

Pérdida y suspensión de la patria potestad

Ana Miluska MELLA BALDOVINO^(*)

Luego del quebrantamiento definitivo de una relación sentimental, de una pareja con hijo(s) en común, es muy usual que uno de los puntos álgidos y por demás sensibles sea la determinación del denominado “régimen familiar”, referido a la regulación de la “tenencia y custodia”, “régimen de visitas”; y “alimentos” del menor o menores de edad afectados con tal resquebrajada relación sentimental y consecuente desarticulación de su núcleo familiar.

Es dentro de este contexto que el término de “patria potestad” adquiere especial relevancia en aquellos progenitores interesados por informarse sobre el marco legal referido a los derechos inherentes de los padres para con sus hijos, y de ser el caso, los derechos específicos de los cuales creen ser titulares a razón de su género.

En efecto, por lo general, cada vez que un preocupado padre o madre me hace una consulta jurídica sobre la tenencia de su menor hijo(a), o determinadas personas en una reunión social quieren disipar (casi al paso o de manera expresa) alguna duda legal respecto a un problema

(*) Abogada por la Universidad de Lima. Asociada del Estudio Fernández, Heraud & Sánchez en el área de Derecho de Familia.

de índole familiar que le aqueja, surge de inmediato la palabra “patria potestad” como sinónimo obligado de “tenencia” (cuidado directo, inmediato, que implica la necesaria cohabitación con el menor); como si en el léxico de aquel padre o madre angustiado, ambos términos jurídicos de distinta naturaleza significaran lo mismo. En tales situaciones, lo que llama profundamente mi atención es cómo la gran mayoría de aquellos preocupados progenitores restan importancia a la institución de la “patria potestad” y concentran su energía en procurar obtener la “tenencia y custodia” exclusiva de su menor hijo(s), sin recapacitar en la trascendencia del ejercicio del derecho inherente a todo progenitor, por el simple hecho de ser padre o madre de un menor de edad, como lo constituye la patria potestad.

Ahora bien, antes de ahondar en lo que es materia de análisis del presente trabajo, corresponde que me refiera brevemente a la institución de la patria potestad a fin de conceptualizarla y comprender la amplitud y complejidad de esta.

I. PATRIA POTESTAD

El término de **patria potestad** nace del Derecho Romano, cuyo significado etimológico es el “poder del padre”, en donde el término “patria” alude a la figura paterna, mientras que “potestad” implica el poder, derecho o facultad ejercida por aquella figura paterna.

En la antigua Roma, la patria potestad era el poder ejercido de forma exclusiva, absoluta y omnipotente por el *pater familia*, respecto de sus hijos y en general de toda persona libre que conformaban su familia. Poder que ejercía el jefe de familia similar a las atribuciones o potestades que tenía el amo respecto de sus siervos o esclavos. Es decir, la patria potestad era el poder descomunal, arbitrario y despótico del padre, donde el *pater familia* estaba embestido de toda facultad omnipotente, legitimándolo para enajenar, arrendar e incluso –atrozmente– disponer de la vida de sus propios hijos.

Afortunadamente para el desarrollo integral de los menores y el fortalecimiento estructural de la sociedad, dicha institución jurídica de larga data histórica, fue evolucionando con el desarrollo del derecho a lo largo de la historia, siendo el derecho consuetudinario francés el que

logró modificar el carácter absoluto y totalitario de la patria potestad, suprimiéndose con la Revolución Francesa –que conllevó el reconocimiento de los derechos naturales del hombre– muchas de las atribuciones de aquel omnipotente jefe de familia.

Es así como la patria potestad no estuvo ajena a la humanización del derecho positivo, ni a la consagración de los **derechos personalísimos** (derecho a la vida, cuerpo, libertad, honor, intimidad, identidad, etc.), y al ejercicio de aquel poder tuitivo del Estado en cautela de núcleo básico de toda sociedad: La Familia, según se desprende del Capítulo II de nuestra Constitución Política, referido a los derechos sociales y económicos, y en específico de su artículo 4⁽¹⁾, en concordancia con lo previsto por el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁽²⁾.

