia jurídica, por esto son considerados como mecanismos de soluciones extrajudiciales; también, son aquellos medios o vías alternas que sirven para resolver o componer determinados conflictos jurídicos. Son mecanismos extrajudiciales, es decir, se puede resolver un conflicto jurídico sin necesidad de recurrir al Poder Judicial. En ellos solo se pueden resolver conflictos que contengan derechos disponibles; es decir,

¹⁷ Esto aplica en apelación con efecto suspensivo o sin efecto suspensivo. Cabe precisar que este proceso único tiene como característica fundamental al principio de celeridad y economía procesal, por esto, en los cuadros se observa plazos cortos, porque en ellos se resuelven pretensiones

conflictos que no contengan derechos fundamentales, ni delitos ni faltas, o aquellos que contravengan al orden público y las buenas costumbres.

Ledesma (2000) manifiesta que, la conciliación es un acto jurídico que descansa sobre el concierto de voluntades de las partes involucradas en el conflicto. Constituye un medio que suministra el ordenamiento jurídico para la autodeterminación de las partes a fin de que logren un efecto práctico tutelado por el derecho en la solución del conflicto; así también, para el profesor PEÑA (2010) de igual manera manifiesta que; es un acto jurídico por medio del cual las partes acuden en forma voluntaria a un tercero debidamente acreditado (un conciliador) con la finalidad que les ayude a solucionar un conflicto de interés, de esta manera alcanzar la paz social en justicia.

Del derrotero antes mencionado se desprende que, la conciliación es un medio alternativo de conflicto, que consiste en que las partes involucradas en un conflicto intersubjetivo con relevancia jurídica acceden voluntariamente a permitir la intervención de un tercero que sirve de facilitador entre ellas, en el logro de una solución concretada, generándose un acto jurídico. Este tercero tiene una función instructiva, orientando a las partes para que puedan dar propuestas para la solución de conflictos, para luego ejercer una función propositiva, para la cual plantea a las partes fórmulas de solución no obligatoria, sometiéndolas a consideración de estas. Otra de las funciones que cumple el tercero en una conciliación, es la de estimular la comunicación entre las partes, utilizando para ello el lenguaje como una herramienta esencial, que por medio de esta se pueden aclarar percepciones y compatibilizar criterio de legitimidad sobre el manejo racional de la información.

Ahora bien, la conciliación puede ser judicial y extrajudicial. La primera, se realiza en sede judicial ante un juez que actúa dando formulas conciliatorias a las partes. La segunda, es un acto jurídico que consiste en un hecho voluntario mediante el cual las partes acuden a un tercero llamado conciliador, con el fin de solucionar sus conflictos de forma rápida y consensual.

Por otro lado, la ley de conciliación N° 26872, modificada por el Decreto Legislativo 1070, de su artículo 5 se desprende que la conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al mismo. La conciliación extrajudicial es una novedosa institución ética y jurídica que pretende de alguna u otra forma de llenar el vacío en la solución efectiva, pronta y no onerosa de los diversos conflictos intersubjetivos.

Sucede que, por desconocimiento y por falta de publicidad, dicho mecanismo de solución de conflictos no es muy usado. Como consecuencia de esto las partes de un conflicto recurren en la mayoría de las veces, por no decir siempre, al fuero jurisdiccional.

A pesar de que la conciliación no tiene función jurisdiccional (administrar justicia), esta se realiza siguiendo determinados principios éticos entre los que destaca la equidad, y exige que el conciliador trate a las partes en igual de condiciones a afecto de brindar una solución equitativa del conflicto intersubjetivo. Los principios que rigen la conciliación extrajudicial están orientados a una cultura de paz. No obstante, y de la mano de una función ética, el gran aporte de la conciliación es fundar, a partir de esta actitud dialogante y consensual de ponerse de acuerdo, una percepción distinta acerca de lo que es la justicia, justicia que en manos del sistema jurídico vigente ha mostrado paradójicamente más una aversión.

Pues, la conciliación replantea nuestra tradicional percepción de lo que es justo, ya no en el simple sentido de evitar abusos y sancionar a los infractores, sino, priorizando la búsqueda del equilibrio entre las expectativas y los intereses de las partes, sobre la base del respeto de los derechos del otro y que sean reconocidos, aceptados y practicados tanto como por la mujer como por el hombre. Así, el conciliador no tiene que dictar el derecho sino facilitar el diálogo y salvaguardar la equidad al momento de dirigir la audiencia de conciliación. La justicia es planteada en los términos que las partes consideren de acuerdo a la solución que más le convenga a cada uno de ellos. Claro está que, el acuerdo conciliatorio no debe en ningún caso contravenir el ordenamiento jurídico.

Ventajas de la conciliación extrajudicial

Teniendo en cuenta que la conciliación extrajudicial tiene una mira hacia una cultura la paz social, en función a ello podemos tener las siguientes ventajas:

- *Evita la pérdida de dinero*, ya que no se paga tasas judiciales y tampoco los honorarios profesionales de un abogado.
- *Evita la pérdida de tiempo*, puesto que en los procesos judiciales se requiere de más tiempo, a raíz de que existe carga procesal, por la complicación en la tramitación del proceso, búsqueda pruebas, preparación de testigos, etc.
- *Evita un desgaste físico y psicológico de las partes.*
- *En algunos casos evita procesos judiciales posteriores.*
- *Permite una solución pacífica, concentrada y eficaz con respecto al hecho conflictual o problema.*
- *Conduce compromisos inteligentes*, es decir de acuerdos confiables respetables.¹⁸

El conciliador y su rol

Conforme a ley de conciliación N°26872 en los artículos 20, 21, 22 y 23 el conciliador es:

- Es la persona capacitada y acreditada para cumplir las labores en un centro de conciliación.
- Es la persona que incentiva a las partes a la comunicación.
- Propone de manera eventual formulas conciliatorias.
- Conduce la conciliación con la libertad de acción, con la ley en la materia.
- El conciliador debe estar capacitado en técnicas de negociación y en medios alternativos de solución de conflictos.
- Debe tener la capacidad para identificar los problemas centrales en la cual versará el conflicto intersubjetivo.
- Identifica los intereses de las partes, enfatizando los primordiales y los comunes.
- Incentiva a las partes a buscar soluciones satisfactorias para ambas.
- Les informa a las partes sobre los efectos que tienen los acuerdos conciliatorios una vez firmados.
- Redacta en forma precisa y clara todos los acuerdos conciliatorios arribados por las partes.

¹⁸ Todo acuerdo se materializa en un acta inscribible en el registro de conciliación.

Del derrotero anterior se desprende que el conciliador extrajudicial es un estratega que ayuda a buscar e identificar los problemas, brindando formulas conciliatorias para que ambas partes queden satisfechas y puedan resolver su conflicto intersubjetivo con relevancia jurídica; los pasos a seguir del conciliador extrajudicial para la identificación del o los problemas a solucionar son: a) *Identificación del o los conflictos*, b) *Percibir los procesos psicológicos y definir las estrategias*, c) *Debe manejar sus emociones, tratando de asumir una actitud serena y reflexiva*, d) *Mejorar la comunicación de las partes*, e) *Identificar dificultades existentes*, f) *Diagnosticar la causa de la disputa*, g) *Formular enfoques y estrategias generales*, h) *Conducir a compromisos inteligentes, realistas, operativos y factibles de cumplir*.

Materias conciliables

El artículo 7 de la ley 26872, establece que son materias conciliables las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes; en materia de familia son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como aquellas se deriven de la relación familiar y de los derechos disponibles. Este artículo hace referencia interés superior del niño, al expresar de manera literal que: *El conciliador en su actuación deberá aplicar el principio del interés superior del niño*.

Con esto, podemos desprender que fuera de las atribuciones que se le fue encomendada al conciliador en la ley 26872, uno de los deberes primordiales que tiene al momento de conciliar pretensiones de índole familiar, deberá aplicar siempre el interés superior del menor, es decir, que todas las fórmulas conciliatorias en materia de familia deben estar dirigidas acorde a este principio.

Por otro lado, debemos mencionar que la ley conciliación nos ofrece en su artículo 7-A las materias no conciliables, como son: Los procesos cautelares, los procesos de garantías constitucionales, los procesos de nulidad, ineficacia de anulabilidad de acto jurídico, este último en los supuestos establecidos en los incisos 1,3, y 5 del artículo 221 del Código Sustantivo, petición de herencia, casos de violencia familiar, entre otros. Con ello podemos concluir que en materia de familia únicamente no se pueden conciliar pretensiones de violencia familiar en todas sus modalidades (física, psicológica, sexual, económica, patrimonial y de genero). También, inferir que el legislador no hace mención respecto si se puede o no conciliar la tenencia cuando se la quiere variar.

Los efectos de la conciliación extrajudicial

Uno de los efectos más importantes se ubica en el artículo 18 (*El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales*) de la ley de conciliación número 26872, en cual se colige, que la conciliación extrajudicial son títulos ejecutivos, y sus derechos, deberes y obligaciones que aparecen redactadas en forma expresa son exigibles a través de los procesos únicos de ejecución. También, el acta de conciliación extrajudicial es un requisito de procedibilidad en algunos procesos, pues antes de ir al fuero judicial deben agotar la vía previa de la conciliación, esto conforme al quinta disposición complementaria, transitoria y final de la ley 26872.

En conclusión, podemos señalar que las pretensiones de tenencia y régimen de visitas son materias conciliables extrajudicialmente, y por ende merecen calidad de títulos ejecutivos, que una vez conciliada dichas pretensiones las partes que se sientan afectadas por el incumpliendo de las

fórmulas conciliatorias, podrán accionar ante los órganos jurisdiccionales mediante un proceso único de ejecución para su cumplimiento en los términos que se expone.