En efecto, si bien en épocas muy remotas la patria potestad era concebida en función a la figura del denominado *pater familia* que circunscribía el poder absoluto y exclusivo del padre (solo de él) respecto de las personas libres que constituían su familia, lo cierto es que hoy por hoy dicha institución no obstante mantener su denominación por imperio de la costumbre y tradición jurídica, dista mucho de lo que su naturaleza jurídica entrañaba, siendo actualmente aquel cúmulo de derechos y deberes de carácter recíprocos entre padres e hijos.

Realizando un análisis lógico-jurídico de la comentada institución podríamos señalar que el ser humano desde su nacimiento hasta que alcanza la mayoría de edad, es –por lo general– incapaz de procurar satisfacer sus necesidades elementales, básicas y primarias, por lo que

(1) **Constitución Política**

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

(2) **Código de los Niños y Adolescentes**

Título Preliminar

Artículo X.- Proceso como problema humano

El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

requiere de la asistencia de otra(s) persona(s) que le brinde el cuidado y bienestar adecuado, caso contrario se colocaría en grave situación de peligro o riesgo la integridad del niño, niña o adolescente. Es así que por una cuestión de Derecho Natural corresponde a los padres procurar la asistencia alimentaria de sus menores hijos, circunscribiéndose así la institución de la “patria potestad”, como aquel **deber y derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes (de ser el caso) de sus hijos menores**, según lo prevé el artículo 418 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6 de nuestra Constitución, que establece expresamente que: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Estos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”. Regulándose así los deberes y derechos derivados de la patria potestad en el artículo 423 del Código Civil y el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes. Función tuitiva que también está manifiesta en el numeral 1 del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽³⁾.

Asimismo el ejercicio de la patria potestad dependerá de varios supuestos de hecho de carácter filial o de parentesco. En efecto, la patria potestad en lo que respecta a hijos matrimoniales es ejercida de forma conjunta por ambos progenitores durante el matrimonio y también luego de la disolución del vínculo matrimonial, en el caso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior, según lo establece el artículo 419 del Código Civil y el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente.

No sucede lo mismo en el caso de hijos extramatrimoniales o en los supuestos de divorcio por causal o invalidación del matrimonio, donde es uno de los padres quien ejerce de forma exclusiva la patria potestad de los hijos, quedando consecuentemente el otro suspendido en su ejercicio, conforme lo detallaré más adelante.

(3) **Artículo 18:**

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (...).

En línea de lo expuesto Cornejo Chávez precisó que: “Aunque en principio y como se ha dicho, la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley de los padres, no siempre es posible que ambos la ejerzan, pues ello depende de diversas circunstancias y señaladamente de la calidad de la filiación. Habrá que distinguir, desde luego, entre la situación del hijo matrimonial; y aun, en uno y en otro, varios supuestos”⁽⁴⁾.

Es así como la patria potestad concebida en nuestra legislación actual, supone necesariamente su ejercicio de forma responsable, lo cual no solo implica engendrar vida sino proporcionarle a esa nueva vida todo el cuidado y protección necesarios para un adecuado desarrollo integral. Desarrollo integral que implica procurar la **asistencia material** circunscrita en brindar alimentos suficientes, vivienda adecuada, vestido, instrucción educativa, asistencia médica, así como también una **asistencia emocional** traducida en la atención, dedicación, preocupación y comprensión; además –claro está– de la formación espiritual, que es primordial para su formación personal.

En contrapartida a los deberes de los padres para con los hijos (obligación por demás ineludible e innegable), es importante resaltar el contenido **recíproco y dual** de la patria potestad, en cuanto que no solo entraña –reitero– obligaciones de los padres respecto de sus menores hijos, sino también deberes de “los hijos para con los padres, quienes están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres” de conformidad con lo previsto por el artículo 454 del Código Civil, concordado con lo dispuesto por el artículo 24 del Código de los Niños y Adolescentes⁽⁵⁾.

(4) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de Familia peruano*. 10ª edición actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 520.

(5) **Artículo 24.- Deberes**

Son deberes de los niños y adolescentes:

- a) Respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes;
- b) Estudiar satisfactoriamente;
- c) Cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad;
- d) Prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad;
- e) Respetar la propiedad pública y privada;
- f) Conservar el medio ambiente;
- g) Cuidar su salud personal;
- h) No consumir sustancias psicotrópicas;

En este orden de ideas, si los padres deben brindar un adecuado soporte material y emocional a sus hijos, ellos por su parte deben procurarles respeto, obediencia y coadyuvar –en a medida de sus posibilidades– en el desarrollo de las tareas del hogar.

Deber y derecho que se extingue o pierde sea por muerte de los padres o del hijo menor de edad; por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil (referido al régimen legal de curatela); o por cumplir el hijo la mayoría de edad, según lo prevé el artículo 461 del citado Código Civil. Supuestos (de extinción o pérdida) ampliados en el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes en lo que respecta a sus literales c), d) y e), referidas a la declaración judicial de abandono de menor; haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de estos; y, por reincidir en las causales señaladas en los incisos c) (darles órdenes, consejos o ejemplo que los corrompan), d) (permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad), e) (maltratarlos física o psicológicamente), y f) (negarse a prestar alimentos) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescente, respectivamente.

Nuestra jurisprudencia nacional ha recogido la humanizada y moderna versión de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, estableciendo lo siguiente:

“La patria potestad emerge como el conjunto de obligaciones y derechos correspondientes al ser humano que logra engendrar descendencia, y con lleva facultades de representación durante la minoría de edad del hijo, y la administración de sus bienes, así como deberes recogidos en la norma legal para asegurar el desarrollo integral de la prole”⁽⁶⁾.

“La patria potestad es el deber y derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, no pudiendo

i) Respetar las ideas y los derechos de los demás, así como las creencias religiosas distintas de las suyas; y

j) Respetar a la Patria, sus leyes, símbolos y héroes.

(6) Exp. N° 364-98, Corte Superior de Lima, 30/04/98. (MEJÍA SALAS, Pedro. *La Patria Potestad: doctrina, jurisprudencia y modelos*. Lej, Lima, 2002, p. 169).

ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres”⁽⁷⁾.

Conforme se advierte en las referidas citas jurisprudenciales, la patria potestad es hoy por hoy una institución Jurídica del Derecho de Familia que tiene por finalidad procurar el bienestar integral del menor dentro de un entorno social sano y equilibrado.

Es por lo expuesto que dentro de la vida y dinámica familiar, resulta fundamental el adecuado cuidado, crianza y protección que los padres brindan a sus menores hijos, en tanto que estos últimos constituyen el futuro y la esperanza de un mejor porvenir en toda sociedad civilizada.

Es justamente debido a ello y en mérito del abuso del ejercicio regular (registrado a lo largo de historia) de la autoridad emanada de la patria potestad, que surgió la necesidad de defender los intereses de los menores, fiscalizando el poder conferido a través de dicha institución, con el único propósito de evitar un ejercicio abusivo y agravante, en manifiesta vulneración del Principio de Interés Superior del Niño previsto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁽⁸⁾ en concordancia con lo previsto por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽⁹⁾.

(7) Exp. N° 99-98, Corte Superior de Lima, 05/03/98 (MEJÍA SALAS, Pedro. *La Patria Potestad: doctrina, jurisprudencia y modelos*. Lej, Lima, 2002, p. 174).

(8) **Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente**

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, así 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.

(9) **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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Justamente por lo expuesto que surge en el derecho figuras jurídicas de naturaleza restrictiva, como lo son la “pérdida” y “suspensión” de la patria potestad, en su calidad de mecanismos fiscalizadores –perennes o temporales– del mal ejercicio del derecho y deber tuitivo de los padres para con sus hijos.

El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en agresión frontal al Principio de Interés Superior del Niño es el que revela la necesidad de que a ambos padres o uno de ellos se le restrinjan el ejercicio de la patria potestad. Estas restricciones al ejercicio de la patria potestad por el incumplimiento a los deberes inherentes a ella, puede acarrear la “pérdida” o la “suspensión” de la patria potestad, según la gravedad de acción ilegítima del padre o madre, debiendo ser necesariamente determinada y establecida por el órgano jurisdiccional competente (Juez de Familia o Mixto, según sea el caso), previo análisis de los hechos alegados, a fin de priorizar que el menor no sea separado de sus padres, salvo que así se requiera en su estricto beneficio y siguiendo determinadas premisas necesarias, conforme lo establece el numeral 1) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽¹⁰⁾.