Tramitación convencional de los procesos únicos de ejecución

Ariano (2003) afirma que el proceso de ejecución cuyo objeto es que el titular de un derecho, cuya existencia es ya cierta por haberlo así declarado el órgano jurisdiccional en un previo proceso de conocimiento o porque la ley lo considera cierto, obtenga, trámite la actividad del juez, su concreta satisfacción. Razón tenía el profesor Carnelutti (1971) que el proceso de cognición instituye el deber ser, y convertir este deber ser en ser, siendo esta la finalidad del proceso de ejecución.¹⁹ De otro lado, según Ariano (2003) existe una pluralidad de procesos ejecutivos, y no se entiende por qué la doctrina procesal solo hace mención al proceso de ejecución y a los procesos de ejecución; la razón está en que en esa necesaria diversidad existe un elemento unificador, la función del proceso de ejecución, que no es otra que obtener la efectiva y concreta satisfacción del derecho habiente. Chiovenda (1925) reconoce a la acción ejecutiva, como la acción que nace por medio de una ley o una resolución del juez.

Para Alsina (1962) el proceso de ejecución se presentaría como la continuación del proceso de conocimiento, y constituye la etapa final de una actividad encaminada a la realización de un derecho. Sin embargo, esta conclusión es inexacta, porque el proceso de ejecución no es consecuencia necesaria del proceso de conocimiento, como lo prueba el hecho de que haya sentencias que no se ejecutan; ni el proceso de conocimiento es un antecedente necesario del proceso de ejecución, ya que este puede tener base un acto jurídico al que le da una atribución de efectos análogos a las sentencias, como son los títulos ejecutivos extrajudiciales. De esto se desprende la autonomía del proceso de ejecución del proceso de conocimiento.

Ahora bien, se ha discutido sobre si en la labor ejecutiva el juez realiza una labor jurisdiccional o es meramente administrativa, en ese sentido la doctrina mayoritaria se inclina por lo primero. Esto a raíz de que la actividad jurisdiccional se realiza en base a la acción ejecutiva, gracias a esta acción el proceso ejecutivo cobra su autonomía. En conclusión, puede decirse que los procesos únicos de ejecución hacen referencia a la tutela ejecutiva que tiene los justiciables, y tiene como finalidad de que un derecho ganado (judicial o extrajudicialmente) se materialice o se efectivice. esta es la diferencia sustancial entre los procesos cognitivos, en los cuales existe un conflicto de intereses con relevancia jurídica que el juez debe resolver; sin embargo, en los procesos de ejecución ya existe un derecho en forma declarativa sea judicial o extrajudicialmente (de manera convencional) y no existe controversia alguna, únicamente se buscará que ese derecho se materialice o efectivice en la realidad (espacio y tiempo).

Títulos ejecutivos regulados en el Código Procesal Civil Peruano

Para iniciar la acción ejecutiva ante un órgano jurisdiccional se requiere cumplir con los requisitos previstos del artículo 690-A del Código Adjetivo, del cual se desprende que a la demanda se acompañará el título ejecutivo y los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425. Seguidamente, debemos tener presente que el artículo 688 del Código Procesal Civil hace mención sobre cuales son considerados títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales, y solo se va a proveer la acción ejecutiva ante el órgano jurisdiccional los siguientes títulos ejecutivos:

¹⁹ El proceso de ejecución es un medio autónomo para la realización del derecho, con carácter definitivo en la ejecución de sentencia y provisional en la ejecución de títulos extrajudiciales (Chiovenda, 1925).



1. Las resoluciones judiciales firmes.
2. Laudos arbitrales firmes.
3. Las actas de conciliación de acuerdo a ley [...].
4. Los títulos valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de materia.
5. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la institución de compensación y liquidación de valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que dan lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de materia.
6. La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido.
7. Copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta.
8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial.
9. El documento impago de renta de arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual.
10. El testimonio de escritura pública.
11. Otros títulos a los que la ley le da mérito ejecutivo.

Igualmente, debemos mencionar que las pretensiones de los títulos ejecutivos según el artículo 689 del Código Adjetivo, deben ser: ciertas, expresas y exigibles; y, son ciertas cuando están perfectamente descritas en el título la existencia de un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor), pero nada impide que uno y otro sujeto sea múltiple, esto es, que vinculan varios acreedores con un deudor o varios deudores con un acreedor, o varios acreedores con varios deudores. Son expresas, cuando constan por escrito aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. Consiste en una cosa o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor o en una abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente de no mediar la existencia de la obligación que el exige un comportamiento negativo.

En ese sentido, se puede demandar ejecutivamente las obligaciones de dar, hacer y no hacer. La ausencia en el cumplimiento de la obligación se traduce en la exigencia de la misma. Además, los títulos ejecutivos deben contener prestaciones exigibles. Por exigibilidad se entiende aquella cualidad que permite que la obligación sea reclamable a la llegada de la fecha de vencimiento (si se trata de una obligación al término) y exigible cuando aparece de las condiciones planteadas (si se trata de una obligación condicional). Otro aspecto a considerar en la exigibilidad es verificar que el objeto de la prestación sea determinado o determinable, y tenga un valor pecuniario (Ledesma, 2008, p. 634-635).

Causales de contradicción a los títulos ejecutivos previstos en el Código Adjetivo Peruano

El juez revisará si la demanda cumple con los requisitos establecidos en el artículo 690-A del Código Procesal Civil, de admitirlo a trámite, emitirá una resolución consistente en un mandato ejecutivo, esta resolución será notificada a la parte contraria (el ejecutado), quien podrá contradecir el mandato ejecutivo, y puede proponer excepciones y defensas previas; asimismo, puede en su escrito presentar medios probatorios pertinentes (declaración de parte, los documentos y la pericia).

El artículo 690-D del Código Adjetivo circunscribe los fundamentos que debe utilizar el ejecutado en su escrito de contradicción, de no cumplirse con lo expresado por la norma será

declarado improcedente. La contradicción que debe interponer el ejecutado, según la naturaleza del título, debe fundamentarse en lo siguiente: *a) Inexigibilidad o liquidez de la obligación contenida en el título; b) Nulidad formal o falsedad del título; o cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; c) La extinción de la obligación exigida.*

El proceso de ejecución, si bien tiene la finalidad de satisfacer y hacer efectivo el derecho ganado a favor del accionante, crea un estado de sujeción a favor del titular del título ejecutivo; y, para poder contrarrestar esto, el Código Procesal Civil crea la figura de la contradicción, como una suerte de defensa en contra del título a favor del ejecutante. Al existir supuestos de contradicción en el código adjetivo se desprende que existe una suerte de cognición sumaria, de naturaleza constativa o de reconocimiento, sin embargo, el hecho de que la cognición sea de esta naturaleza no supone o no implica que el proceso ejecutivo sea tratado como una actividad meramente administrativa, puesto que, el propio Código Procesal Civil advierte que en este tipo de procesos existe la posibilidad de una contradicción, aunque sea reducida. Los supuestos de contradicción que regula el Código Procesal Civil únicamente pueden ser probado mediante documentos, pericia y declaración de parte.

Ariano (1998) considera que el proceso ejecutivo no es un verdadero proceso de ejecución; se creó con el objeto de evitar el proceso de cognición; sin embargo, el hecho de que dentro su evolución histórica se haya permitido la incrustación dentro de su estructura de un índice de cognición limitado (la contradicción), eso no le priva su naturaleza ejecutiva.

En una parte de la doctrina existe discusión sobre si el título ejecutivo es un acto o un documento, en sentido cabe mencionar que hay juristas que consideran que el título ejecutivo es un acto y que el documento únicamente es el aspecto formal de dicho acto; sin embargo, otra parte del sector de la doctrina considera que el título ejecutivo es un documento que representa una declaración imperativa del juez (título ejecutivo judicial) o de las partes (título ejecutivo extrajudicial); frente a dichas posiciones, la doctrina mayoritaria asume ambas perspectivas.

Por su parte, Ledesma (2008) sostiene que el título ejecutivo es, indistintamente, un concepto material y un concepto de derecho procesal; lo normal es que ambos conceptos coincidan y que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que lo justifica. Pero no siempre ocurre de esta forma; puesto que, el caso que alguien tenga un título de manera verbal, pero no exista documento alguno, o viceversa. Un ejemplo claro a estos dos casos, vendría ser: En el primero, cuando un propietario pretenda el cobro de alquiler de su inmueble, pero no existe documento alguno puesto que se llevó el arrendamiento de manera verbal; es decir, el arrendatario tiene el título pero no tiene un documento que lo avale; en el segundo caso, un ejemplo claro es que cuando el acreedor pretenda ejecutar una deuda, cuando esta ha prescrito, en este caso existe documento que lo avale, pero el título ya feneció, por ende ya no exigible. Nótese también, que en estos procesos la carga de la prueba está a cargo del ejecutado, y el momento en el cual podrá hacerlo es la contradicción.

El inciso 1 del artículo 690-A del Código Procesal Civil, hace referencia a la inexigibilidad o liquidez de la obligación contenida en el título. Esta causal sirve para cuestionar el fondo del título, pero este inciso no hace referencia al cuestionamiento del documento en sí, sino al acto que recoge dicho documento. Es decir, que se cuestiona la ejecutabilidad del título por carecer de una prestación cierta, expresa, tal como lo describe el artículo 689 del Código Adjetivo. (Ledesma, 2008). Ahora bien, debemos indicar cuándo que un *título es cierto*; cuándo están identificados los sujetos, sujeto



activo (acreedor) sujeto pasivo (deudor) y cuál es el objeto de la prestación. Así también, para que el título sea exigible; debe constar en forma escrita el objeto de la prestación, lo que el deudor debe satisfacer a favor del titular del documento ejecutivo; esta pretensión tiene que ser una obligación de dar, de hacer y no hacer. Para que el título sea exigible, su objeto debe ser determinado o determinable y posible. Pues un objeto imposible equivale a un objeto inexistente, de modo que no se puede imponer una obligación de hacer algo imposible.

El inciso 2 refiere a la nulidad formal, en cuanto a cuestionar la formalidad del título, es decir, al documento que contiene el título, y no busca cuestionar la obligación en sí, únicamente cuestiona la validez del título ejecutivo como documento, si este título ejecutivo ha sido emitido conforme a ley o no. Así, los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial pueden ser sujetas a cuestionamiento formal si estos no cumplen con los requisitos de ley, por ello, con esta causal no se ataca la obligación en sí misma, si no el documento que lo contiene. También es necesario mencionar la diferencia de esta causal de oposición con la cuestión probatoria de la tacha, sin bien esta última cuestiona o resta la eficacia probatoria de un documento (medio probatorio) admitido en proceso, por ser nulo o falso, sin embargo, la cuestión probatoria solo se aplica en únicamente en los procesos de cognición y no en un proceso de ejecución, el mismo que no es contemplado (ya que la tacha no se admite en el proceso de ejecución), esto debido a que el título ejecutivo no es un medio probatorio, ya contiene un derecho cierto ya ganado, por tanto, no puede restársele eficacia a través de una cuestión probatoria como la tacha.