Es así como una vez impuesta tal restricción por el juez competente, se le privará al progenitor afectado con tal restricción del ejercicio de los derechos inherentes de la patria potestad respecto de sus hijos, debiendo ser esta ejercida de forma exclusiva por el otro progenitor.

Dicho esto corresponde que centralice mi análisis temático en lo que respecta a dichas figuras jurídicas de gran importancia dentro de la institución de la patria potestad, tales como la referida a la “pérdida” y “suspensión”, cuyas implicancias y efectos jurídicos son por demás disímiles, según detallaré.

(10) **Artículo 9:**

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (...).

II. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Según la Real Academia Española (RAE), el vocablo “pérdida” proviene del latín “perdīta”, que significa “carencia, privación de lo que se poseía”. Es decir, implica necesariamente una desposesión de un derecho o bien. En buena cuenta constituye la ausencia de algo que estaba dentro del dominio de una determinada persona. Es así, que cuando alguien se ve privado de algo, señala que lo “perdió”, reflejando así la ausencia de lo que se tenía.

Dándole un enfoque jurídico al referido término y aplicándolo a la institución de la patria potestad advertimos que implica necesariamente la privación de los **derechos** inherentes a tal potestad tuitiva de los padres para con sus hijos (tales como bien lo es: recibir ayuda de sus hijos, atendiendo su edad y condición sin perjudicar su atención; administrar y usufructuar los bienes de sus hijos, cuando los tuviera; entre otros). Y digo solo derechos en tanto el no ejercicio de la patria potestad, por cualquiera que fuese su causa, no altera los **deberes** de carácter filial de los padres para con sus menores hijos, tal y como lo establece el artículo 470 del Código Civil al disponer expresamente que: “La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los derechos de los padres para con los hijos”.

En tal sentido, cualquier restricción temporal o no (según la gravedad) de la patria potestad **no enerva la subsistencia, vigencia y exigibilidad de los deberes (de brindar habitación, educación, asistencia médica, víveres, vestido, capacitación para el trabajo y otros), de los padres para con sus hijos, que constituyen en contrapartida derechos irrenunciable de todo niño, niña o adolescente.**

La vigencia de los deberes –ante un supuesto de restricción de la patria potestad– se evidencia con mayor frecuencia en la subsistencia de la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos. Al respecto D’Antonio establece que: “el apartamiento del padre de la patria potestad en nada puede alterar su obligación alimentaria, ya que esta se funda en el vínculo de parentesco, si bien se muestra reforzada durante la

minoridad del niño”⁽¹¹⁾. Como se advierte, cualquier restricción al ejercicio de la patria potestad no implica bajo ningún supuesto y concepto la sustracción por parte del progenitor afectado con tal restricción de sus deberes para con su prole.

Considero relevante señalar que la redacción del artículo 461 (que regula **la extinción de la patria potestad** por muerte de los padres o del hijo; por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46; y, por cumplir el hijo la mayoría de edad), del artículo 462 (que regula **la pérdida de la patria potestad** por condena a pena que produzca la pérdida de la Patria Potestad o por abandono) y del artículo 463 (que regula **la privación de la patria potestad** por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos; por tratarlos con dureza excesiva; y por negarse a prestar alimentos) del Código Civil, no hacen más que evidenciar su anacrónica y desactualizada redacción, que manifiesta una falta de concordancia con los supuestos normativos de carácter específicos (y de emisión posterior) previstos en el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes referidos a la **extinción o pérdida** de la patria potestad; en tanto que el referido artículo ya incorpora los supuestos normativos contenidos en los mencionados artículos 461, 462 y 463 del Código Civil.