El inciso 2 refiere sobre la falsedad del título, para Bergel y Paolantonio (1992) la falsedad es cuando se pone lo falso en el lugar en que debiera lo verdadero; en consecuencia, el concepto de falsedad afecta la validez sustancial del negocio cambiario, a la firma en su función creadora o autenticadora de tal negocio, en tanto, el concepto de falsificación presupone un negocio cambiario anterior válido y afecta a los límites de la obligación que constituye su contenido. Para tener en cuenta que, mediante esta oposición se cuestiona el documento y no la obligación. Aquí, el ejecutado podrá alegar que el título ejecutivo ha sido adulterado, ya sea en todo o en parte, y como tal no tiene mérito ejecutivo. Podría darse el caso que efectivamente si existe la obligación, pero ante la falsificación de la firma en el título valor le resta mérito ejecutivo al mismo, y no podría considerársele como un título ejecutivo. Obviamente y como demanda incidental que es la contradicción (oposición), la carga de probar sus afirmaciones la tiene el ejecutado que contradice (opone), por lo que es común que se ofrezca como medio probatorio la pericia grafotécnica (Sevilla, 2014).

Respecto al inciso 3, sobre la extinción de la obligación, esta causal lo que pretende cuestionar no es el documento, si no la existencia de la obligación, se cuestiona el derecho del título ejecutivo. Para Romero (2001, p. 13), pueden concurrir diversos modos de extinguir las obligaciones, estos son actos o hechos jurídicos que tienen un objetivo: “disolver o extinguir el vínculo obligatorio, esa relación jurídica que une el deudor con el acreedor”. Así, debemos tener en cuenta que como actos que extinguen la obligación se tiene a la ejecución voluntaria y esta puede ser directa e indirecta, en el primer caso el deudor cumple con la prestación, en el segundo caso la ejecución de la obligación es producto unas veces de un acto unilateral (como la condonación), y otras como verdaderos acuerdos, como la dación en pago, la compensación, la transacción y el mutuo disenso.²⁰

²⁰ En esta misma línea, se debe tener en cuenta que como hechos que extinguen la obligación se tiene a la consolidación, la prescripción extintiva, el vencimiento del plazo extintivo o cumplimiento de la condición resolutoria, la pérdida sobreviniente del bien sin culpa del deudor, la muerte del deudor o acreedor,

Supuestos de extinción de la obligación:

- a) *El pago*: Es un medio natural de la extinción de la obligación, por ello, el pago es el medio ideal para la extinción de la obligación. El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir, el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido (Sevilla, 2014).²¹
- b) *La novación*: Mediante esta figura se extingue la obligación, creándose otra. Es decir, es una forma de extinguir la obligación por la creación de una nueva obligación destinada a remplazarla, es la transformación de una obligación a otra (Ledesma, 2008).
- c) *La dación de pago*: Según el profesor Von Tuhr (2007) se da cuando el acreedor puede exigir o el deudor puede ofrecer una prestación que no sea la adecuada, cuando se les haya reconocido una facultad en ese sentido [...]. Y lo mismo cuando el acreedor y el deudor, en el momento de hacerse efectiva la prestación, se pongan de acuerdo en que esta recaiga sobre un objeto no adeudado (p. 269).
- d) *La compensación*: Es otra forma de extinción de la obligación, esto se da cuando dos personas por derecho propio reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cuales quiera que sean la causa de una y otra deuda.
- e) *La condonación*: Es la renuncia del acreedor a la obligación que mantenía el deudor con él. Es decir, que si en un proceso único de ejecución se pretende el cumplimiento de una obligación que consta en un título ejecutivo y dicha obligación ha sido condonada previamente por el ejecutante, el ejecutado podrá formular su contradicción (oposición) bajo la causal de extinción de la obligación, por cuanto dicha obligación ha sido condonada, para lo cual deberá probar dicha alegación (Sevilla, 2014).
- f) *Consolidación o fusión*: Es otra de las causas de extinción de las obligaciones reguladas en el Código Civil, la misma refiere a que la calidad de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona, por esto, para efectos de otorgar un concepto eficiente a esta figura, es necesario recalcar que es importante que una sola persona tenga la calidad de acreedor y deudor a la vez, también es necesario establecer que ambas calidades deben estar referidas a una misma obligación (Sevilla, 2014).
- g) *Mutuo disenso*: Implica dejar sin efecto un acto jurídico bilateral o plurilateral por acuerdo de las partes. También ha de tenerse presente que las obligaciones pactadas no deben haber sido íntegramente cumplidas, de lo contrario, las obligaciones ya se habrían extinguido (Sevilla, 2014).

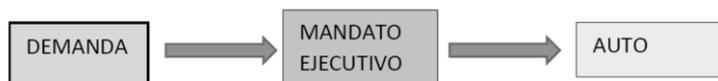
Seguidamente, de la redacción del artículo 690-D, en su último párrafo hace mención respecto a la contradicción a los títulos ejecutivos de naturaleza judicial, esta contradicción se puede dar en un término de tres días y por las causales de cumplimiento de la obligación y extinción de la obligación y solo se puede ofrecer pruebas de naturaleza judicial. Por ello, decimos que cuando se concluye el proceso de cognición con una sentencia de condena, termina toda posibilidad de discusión en relación a la existencia del derecho subjetivo y de la obligación misma, ya no se

producen también la extinción de la obligación cuando se trata de obligaciones y derechos personalísimos (Ledesma, 2008).

²¹ El maestro Pothier (1947) respecto al pago nos enseña que el pago real es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar o hacer. Cuando la obligación es de hacer alguna cosa, el pago real de esta obligación consiste en hacer la cosa que uno se ha obligado a hacer [...] Cuando la obligación es de dar alguna cosa, el pago es la traslación de la propiedad de esta cosa [...] Es evidente que aquel que ha satisfecho su obligación queda libre de ella: de donde se sigue que el pago real, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación es la manera más natural de extinguir la obligación (p. 325).

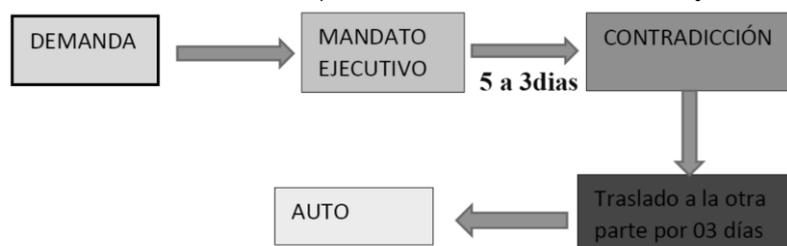
podrá discutirse sobre lo ya resuelto y cubierto por la cosa juzgada, sin embargo, ello no impide que el ejecutado pueda seguir formulando otras alegaciones al desarrollo del proceso; en tal sentido, este podrá exigir el riguroso cumplimiento de las normas procesales propias de la ejecución (Ledesma, 2008).

Gráfico 3. Proceso único de ejecución sin contradicción y sin audiencia



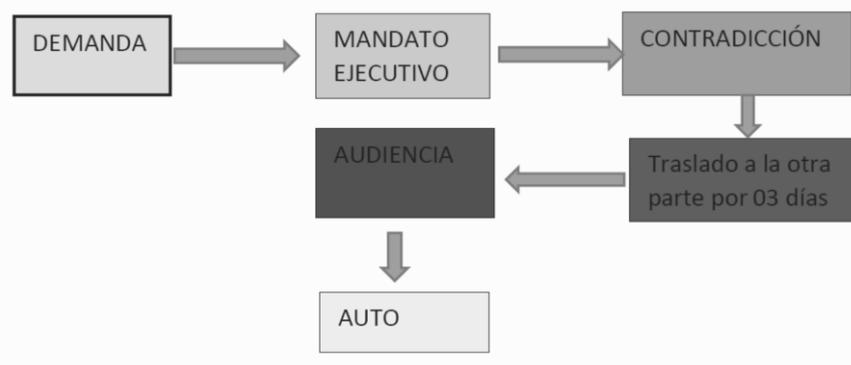
Fuente: Elaboración propia, 2021.

Gráfico 4. Proceso único de ejecución con contradicción y sin audiencia



Fuente: Elaboración propia, 2021.

Gráfico 5. Proceso único de ejecución con contradicción y con audiencia



Fuente: Elaboración propia, 2021.

METODOLOGÍA

Este estudio se enmarca dentro de la Teoría analítica del Derecho siguiendo las reflexiones de Guastini (1993), quien sintetiza el método analítico se define en dos niveles: el primero, dirigido al establecimiento de distinciones conceptuales, cuya fortuna dependerá de la claridad y univocidad del significado alcanzado; y, el segundo, que examinará la coherencia de este análisis en función de su rigor lógico-formal, esto es, el encadenamiento lógico de sus afirmaciones (Sánchez, 2018). De igual modo, para engrosar el dominio sólido del trabajo, se ha requerido la revisión doctrinaria o dogmática de documentos y artículos científicos depositados en bases de datos de mayor alcance y con altos presupuestos de calidad (Canaza-Choque y Huanca-Arohuana, 2018; Canaza-Choque y Huanca-Arohuana, 2019; Canaza-Choque, Supo, Ruelas y Yabar, 2020; Canaza-Choque, Escobar-Mamani y Huanca-Arohuana, 2021; Canaza-Choque, Cornejo-Valdivia, Condori-Pilco y Yabar-Miranda, 2021).

En esa dirección, para expresar los principales resultados de la investigación y el desenvolvimiento de una rectora discusión de se pone como caso particular el expediente número 1107-2017-FC, el mismo que fue tramitado ante el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar, Arequipa (Perú). Finalmente, todo ello permitió precisar algunas conclusiones y recomendaciones sobre el caso dispuesto.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La justicia llega, tarde, pero llega. Lo que pasa es que, como es ciega, no sabe por dónde anda

–Cantinflas, el analfabeto

Proyección del caso

De la demanda

A fin de no vulnerar la intimidad de las personas que participaron en el presente proceso, se utilizaran otros nombres.