La descrita falta de concordancia normativa, se ve reflejada en la redacción del artículo 470 del Código Civil que establece expresamente que: “La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos”. En tal sentido, una adecuada regulación sistemática y concordada sobre la materia, implicaría una necesaria modificación del artículo del 470 del Código Civil, cuyo texto debería ser en todo caso el siguiente: “La suspensión, extinción o pérdida de la patria potestad no alteran los deberes de los padres para con los hijos”. De igual forma sucede con la redacción del artículo 469 del Código Civil, cuyo texto normativo debería ser: “El efecto de la pérdida y la suspensión de la patria potestad se extenderá a los hijos nacidos después de que ha sido declarada”.

(11) D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Patria potestad*. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 104.

Ahora bien, el Código Civil en su artículo 462 regula lo referido a la **pérdida de la patria potestad**, estableciendo expresamente que: “La patria potestad se pierde por condena a pena que produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo”.

Es decir, nuestra legislación (en lo que respecta al Código Civil) sanciona con la pérdida de la patria potestad, la comisión de determinados actos de gran gravedad ejercido por los padres en agravio de los hijos, tales como lo es la condena a pena que produzca la pérdida o por abandonar a tu hijo por un periodo determinado. Esta sanción si bien implica la privación del ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor afectado con tal restricción, puede ser materia de levantamiento por parte de la autoridad judicial competente, restituyéndose así la patria potestad.

Dicho esto, corresponde que comparemos el referido precepto del Código Civil con lo previsto por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, que incluye estos supuestos precisados entre las causas de **extinción o pérdida** de la patria potestad, disponiendo que:

La patria potestad se extingue o pierde:

- a) **Por muerte de los padres o del hijo.** (Regulado en el inciso 1) del artículo 461 del Código Civil, referido a la extinción de la patria potestad).
- b) **Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad.** (Regulado en el inciso 3) del artículo 461 del Código Civil, referido a la extinción de la patria potestad).
- c) **Por declaración judicial de abandono.** (Supuesto normativo previsto con algunas variantes en el artículo 462 del Código Civil, referido a la pérdida de la patria potestad).
- d) **Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de estos.** (Supuesto normativo previsto con algunas variantes en el artículo 462 del Código Civil, referido a la pérdida de la patria potestad).

- e) **Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75⁽¹²⁾.** (Supuesto normativo previsto con algunas variantes en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 463 del Código Civil, referido a la privación de la patria potestad) y
- f) **Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil.** (Regulado en el inciso 2 del artículo 461 del Código Civil, referido a la extinción de la patria potestad).

Es decir, el referido artículo 77, incorpora las causales de **pérdidas de la patria potestad** previstas en el citado artículo 462 del Código Civil (por condena que la produzca o por abandono de los hijos), adicionando las causales de **extinción de la patria potestad** reguladas en el artículo 461 del citado código sustantivo; así como también las relativas a la **privación de la patria potestad** establecidas en el artículo 463 del citado Código Civil (incorporando únicamente en su texto la reincidencia de determinados comportamientos en agravio de los menores). En buena cuenta, no hace más que condensar en un solo artículo lo relativo a la **extinción, pérdida y privación** de la patria potestad, utilizando como título “extinción o pérdida”.

Si bien el sistema normativo del Código Civil pretendió regular las restricciones a la patria potestad, refiriéndose a la **pérdida** (artículo 462), **privación** (artículo 463) y **limitación** (en el derogado artículo 464⁽¹³⁾) de la patria potestad, según la trascendencia y magnitud de la comisión de determinados actos en agravio de la prole, como muy graves, graves o leves, lo cierto es que una lectura sistemática y concordada de los referidos artículos ponen de manifiesto –reitero– la inadecuada (y hasta confusa) regulación de la “pérdida” de la patria potestad en el Código Civil, al tipificar en tres articulados distintos (artículos 461, 462 y 463), efectos jurídicos que implican inexorablemente la “pérdida o extinción” del ejercicio (de forma permanente y no temporal) de la patria

(12) **Artículo 75.- Suspensión de la patria potestad**

La patria potestad se suspende en los siguientes casos: (...) c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e) Por maltratarlos física o mentalmente; f) Por negarse a prestarles alimentos.

(13) Derogado según Disposición Final del TUO del Código de los Niños y Adolescentes (D.L. N° 26102) aprobado por D.S. N° 004-99-JUS del 08/04/1999.

potestad según lo dispuestos por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescente.