El caso tiene como número de expediente 1107-2017-FC, y tramitado ante el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar, Arequipa. En el dos mil diecisiete, se presentó una demanda de acta de ejecución de conciliación extrajudicial ante el referido Juzgado de Familia, presentado por DON JORGE CASTILLO PORRAS, indicando básicamente que se ejecute el acta de conciliación extrajudicial, de fecha veinte de noviembre del dos mil catorce, celebrada ante la Fiscalía Civil y de Familia de Tambopata, la misma que también habría sido suscrita por su ex conviviente DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO. El acta de conciliación extrajudicial versa sobre las pretensiones de tenencia y régimen de visitas del menor de iniciales J. G.C. (el cual tenía nueve años de edad al momento de la interposición de la demanda).

El recurrente indica que en la conciliación extrajudicial se arribó como acuerdos conciliatorios que el demandante (progenitor) ostentaría la tenencia del menor de iniciales J.G.C, como consecuencia de esto se acordó que la madre (demandada) tendría un régimen de visitas.

El demandante también afirma que a afecto de materializar el régimen de visitas establecidos viajo a la ciudad de Puno, lugar donde el demandante y el menor Vivian. El recurrente deja en su domicilio a la madre del menor para que se efectivice el régimen de visitas acordado entre las partes. Seguidamente, el recurrente narra que al promediar las seis de la tarde regresa a su domicilio y se da con la ingrata sorpresa de que su menor hijo y la demandada no se encontraban en ella; por lo que, el accionante procedió a llamarla desesperadamente para saber su ubicación y la de su hijo, la progenitora al contestar la llamada le refiere que está trasladando con su hijo a la ciudad de Arequipa.

El accionante como pretensión de su demanda solicita que se ejecute la conciliación extrajudicial en la vía de proceso único de ejecución; asimismo, adjunta como medios probatorios: El acta de conciliación extrajudicial suscrito en la Fiscalía Civil y de Familia de Tambopata, de fecha veinte de noviembre del dos mil catorce, copia certificada de DNI del recurrente, partida original del



menor J.G.C. y una constatación policial de fecha dos de febrero del dos mil diecisiete, efectuado por la Policial Nacional de Puno-Juliaca.

De las actuaciones del Juzgado en Primera Instancia

El Juzgado de Familia del Módulo Mariano Melgar, mediante *resolución uno, con fecha once de mayo del dos mil diecisiete*, resuelve: Admitir a trámite en vía de PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN, la demanda de EJECUCIÓN DE ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, presentada por DON JORGE CASTILLO PORRAS, en contra de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO, corriéndose traslado a la parte demandada por el termino de cinco días para que cumpla con el Acta de Conciliación voluntaria, de fecha veinte de noviembre del dos mil catorce, realizada en la Fiscalía Provincial Civil y Familia de Tambopata, bajo apercibimiento de INICIAR SU EJECUCIÓN FORZADA; por ofrecidos los medios probatorios que se indican y agréguese a los autos los anexos que se acompañan; Con conocimiento del representante del Ministerio Público.

Mediante *escrito número 2834-2017*, la parte demanda DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO formula oposición indicando básicamente que, su menor hijo es víctima de agresiones psicológicas, físicas y otras, por parte de su progenitor, adjuntado dos actas de audiencia especial en las cuales se han dictado medidas de protección por violencia familiar, recaídas en los expedientes 15615-2016-0-3207-JR-FT-01 y 1421-2017-0-0410-JR-FT-02, seguidos contra DON JORGE CASTILLO PORRAS en agravio de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO y del menor de iniciales J.G.C., adjuntando en sus anexos las actas de audiencia especial, partida de nacimiento de su menor hijo, copia de DNI de la demandada, y aranceles judiciales correspondientes.

Mediante *resolución cuatro, de fecha veinte de julio del dos mil diecisiete*, el Juzgado de Familia, en su considerando segundo señala que: “*Conforme lo dispuesto por el artículo 690-D del Código Procesal Civil, la contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida; la contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez*”, por lo que resuelve RECHAZAR el escrito de oposición presentado por la demandada DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO.

Con fecha *veintinueve de setiembre del dos mil diecisiete*, el Juzgado de Familia, emite la resolución seis (AUTO FINAL) RESOLVIENDO: LLEVAR ADELANTE LA EJECUCIÓN FORZADA en el presente proceso que sobre Ejecución de Acta de Conciliación que sigue DON JORGE CASTILLO PORRAS en contra de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO, hasta lograr que la demandada de cumplimiento al acta de conciliación suscrita ante la Fiscalía Provincial Civil y Familia de Tambopata, que obra en autos a folios cinco. Con costas y costos a favor de la parte ejecutante.

Mediante *escrito número 4812-2017*, la demandada DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO apela la resolución número seis, sustentando en que no se habría tomado en cuenta lo señalado en su escrito de contradicción respecto a que su menor hijo es víctima de agresiones psicológicas, físicas y otras por parte de su padre, así también, indica que ha adjuntado actas de audiencia especial en las cuales se han dictado medidas de protección por violencia familiar, recaídas en los expedientes 15615-2016-0-3207-JR-FT-01 y 1421-2017-0-0410-JR-FT-02 seguidos en contra DON JORGE



CASTILLO PORRAS en agravio de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO y del menor de iniciales J.G.C.; asimismo, menciona que no se estaría tomando en cuenta el interés superior del niño, ya que de entregarse al menor al demandante, se le estaría ocasionado a su hijo daño emocional y sufrimiento psicológico, y por último indica que no se habría tomado en cuenta el parecer de su menor hijo, quien tiene nueve años de edad al momento de haberse interpuesta la demanda.

El Juzgado mediante *resolución número siete, con fecha trece de octubre del dos mil diecisiete*, RESUELVE: CONCEDER APELACIÓN, con efecto suspensivo, a la parte demandada DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO, respecto de la resolución seis, en consecuencia, SE ORDENA: La remisión del presente proceso al superior en grado, con la debida nota de atención, una vez vueltas las notificaciones de la presente resolución.

De las actuaciones en Segunda Instancia

Seguidamente se eleva el presente expediente a la Sala Civil del Corte Superior de Justicia de Arequipa, y *mediante resolución nueve* la sala fija fecha y hora para la vista de la causa.

Mediante *resolución número once, de fecha veintiséis de marzo del dos mil dieciocho*, la sala resuelve tener por ofrecidos los medios probatorios de oficio, las actas de audiencia especial recaídas en los expedientes *15615-2016-0-3207-JR-FT-01 y 1421-2017-0-0410-JR-FT-02*, y se le corre traslado a la parte contraria por el término de tres días hábiles, cumplido dicho plazo dispuso reingresen los autos a despacho para resolver.

Mediante resolución trece la Sala, admite también como medios probatorios de oficio: 1) Copia original de la notificación de la causa número 1421-2017, conteniendo el Auto de Vista número 78-2018 de fecha trece de marzo de dos mil dieciocho ; 2) Copia de la disposición de archivamiento de la carpeta fiscal número 1506014507-2016-1654; y tratándose de medios probatorios instrumentales, de valoración al momento de absolver el grado más que de actuación; PRESCINDIERON de la audiencia de pruebas respectiva. TRASLADO a la parte demandada de los medios probatorios admitidos por el plazo de tres días, y una vez hecho REINGRESEN los autos a despacho para resolver.

En la resolución dieciséis, la Sala confirma la resolución número seis y los fundamentos más importantes son:

[...] Tercero. - Valoración: 3.1) En el caso de autos la controversia gira en determinar si corresponde llevar adelante la ejecución forzada del presente proceso de ejecución de acta de conciliación o de lo contrario habría alguna circunstancia que impida su ejecución. 3.2) Que tal como se advierte del petitorio de la demanda de fojas trece y siguientes, el demandante DON JORGE CASTILLO PORRAS, solicita que se dé cumplimiento al acta de Conciliación Extrajudicial de fecha veinte de noviembre del dos mil catorce, celebrada ante la Fiscalía Provincial Civil y Familia de Tambopata – Madre de Dios. 3.3) Que se advierte del acta de conciliación de fecha veinte de noviembre del dos mil catorce, de fojas cinco, que ambas partes acuerdan que el menor .G.C. (09 años de edad), estará bajo la custodia de su padre biológico DON JORGE CASTILLO PORRAS, siendo que de la resolución venida en grado, signada como “auto final”, se dispuso llevar adelante la ejecución forzada, considerando que mediante Resolución número cero tres del veinte de julio del dos mil diecisiete, de folios ochenta y seis, fue rechazado el escrito de oposición presentado por la demandada DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO al no haber efectuado su contradicción conforme lo estipula el artículo 690-D del Código Procesal Civil, habiendo el Juez a quo

dictado auto final ordenando llevar adelante la ejecución forzada. 3.4) No obstante, en la presente instancia mediante Resolución número once, de folios ciento cuarenta y uno, éste colegiado resolvió admitir como medio probatorio de oficio las actas de audiencia especial recaídas en los expedientes número 15615-2016-0-3207-JR-FT-01 y número 1421-2014-0-0410-JR-FT-02 en las cuales se han dictado medidas de protección por Violencia Familiar, en contra del demandante DON JORGE CASTILLO PORRAS en agravio de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO y del menor de iniciales J.G.C., obrantes a folios cuarenta y cinco y ochenta y dos, respectivamente, ello con el fin de no emitir un pronunciamiento que resulte implicate para el menor hijo de las partes, al estarse ventilando en el presente proceso de ejecución de acta de conciliación la tenencia del menor. Por lo que, absuelto el traslado efectuado por las partes, es de advertirse que con respecto al proceso número 1421-2014-0410-JR-FT-02 que ordena confirmar las medidas de protección establecidas en el expediente número 15615-2016-FT, el Colegiado de la Tercera Sala Civil ordenó revocar la decisión del Juez de primera instancia y reformándola declararon improcedente la solicitud presentada por Rocío Carrasco Revilla, a favor de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO; asimismo, mediante disposición 001 en la carpeta fiscal N° 1506014507-2016-1654 se dispuso no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria en contra de DON JORGE CASTILLO PORRAS, archivándose lo actuado, documentos que han sido incorporados al presente proceso en calidad de medios probatorios de oficio como se advierte de la Resolución número trece, de folios doscientos cuatro. 3.5) De lo anteriormente expuesto se puede colegir, que no existiría ningún indicio que revele poner en peligro la estabilidad física y psicológica del menor con la ejecución del acta de conciliación que se viene solicitando, como lo habría alegado la recurrente; asimismo, con respecto a la medida de protección dictada en el proceso 15615-2016-0-3207-JR-FT-01 de fecha dieciocho de octubre del dos mil dieciséis, la prohibición de acercamiento por parte del denunciado DON JORGE CASTILLO PORRAS hacia su menor hijo se encontraba sujeta al plazo de seis meses, por lo que atendiendo que a la fecha ha sobrepasado el plazo sujeto a prohibición dictado en la medida de protección, no resultaría implicate para el menor la ejecución del acta de conciliación del presente proceso, tanto más, si del acta de conciliación que se pretende ejecutar se advierte un acuerdo de voluntades que deben ser cumplidas por las partes no existiendo presupuesto alguno en materia de contradicción efectuado por la apelante que suponga la inejecución de dicha acta; por lo que en ese sentido, la resolución venida en grado se encuentra conforme a los antecedentes y a derecho debiendo confirmarse. Fundamentos por los que, CONFIRMARON la resolución número cero seis, del veintinueve de setiembre de dos mil diecisiete, de fojas noventa y siete, que RESUELVE: LLEVAR ADELANTE LA EJECUCION FORZADA del presente proceso de ejecución de acta de conciliación que sigue DON JORGE CASTILLO PORRAS, en contra de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO, con lo demás que contiene; y los devolvieron. En los seguidos por DON JORGE CASTILLO PORRAS, en contra de DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO, sobre Ejecución de Acta de Conciliación. Tómese razón y hágase saber. Jueza superior ponente: señora Valencia Dongo Cárdenas”.

Devueltos los actuados a juzgado de origen

Mediante resolución veinte, de fecha veintidós de junio del dos mil dieciocho, se pone en conocimiento de las partes la baja de autos.

En la resolución veintiuno de oficio el Juzgado de Familia resuelve: REQUERIR a DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO, de cumplimiento al acta de conciliación suscrita ante la Fiscalía Provincial y Familia de Tambopata, de fecha veinte de noviembre del dos mil catorce, y se le concede un plazo de cinco días de notificada la presente resolución, para entregar al menor J.G.C. (nueve años de edad) al demandante DON JORGE CASTILLO PORRAS, bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas a la fiscalía penal de turno por el delito de desobediencia a la autoridad, y de realizarse la entrega de dicho menor con la ayuda de la fuerza pública (Policía Nacional del Perú).

Mediante escrito 3886-2018, el accionante *DON JORGE CASTILLO PORRAS* mediante su defensa técnica indica que se habría cumplido el plazo de cinco días hábiles para la entrega del menor por parte de la demanda y solicita efectuar el allanamiento en el domicilio de la demandada ubicado en Felipe Santiago Salaverry MZ “E” LT “6”, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Arequipa (referencia canchita de fulbito de la urbanización Alameda Salaverry), o cualquier otro lugar donde se encuentre mi menor hijo, conminando a las personas que se encuentren a cargo, el cumplimiento del acta de conciliación que es la tenencia a favor del demandante; sin perjuicio, de que en caso de incumplimiento al requerimiento judicial, se remitan copias certificadas a la Fiscalía Penal de Turno, para que proceda conforme a sus atribuciones; disponiendo, se oficie a la Policía Nacional del Perú, sede distrito de Miraflores, a fin de que proceda a la ubicación del menor (nueve años) para la ejecución de la presente resolución.

Mediante *resolución veintidós, con fecha doce de julio del dos mil dieciocho*, el Juzgado de Familia resuelve; HACER EFECTIVO EL APERCIBIMIENTO PREVENIDO EN LA RESOLUCIÓN veintiuno, en consecuencia, remítase copias al Ministerio Público a efecto que actúe conforme a sus atribuciones. *Para tal efecto cumpla el demandante con adjuntar copia de los principales actuados a partir de folio noventa y cinco hasta la presente, bajo responsabilidad en la demora del trámite del envío oficio.* Asimismo, curse oficio por secretaria a la Policía Nacional del sector a *GESTIÓN DE LA PARTE INTERESADA*, para que adopten LAS MEDIDAS NECESARIAS para la entrega del menor al demandante.

Mediante *escrito número 4280-2018* la demandada *DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO* indica que entrega de manera voluntaria a su menor hijo al accionante, adjuntando una constatación policial de dicha entrega.

Del expediente N° 2359-2017-0-0410-JR-FC-02 de variación de tenencia

En la actualidad (al momento de la investigación) la demandada *DOÑA DIANA GONZALES CASTILLO* a demandado Variación de tenencia en contra del demandado *DON JORGE CASTILLO PORRAS*. Al momento de la realizarse la presente investigación se encuentra en etapa probatoria, de dicho expediente pudimos tener acceso al informe psicológico realizado al menor J.G.C. por el equipo multidisciplinario del Juzgado de Familia:

[...] J.G.C, menor examinado donde de acuerdo a la información obtenida por la madre en relación al desarrollo Psiconeurológico del menor, el menor nace a término de embarazo, parto por cesárea sin manifestarse ninguna complicación; empieza la marcha a los dos años aproximadamente; su primera palabra también a los dos años; a los tres inicia su control esfinterial, recayendo a los cinco años, pues “mojaba la cama” cada vez que tenía alguna pesadilla; o se asustaba y se levantaba llorando, eso durante un año cada más esporádicamente. No registra accidente o enfermedad grave. El menor examinado asiste a una I.E. desde los tres años, donde manifestó problemas para adaptarse durante una semana aproximadamente. Ha destacado en actividades deportivas, danzas y matemáticas. Por referencia de su profesora, describe a al menor: “*es inteligente solamente que muy fácil se distrae*”. En cuanto a experiencias significativas en el entorno familiar con los dos progenitores, la informante da a conocer que el menor ha vivido situaciones de violencia “*veía cómo me pegaba, cómo me pateaba, me botaba a la calle y vio como su padre me puso un cuchillo en el cuello dentro de la casa*”. El menor por su parte también señala que ha sido víctima de violencia física y psicológica directa por parte del padre: “*ha recibido patadas, golpes, le jalaba de*



los pelos, le gritaba, le Insultaba". La madre, describe la personalidad del menor: "es una persona linda, buena, amable, comprensiva, cariñosa, dócil, inocente y temerosa porque le tiene miedo a su papá". En entrevista directa con el menor, éste indica tener conocimiento de las razones de dicha evaluación psicológica "por el maltrato de mi padre, que siempre me acuerdo cosas malas de mi padre como nos ha golpeado". Como antecedentes del entorno familiar en el que se ha desarrollado, el menor da a conocer, que tiene recuerdos de su entorno familiar desde pequeño donde vivía con el padre y la madre juntos: "mi padre nos maltrataba; él se iba al karaoke, tomaba y cuando venía nos pegaba por cualquier cosa; también cuando tenía seis años hemos ido de compras y de regreso vimos a mi padre con una mujer, después cuando vino la policía ocultó las cervezas que estaban tomando. Vi cómo mi papá que amenazó a mi mamá con un cuchillo, hasta le dejó una marca en el cuello; también cuando mi papá le pegó con una sartén a mi mamá y le dejó como un chichón. Después como nos alejamos de él mi papá nos vigilaba siempre". En cuanto al grado de satisfacción actual en convivencia con la madre: "ahora me siento muy bien porque mi mamá me acompaña en las buenas y en las malas; mi mamá no me maltrata ni nada de eso y siempre estamos juntos en las buenas y las malas". Describe el carácter de la madre: "mi mamá, es un poco triste por la separación de mis padres; ahora es más feliz conmigo a su lado. Es trabajadora trabaja en un Banco, pero ha sufrido un accidente y ahora no está trabajando. Más es calladita, no habla tanto. Cuando trabaja se siente mal porque estoy separada de ella. Es cariñosa conmigo". "Siento que la quiero mucho, ella es todo para mí". De la misma forma, describe el carácter del padre: "mi papá es malo, siempre tomaba, venía ebrio; siempre venía y no sabíamos por qué estaba renegando y nos golpeaba. Es abogado y sí es trabajador. Es más que renegón. Creo que es conversador porque no he estado tanto con él, porque él está más en su trabajo que conmigo. No es cariñoso, es malo. Siento emoción cuando lo veo, siento emoción porque pienso que él ha cambiado, pero no ha cambiado, porque lo miramos siempre furioso. Siento que sí lo quiero, pero por el maltrato siento odio, le tengo mucho miedo, fastidio que le pegue a mi mamá. Quisiera que viva con nosotros, pero no se puede porque mi padre nunca va a cambiar. Quisiera que me visite pero una vez a las quinientas porque le tengo miedo aún" [...] a la entrevista, observación, examen clínico psicológico y evaluación psicométrica: El menor acude a la evaluación acompañada de su progenitora, hacia la cual muestra una relación afectiva espontánea, de confianza y apego seguro; se expresa con naturalidad, establece con facilidad una relación de confianza con el examinador, predominando la espontaneidad en dicha situación de examen; estado de conciencia lúcido, se muestra orientado en el tiempo, espacio y persona, de acuerdo a su edad cronológica; procesos psicológicos básicos y superiores sin perturbaciones y en nivel de desarrollo adecuado a su edad. No presenta indicadores de compromiso orgánico cerebral. Emocionalmente aparenta estabilidad, a pesar de evidenciar antecedentes de conducta ansiosa asociado al parecer a eventos de conflicto y violencia intrafamiliar, actualmente lo viene superando satisfactoriamente en convivencia con la madre. Funcionamiento intelectual dentro de los promedios de normalidad. No presenta indicadores de compromiso orgánico cerebral. Rasgos de sociabilidad apropiado; autoestima personal y social adecuados. Manifiesta un vínculo emocional positivo, estable y estrecho con la progenitora, medio socio familiar en el cual interactúa y donde se siente seguro, protegido y querido, consolidándose como su soporte socio emocional. Manifiesta espontaneidad para expresar sus emociones y sentimientos. Mantiene vínculos afectivos ambivalentes y vínculos valorativos negativos hacia el progenitor, con la expectativa de mantener y mejorar su contacto socio afectivo con el mismo. No se han encontrado indicadores que la progenitora ejerza una "campaña" de denigración sistemática en contra del padre; tampoco la aparición de racionalizaciones triviales y paradójicas de parte de la menor para despreciar al padre; se observa la expresión abierta y espontánea del progenitor auto generada por el mismo menor [...].

¿En qué forma se vulnera el interés superior del menor en los procesos únicos de ejecución extrajudicial de tenencia y régimen de visitas?

Iniciamos mencionando que, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio del interés superior del niño no se encuentra regulada en forma expresa en nuestra Constitución; sin embargo, se puede inferir del artículo 4 de nuestra Carta Magna, el mismo que establece: “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)*”. El artículo mencionado, guarda correspondencia con lo regulado en forma expresa en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes en la que se establece: “*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, Los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, sí como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*”.

Ahora bien, debemos tener en consideración como se regula a nivel internacional el principio de interés del menor, esto con la finalidad de darle una mejor interpretación y sentido a este principio; en ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 3.1: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño*”. Así también, para el Comité en su observación número 14 indica que; todos los derechos incrustados en la Convención de los derechos del Niño, responden íntegramente al interés superior del niño, señalando que, el principio del interés superior del menor tiene tres conceptos: I) *Un derecho sustantivo, este refiere a que el derecho del niño a que su interés superior sea una condición primordial al momento de tomar una decisión ; II) Un principio interpretativo fundamental, refiere que si una disposición jurídica tiene más de una interpretación, se dirige la interpretación que satisfaga más el interés superior del menor; III) una norma de procedimiento, esto refiere a que cada vez que se tome una decisión que afecte a un niño o grupo de niños, la decisión debe tomar en cuenta las repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o grupo de niños.*

Asimismo, se indica en la observación número 14, que el principio del interés superior del niño es *un concepto dinámico* que abarca distintos temas en constante evolución, para determinar y evaluar el interés superior del niño a fin de tomar una medida concreta, se debe seguir dos pasos: I) *Dotar un contenido concreto y ponderar su importancia en relación de los demás; II) Seguir un procedimiento que vele las garantías jurídicas y aplicación adecuada de un derecho.*

Aunado a ello, la observación número 14 determina elementos que se debe tomar en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión: I) *La opinión del menor, II) La identidad del menor, III) Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, IV) Cuidado, protección y seguridad del niño, V) Situación de la vulnerabilidad, VI) Derecho del niño a la salud, VII) Derecho del niño a una relación.*

En ese sentido, el Comité en la observación número 14, explica que la evaluación del interés superior es una valoración de todos los elementos antes expuestos, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. Asimismo, precisa que no todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y que los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. Señala la observación número 14, al ponderar los diferentes elementos hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos.

Seguidamente, cabe mencionar que el comité en su observación número 14; también indica que para garantizar la observancia efectiva del interés superior del niño para que sea una consideración primordial y que se atienda, se debe buscar salvaguardias procesales que estén adoptados a sus necesidades, es decir, procesos oficiales con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del menor a las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Y estas son: I) *Derecho del niño a expresar su opinión*; es un elemento fundamental en el proceso es la comunicación con el menor, para que el mismo participe de manera provechosa en el proceso y determinar su interés superior del menor, la opinión debe ser primordial para tomar cualquier decisión, dependiendo de su edad y madurez; II) *La determinación de los hechos*; los hechos que se reúnen deben ser proporcionados por profesionales perfectamente capacitados para que reúnan elementos necesarios para la evaluación del interés superior del menor; III) *La percepción del tiempo*; esto quiere decir que en las decisiones en la que se discute derecho de menores debe ser prioritario, dándole celeridad; IV) *Profesionales cualificados*; que en las evaluaciones siempre debe participar un equipo especializado, como es el Equipo Multidisciplinario conformado con profesionales capacitados para el cargo; V) *La presentación de letrado*; esto quiere decir, que a los niños, al momento de decidir ante los tribunales cualquier discusión respecto a interés de menores, especialmente si se va determinar el interés superior del menor debe estar representado con un letrado en estos temas; VI) *La argumentación jurídica*; cualquier decisión judicial respecto a interés de menores debe ser motivada, justificada, y explicada; VII) *Los mecanismos para realizar y examinar las decisiones*; se deben establecer mecanismos en el marco del ordenamiento jurídico para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño; VIII) *La evaluación del impacto en los derechos del niño*; la evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño.²²

²² Por su parte, Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a tratar temas relacionados a la niñez, en ese sentido, según el Tribunal Constitucional:

- I) El Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño;
- II) El principio del interés superior del niño debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes;
- III) El Principio del interés superior del niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses;
- IV) El Principio del interés superior del niño exige que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes;
- V) En caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero;
- VI) El Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia; VII) El Principio del Interés Superior del Niño constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal;
- VIII) Corresponde a los operadores de justicia de todas las instancias internalizar los alcances del Principio del Interés Superior del Niño y sopesarlo como fundamento de todos los fallos judiciales en materia de infancia;

Seguidamente, debemos entender la naturaleza de la tutela ejecutiva, en ese sentido, Ariano (2003) afirma el proceso de ejecución cuyo objeto es que el titular de un derecho, cuya existencia es ya cierta por haberlo así declarado el órgano jurisdiccional en un previo proceso de conocimiento o porque la ley lo considera cierto, obtenga, trámite la actividad del juez, su concreta satisfacción.

El profesor Cernelutti (1971) tenía razón al decir que, el proceso de cognición instituye el deber ser, y convertir este deber ser en ser, siendo esta la finalidad del proceso de ejecución. Ahora, bien según Ariano (2003) existe una pluralidad de procesos ejecutivos, y no se entiende por qué la doctrina procesal solo hace mención al proceso de ejecución y no los procesos de ejecución; la razón está en que, en esa necesaria diversidad existe un elemento unificador, la función del proceso de ejecución, que no es otra que obtener la efectiva y concreta satisfacción del derecho habiente. Chioyenda (1925) reconoce a la acción ejecutiva, como la acción que nace por medio de una ley o una resolución del juez.

Para Alsina (1962) el proceso de ejecución se presentaría como la continuación del proceso de conocimiento, y constituye la etapa final de una actividad encaminada a la realización de un derecho. Sin embargo, esta conclusión es inexacta, porque el proceso de ejecución no es consecuencia necesaria del proceso de conocimiento, como lo prueba el hecho de que haya sentencias que no se ejecutan; ni el proceso de conocimiento es un antecedente necesario del proceso de ejecución, ya que este puede tener base un acto jurídico al que le da una atribución de efectos análogos a las sentencias, como son los títulos ejecutivos extrajudiciales. De esto, se desprende la autonomía del proceso de ejecución frente al proceso de conocimiento. El proceso de ejecución es un medio autónomo para la realización del derecho, con carácter definitivo en la ejecución de sentencia y provisional en la ejecución de títulos extrajudiciales (Chioyenda, 1925).

Ahora bien, se ha discutido sobre si en la labor ejecutiva, el juez que realiza una labor jurisdiccional o es meramente administrativa, en ese sentido la doctrina mayoritaria se inclina por el primero, esto a raíz de que la actividad jurisdiccional se realiza con base a la acción ejecutiva, gracias a esta acción el proceso ejecutivo cobra su autonomía.

En conclusión, podemos decir, que los procesos únicos de ejecución hacen referencia a la tutela ejecutiva que tiene los justiciables, gracias a la acción ejecutiva, y tiene como finalidad de que un derecho ganado (judicial o extrajudicialmente) se materialice o se efectivice. Esta es la diferencia sustancial entre los procesos cognitivos o de tutela cognitiva, en los cuales existe un conflicto de intereses con relevancia jurídica que el juez necesita resolver; sin embargo, en los procesos de ejecución ya existe un derecho en forma declarativa sea judicial o extrajudicialmente (de manera convencional), y no existe controversia alguna, pues únicamente se busca que ese derecho se materialice o efectivice en la realidad.

Así también, cabe mencionar que este proceso de ejecución tiene su propia autonomía, en el cual, si bien su naturaleza es ejecutar y hacer que se materialice un derecho ganado, existe en este proceso autónomo un grado de cognición sumaria, la misma que se materializa a través de la oposición o contradicción, debiendo entenderse que en estos procesos cabe la posibilidad de presentar medios probatorios dependiendo del título ejecutivo a cuestionar, generándose una cognición sumaria.

IX) Los operadores de justicia tienen la obligación de hacer suya la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional en el sentido de privilegiar sobre cualquier circunstancia el interés superior del niño.



El artículo 688 del Código Procesal Civil determina que cosas son considerados títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales, y solo se va proveer la acción ejecutiva ante el órgano jurisdiccional los siguientes títulos ejecutivos [...] 3. *Las actas de conciliación de acuerdo a ley* [...]. En esta línea, debemos distinguir que existen títulos ejecutivos de naturaleza judicial (sentencias, conciliaciones judiciales) y títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial (conciliaciones extrajudiciales); en ese sentido, podemos colegir que las conciliaciones extrajudiciales sobre tenencia y régimen de visitas pueden ser ejecutadas a través del proceso único de ejecución. En ese orden de ideas, para el presente caso solo analizaremos los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial.

Cuando se inicia el proceso único de ejecución y se emite el auto de mandato ejecutivo, este es notificado a la parte ejecutada para que pueda contradecir u oponerse en el término de cinco días hábiles, esto conforme a lo regulado en el primer párrafo del artículo 690-D del Código Adjetivo, por *inexigibilidad o liquidez de la obligación contenida en el título; nulidad formal o falsedad del título; y la extinción de la obligación exigida*; es así que, conforme lo mencionado, en estos procesos de ejecución de acta de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas, cabe la posibilidad de que el progenitor ejecutado, que se considere perjudicado con el título ejecutivo extrajudicial, pueda contradecir u oponerse conforme las causales antes descritas.

En la práctica se observa que en los Juzgados de Familia, con respecto a los procesos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas, se presentan distintas situaciones, como por ejemplo, que el progenitor ejecutado al momento de contradecir u oponerse, no fundamenta conforme a las causales establecidas en el artículo 690-D del Código Procesal Civil, decayendo su contradicción en la sanción de improcedencia; o también, puede ocurrir todo lo contrario, que el progenitor ejecutado al momento de cuestionar el título ejecutivo extrajudicial, en cual se ventiló la tenencia y régimen de visitas, lo haga mediante las cuales antes descritas; es decir, que el progenitor ejecutado tiene la posibilidad de cuestionar el título ejecutivo extrajudicial, indicado a su favor que el título ejecutivo extrajudicial de tenencia y régimen de visitas no es exigible, puesto que, en la conciliación extrajudicial, el conciliador nunca tuvo presente al momento de emitir las fórmulas conciliatorias el interés superior del niño (no se le escucho), también puede indicar que el título ejecutivo extrajudicial ha sido falsificado, puesto que el progenitor ejecutado nunca firmo la conciliación extrajudicial; pudiendo de esta forma invocar la causal de nulidad formal del título; y por último, se puede dar el caso en que, puede existir otra conciliación extrajudicial de manera posterior, con fórmulas conciliatorias distintas al que se pretende ejecutar, y si eso ocurre, el progenitor ejecutado puede oponerse mediante causal extinción de la obligación. Como vemos, existen causales de contradicción que sirven de herramientas para el cuestionamiento del título ejecutivo extrajudicial, para que el progenitor afectado con la acción ejecutiva, pueda invocarlo a su favor.

Seguidamente, en la mayoría de casos en los procesos únicos de ejecución extrajudicial de tenencia y régimen de visitas no existe contradicción, esto a causa de desconocimiento de las causales de contradicción por parte del letrado, o este formule oposición argumentando fuera de las causales antes descritas, deviniendo en improcedente, cualquiera sea el caso; el juez, es el personaje llamado a que el interés superior del menor se efectivice, debiendo buscar salvaguardias procesales que estén adoptados a sus necesidades, como por ejemplo, la opinión del menor, ver su estado de vulnerabilidad en el caso en concreto y debiendo tener siempre presente que *el principio del interés superior del niño constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal, por ello, los operadores de justicia tienen siempre la obligación de hacer suya la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional en el sentido de privilegiar sobre cualquier circunstancia el interés superior del niño*, así



también el juez en casos *de colisión entre el principio del interés superior del niño y el principio del debido proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero.*

En ese sentido, considero según la investigación; que haya o no contradicción u oposición en los procesos únicos de ejecución extrajudicial de tenencia y régimen de visitas, el juez debe flexibilizar el proceso ejecutivo, pero sin desnaturalizarlo, y de esta forma brindándole mayor preponderancia al interés superior del menor, esto es; creando una audiencia especial para que el juez pueda conocer el sentir y el querer del menor, de acuerdo a la edad (Salvaguardia procesal) a fin de determinar si la conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas es ejecutable o no; aunando a ello, el juez como ente director del proceso y bajo el principio de que el juez conoce el derecho, consideramos que debe emitir resolución en cual admita prueba de oficio consistente en las evaluación psicológica al menor, dotándole al proceso ejecutivo de una cognición sumaria a fin de salvaguardar la integridad tanto física como psicológica del menor, contrario sensu, si el juez, no recaba la opinión del menor y no ordena la evaluación psicológica del mismo, se está vulnerando al principio del interés superior del menor, toda vez que los jueces de familia, en estos procesos ejecutivos de conciliaciones extrajudiciales de tenencia y régimen de visitas, ejecutan sin tener en cuenta la opinión del menor, tal cual como sea analizado a inicios de este capítulo, y tampoco ordenan que se le practique una evaluación psicológica al mismo.

Los jueces en estos casos olvidan, que lo que se discute son derechos de menores, y no derechos pecuniarios o patrimoniales que fácilmente pueden ejecutarse o no. *Aquí no se trata de que el menor sea un mero objeto, o que sea un mero trofeo de guerra para los progenitores, sino se debe entender que cualquier decisión que los progenitores tomen o cualquier resolución, sentencia, ley o disposición administrativa en cual se discuten derechos de menores, o hacen referencia a derechos de menores, como es la tenencia y régimen de visitas, siempre debe estar dirigida a lo que más le conviene al menor, protegiendo su integridad tanto física como psicológica, priorizando siempre ante todo el interés superior del niño.* Y de esta forma dotar de una audiencia especial para recepcionar la opinión del menor, y permitir que este pase una evaluación psicológica a fin de determinar la ejecutabilidad de dicha acta de conciliación extrajudicial. Con esto no se estaría desnaturalizando el proceso ejecutivo, sino más bien flexibilizando toda vez que su razón de ser sigue siendo el de efectivizar o no el derecho obtenido, y con la opinión del menor y las evaluaciones psicológicas a practicarse se busca evaluar la pertinencia o no de la ejecutabilidad del mismo.

Si bien existen causales de contradicción, debemos tener en consideración que dichas causales crean un grado de cognición mínima, dotándole de autonomía a este tipo de procesos, en ese sentido, *creemos que nada afecta al debido proceso, ni a la tutela jurisdiccional efectiva al progenitor ejecutante, cuando se trata de no vulnerar el interés superior del menor.*

Respuesta al caso en concreto

Del caso antes referido se observa claramente que el juzgado de primera instancia, si bien se rechazó la contradicción hecha por la progenitora del menor básicamente por el hecho de que su contradicción no estaba conforme las causales reguladas en el artículo 690-D del código procesal civil, es decir que su contradicción no argumentaba *inexistencia o liquidez de la obligación contenida en el título*; tampoco argumentaba *nulidad formal o falsedad del título*, asimismo no se refirió a *la extinción de la obligación exigida.*

El juez al ceñirse únicamente a las causales de contradicción que regula el artículo 690-D no ha considerado la edad del menor y tampoco se preguntó de que por qué la madre había dado la

tenencia de su hijo al progenitor, en ese sentido, el juez debió buscar salvaguardias procesales, como es el de fijar una audiencia especial para recibir la opinión respectiva del menor, con la intención de determinar si realmente dicha acta de conciliación extrajudicial puede ser o no ejecutada, tal cual se explicó del caso, el juez de familia nunca considero en escuchar al menor; ejecutó y ordenó que el menor sea devuelto a la custodia del progenitor ejecutante, sin tener presente la opinión y el sentir del niño. Al no valorarse y al no haberse tenido presente la opinión del menor, en este proceso el menor paso hacer un mero objeto y no un fin en sí mismo, de esta forma se pasó por alto el principio superior del menor.

En segunda instancia, la Sala Civil, también solo se limitó admitir prueba de oficio, específicamente prueba documental, los mismos que fueron trasladados a la parte contraria; sin embargo, nunca considero en el presente caso, al tratarse derechos de menores; debió salvaguardar el interés superior del menor. En ese sentido, considero que la instancia superior a fin de no vulnerar el interés superior del niño, debió admitir como prueba de oficio la opinión del menor y debió fijar audiencia especial, o en su defecto debió declarar nula la resolución apelada y ordenar al inferior en grado, considerar la opinión del menor y practicársele una evaluación psicológica. Sin embargo, notamos que la Sala Civil solo se limitó en resolver con lo que existía en el expediente y más las pruebas documentales que admitió como prueba de oficio, y no advirtió que por segunda vez el menor era considerado como un objeto y no un fin en sí mismo, y también por segunda vez se vulneró el principio del interés superior del menor.

Si el juez de primera instancia y la sala hubieran decidido tomar en consideración la opinión del menor y se le hubiera practicado una evaluación psicológica pudieron haber evitado que el *menor regrese con su progenitor y hubiesen materializado el principio del interés superior del menor.*

En la actualidad la madre ha incidido un proceso de variación de tenencia a fin de recuperar la tenencia y custodia de su menor hijo, esto debido a que se ha ejecutado el acta de conciliación, y por ende la madre entrego a su menor hijo al demandante. El proceso de variación de tenencia formulada por la madre se encuentra en etapa probatoria (al momento de la investigación), de ese referido proceso pudimos obtener evaluaciones psicológicas practicadas al menor, que textualmente se desprende: “[...] *El menor por su parte también señala que ha sido víctima de violencia física y psicológica directa por parte del padre: "ha recibido patadas, golpes, le jalaba de los pelos, le gritaba, le Insultaba".* La madre, describe la personalidad del menor: *“es una persona linda, buena, amable, comprensiva, cariñosa, dócil, inocente y temerosa porque le tiene miedo a su papá”.* En entrevista directa con el menor, éste indica tener conocimiento de las razones de dicha evaluación psicológica *“por el maltrato de mi padre, que siempre me acuerdo cosas malas de mi padre como nos ha golpeado [...]”* describe el carácter del padre: *“mi papá es malo, siempre tomaba, venía ebrio; siempre venía y no sabíamos por qué estaba renegando y nos golpeaba. Es abogado y sí es trabajador. Es más que renegón. Creo que es conversador porque no he estado tanto con él, porque él está más en su trabajo que conmigo. No es cariñoso, es malo. Siento emoción cuando lo veo, siento emoción porque pienso que él ha cambiado, pero no ha cambiado, porque lo miramos siempre furioso. Siento que sí lo quiero, pero por el maltrato siento odio, le tengo mucho miedo, fastidio que le pegue a mi mamá. Quisiera que viva con nosotros, pero no se puede porque mi padre nunca va a cambiar. Quisiera que me visite, pero una vez a las quinientas porque le tengo miedo aún [...]”.*

Con esto podemos colegir que el menor siente más apego a la madre, aunado a ello, existe una constatación policial, la misma que fue ofrecida como medio de prueba documental por la accionante, de la cual se desprende que el menor al momento de la entrega no quiso irse con su progenitor; en este sentido, consideramos que si bien el progenitor tiene una conciliación extrajudicial que plasma el derecho ganado de la tenencia de su menor hijo; el juez no puede

ejecutar una conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas de esta naturaleza de forma ritualista, como si los derechos de menores fueran una suerte de pretensiones patrimoniales o pecuniarios.

Muchas veces la realidad supera a la ficción y la madre talvez otorgo al progenitor la tenencia de su menor hijo ya sea por desconocimiento de la norma o por presión o amenazas, y pudo haber firmado la conciliación extrajudicial bajo esas circunstancias.

Con base al caso en concreto considero que interés superior del menor en estos procesos de tenencia y régimen de visitas, siempre debe ser una prioridad, que debe de ser atendido no solo por los progenitores, sino también del juez; como vemos en el presente caso, los jueces al no poner énfasis en el interés superior del menor le causaron un perjuicio irreparable al menor de iniciales J.G.C, esto debido a que se ejecutó el acta de conciliación extrajudicial de manera mecánica y formalista, y como consecuencia de esto, ordeno el órgano jurisdiccional a la progenitora del menor que entregue a su menor hijo al demandante, de esta forma no solo se ha vulnerado el intereses superior del menor, sino que también se ha puesto en peligro la integridad tanto física y psicológica del mismo; pues de acuerdo al informe psicológico presentado el proceso de variación de tenencia que inicio posteriormente la progenitora el menor era maltratado física y psicológicamente por su padre.

CONCLUSIONES

La CDN es considerada como la Carta Magna de los Niños y Adolescentes, asimismo es considerado como un instrumento en la evolución de los derechos de los menores de edad a nivel global. en ese sentido, la Convención reconoce la vulnerabilidad de los niños, y platea derechos civiles, políticos, económicos, y culturales; esta convención básicamente reconoce cuatro grandes derechos: I) *De supervivencia, esto es niveles de vida adecuados y acceso a servicios médicos;* II) *Derecho al desarrollo, que incluye educación accesos a la información, al juego y al tiempo libre, a las actividades culturales, a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión;* III) *Derecho a la protección, cubre todas las formas de explotación y crueldad, separación arbitraria de familia y abusos en el sistema de justicia criminal;* IV) *Derecho a la participación, libertad de expresar opiniones y poder manifestar en sus cuestiones que afectan la propia vida.*

La observación número 14 indica que todos los derechos incrustados en la CDN responden íntegramente al Interés Superior del Niño, señalando que el principio del interés superior del menor tiene tres conceptos: I) *Un derecho sustantivo,* II) *Un principio interpretativo fundamental,* III) *Una norma de procedimiento.* De igual manera, los elementos que se debe tomar en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión: I) *La opinión del menor,* II) *La identidad del menor,* III) *Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones,* IV) *Cuidado, protección y seguridad del niño,* V) *Situación de la vulnerabilidad,* VI) *Derecho del niño a la salud,* VII) *Derecho del niño a una relación.* En esa línea, para garantizar la observancia efectiva del interés superior del niño y que esta sea una consideración primordial y que se atienda, se debe buscar también salvaguardias procesales que estén adoptados a sus necesidades, y estas son: I) *Derecho del niño a expresar su opinión,* II) *La determinación de los hechos,* III) *La percepción del tiempo,* IV) *Profesionales cualificados,* V) *La presentación de la letrada,* VI) *La argumentación jurídica,* VIII) *La evaluación del impacto en los derechos del niño.*

Asimismo, todos los procesos de tenencia, variación de tenencia, reconocimiento de tenencia, y los procesos de régimen de visitas, variación de régimen de visitas, son tramitados antes un Juez

Especializado en Familia, tramitados bajo un proceso único, o también denominado según el Código Procesal Civil conforme a sección V, título III como procesos sumarísimos con algunas mínimas diferencias. Además, puede decirse que las pretensiones de tenencia y régimen de visitas son materias conciliables extrajudicialmente, y por ende merecen calidad de títulos ejecutivos, que una vez conciliada dichas pretensiones, la parte que se sienta afectada por el incumplimiento de las fórmulas conciliatorias podrá accionar ante los órganos jurisdiccionales mediante un proceso único de ejecución para su ejecutabilidad y cabal cumplimiento de los acuerdos arribados por las partes.

Por otra parte, los procesos únicos de ejecución hacen referencia a la tutela ejecutiva que tiene los justiciables gracias a la acción ejecutiva, y tiene como finalidad de que un derecho ganado (judicial o extrajudicialmente) se materialice o se efectivice, esta es la diferencia sustancial entre los procesos cognitivos o de tutela cognitiva, en los cuales existe un conflicto de intereses con relevancia jurídica que el juez necesita resolver. De lo mismo, debe aclararse que el proceso de ejecución tiene su propia autonomía, en cual, si bien su naturaleza es ejecutar y hacer que se materialice un derecho ganado, existe en este proceso autónomo un grado cognición sumaria, la misma que se materializa a través de la oposición o contradicción, debiendo entenderse que estos procesos caben la posibilidad de presentar medios probatorios dependiendo sea el título ejecutivo a cuestionar, generándose una cognición sumaria.

No obstante, en la mayoría de casos en los procesos únicos de ejecución extrajudicial de tenencia y régimen de visitas no existe contradicción, esto a causa de desconocimiento de las causales de contradicción por parte del letrado, o este formule oposición argumentando fuera de las causales antes descritas, deviniendo en improcedente. En consecuencia, haya o no contradicción u oposición en los procesos únicos de ejecución extrajudicial de tenencia y régimen de visitas, el juez debe flexibilizar este proceso ejecutivo, no desnaturalizándolo, si no, brindándole mayor preponderancia al interés superior del menor, esto es; creando una audiencia especial para que el juez pueda conocer el sentir y el querer del menor (de acuerdo a la edad), a fin de determinar si la conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas es ejecutable o no.

Para ir cerrando, en los procesos únicos de ejecución de acta de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas, se ejecutan sin tener en cuenta la naturaleza de los derechos de menores que se ventilan, ejecutando dichas actas de conciliación extrajudicial como un mero título ejecutivo, sin tener en cuenta la opinión del menor, transgrediendo el principio interés superior del menor. De manera que, el juez al no pedir la opinión del menor en los procesos únicos de ejecución de conciliaciones extrajudiciales de tenencia y régimen de visitas se está vulnerando el principio del interés superior del menor.

Finalmente, una recomendación es que en todos los procesos donde se pretende ejecutar un acta de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas los jueces están en la obligación de instalar una audiencia especial con la finalidad de tomar en cuenta lo que el niño quiere o desea, y de esta forma crear un criterio que permita valorar al juez si es posible o no ejecutar el acta de conciliación extrajudicial, y con ello materializar el principio del interés superior del niño dentro de un proceso único de ejecución.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Aguilar, G (2008). *Principio de Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Chile, 2008.

- Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (2014). *El Interés Superior del Niño. Interpretaciones y Experiencias Latinoamericanas*. Sistema de Información sobre la Primera Infancia en Latinoamérica. UNICEF. Disponible en http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf Consultado el 4 de septiembre de 2016.
- Alsina, H. (1962). *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: EDIAR SOC ANON.
- Ariano, E. (1998). *Proceso de ejecución*. Lima. Rodas
- _____. (2003). *Problemas del Proceso Civil*. Lima. Jurista Editores E.I.R.
- Bergel, S. & Paolantonio, M. (1992). *Acciones cambiarias y excepciones cambiarias*. Buenos Aires: DEPALMA.
- Bofill, A. & Jordi, C. (1999). *La declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la primera Carta de los derechos de la Infancia*. Recuperado de http://savethechildren.es/docs/Fichros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf
- Canaza-Choque, F. A., Cornejo-Valdivia, G., Condori-Pilco, L. B., & Yabar-Miranda, P. S. (2021). Trayectorias y desafíos. El reto de ambientalizar e institucionalizar el cambio climático en la Educación Superior Universitaria. *Paideia XXI*, 11(1), 155–174. <https://doi.org/10.31381/paideia.v11i1.3728>
- Canaza-Choque, F. A., Escobar-Mamani, F., & Huanca-Arohuanca, J. W. (2021). Reconocer a la bestia: Percepción de peligro climático en estudiantes de educación secundaria. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, 27(2), 417–434. <https://doi.org/10.31876/racs.v27i2.35932>
- Canaza-Choque, F. A., & Huanca-Arohuanca, J. W. (2018). Perú 2018: hacia una Educación Intercultural Bilingüe sentipensante. *Sciéndo. Ciencia Para El Desarrollo*, 21(4), 515–522. <https://doi.org/10.17268/sciendo.2018.058>
- _____. (2019). Disputas por el oro azul: gobernanza hídrica y salud pública. *Revista de Salud Pública*, 21(5), 1–7. <https://doi.org/10.15446/rsap.v21n5.79646>
- Canaza-Choque, F. A., Supo, F., Ruelas, D., & Yabar, P. S. (2020). El regreso del Puma Indomable. Neoliberalismo y las luchas sociales desde la Escuela Pública en el Sur del Perú. *Revista Conrado*, 16(74), 154–161. Recuperado de <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/1345>
- Canelo, R. (1993). *El proceso único en el Código de los Niños y Adolescentes*. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/14271/14890>
- Carnelutti, F. (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ejea.
- Chiovenda, J. (1925). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus S.A.
- Freedman, D. *Funciones normativas del interés superior del niño*, Jura Gentium, 2007. Recuperado de <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>
- Gatica, N. & Chaimovic, C. (2002). *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*, en La Semana Jurídica. Recuperado de <http://www.lexisnexis.cl/lasemanajuridica/1040/article-10469.html>
- Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Italia: Giuffrè.
- Ledesma, M. (2000). *El Procedimiento Conciliatorio, un enfoque teórico normativo*. Lima: Lagrima.
- Ledesma, N. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II. Lima, Perú. Gaceta Jurídica S.A.
- Nieto, A. (1998). *El arte de hacer sentencias ò Teoría de la Resolución Judicial*. Madrid: Universidad Complutense.
- Photier, R. J. (1947). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Atalaya.
- Romero, L. (2001). *El derecho de las obligaciones en el Perú*. Lima: Fecat.

Sánchez, A. J. (2018). El método jurídico: diferentes líneas metodológicas y una propuesta de síntesis. Recuperado de <https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/18022/08-21.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sevilla, P. W. (2014). *Causales de contradicción en el proceso de ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica.SA.

Von Tuhr, A. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Granada: Editorial Comares.

Zermatten, J. (2003). *Interés superior del niño del análisis literal al análisis filosófico*. Recuperado de <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones2.htm> ANEXOS.