Queda claro que los supuestos normativos previstos en el referido artículo 77 del citado Código son de carácter irreversibles en algunos supuestos, tales como lo es el caso de la muerte del padre o del hijo o porque el hijo haya cumplido la mayoría de edad, siendo que en tales supuestos los hechos que los motivaron no van a desaparecer y consecuentemente no se podrá restituir la patria potestad, de conformidad con lo previsto por el artículo 471 del Código Civil.

Cabe precisar que lo efectos por la pérdida de la patria potestad se **extienden** incluso a los hijos que hayan nacido después de que aquella fuera declarada, según lo establece el artículo 469 del Código Civil.

Respecto a la **restitución** de la patria potestad en caso de pérdida, el Código Civil en el último párrafo del artículo 471, establece que los padres volverán a ejercerla cuando desaparezca los hechos que la motivaron; salvo en el caso que la pérdida de la patria potestad provenga por sentencia declaratoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo. Cabe precisar que el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes, referido a la restitución de la patria potestad solo regula la restitución para los casos de suspensión, mas no hace referencia alguna a los supuestos de pérdida regulados en el artículo 77.

III. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Por la suspensión, se paralizan o detienen los efectos jurídicos derivados de un determinado derecho. Es así como en el caso de la suspensión de la patria potestad, lo que se paraliza no solo los deberes (estos quedan incólumes) sino los derechos inherentes a dicha función tuitiva, conforme lo dispone el artículo 470 del Código Civil. Es decir, las atribuciones que como progenitor tienes derecho desde el nacimiento de tu hijo.

La suspensión surge como una restricción al ejercicio de la patria potestad, generada por incumplimientos de los deberes inherentes a tal institución del Derecho de Familia; por afectar con ello los intereses del menor involucrado; y, por que se suscite alguna eventualidad que fácticamente impida su cabal ejercicio, sin que ello implique que los padres

lesionen el interés del menor. Este último supuesto no requiere ser calificado ni evaluado por el Juez de Familia, operan automáticamente, tal como lo es en caso de la interdicción civil, ausencia judicialmente declarada de uno de los padres, lo que implica que el otro progenitor ejerza de forma exclusiva la patria potestad, salvo –claro está– lo previsto por el artículo 502 del citado código⁽¹⁴⁾, referido al cuidado de la persona y bienes de un menor a cargo de una persona distinta a sus padres, denominado tutor.

Sobre el particular, Aguilar Llanos señala acertadamente que: “cuando uno de los padres incurre en alguna causal de suspensión, entonces el otro ejercerá en exclusiva el ejercicio de la patria potestad, en tanto que el otro cónyuge quedará suspendido. Sin embargo puede acontecer que los dos padres hayan incurrido en causal de suspensión y por ende, hayan cesado temporalmente en el ejercicio de la patria potestad. Pues bien, en esa circunstancia el menor será cuidado por un tercero, quien toma el nombre de tutor. La tutela es la institución familiar supletoria de la patria potestad, entra en defecto de esta, y cuida la persona y bienes del menor que no está bajo la patria potestad de sus padres”⁽¹⁵⁾.

El artículo 466 del Código Civil, regula lo relativo a las causales de suspensión de patria potestad, estableciendo expresamente que:

“La patria potestad se suspende:

- 1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil;
- 2) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- 3) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla; y,
- 4) En el caso del artículo 340”.

(14) **Artículo 502.-** Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

(15) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Derecho de Familia*. Ediciones Legales, Lima, 2013, pp. 377 y 378.

Realizando unas breves acotaciones a las referidas causales de suspensión previstas por el Código Civil debo señalar:

- i) En lo que respecta al inciso 1, debemos tener presente que en los casos de la interdicción civil del padre o de la madre (artículo 564 del Código Civil), al encontrarse privado del ejercicio de sus derechos civiles no resulta exigible el cumplimiento los deberes derivados de la patria potestad, quedando así no solo suspendido en el ejercicio de la patria potestad, sino que el ejercicio exclusivo de la misma es atribuido inexorablemente al otro cónyuge o progenitor, salvo lo previsto por el artículo 502 del citado Código, referido al cuidado de la persona y bienes de un menor realizado por tutor.
- ii) En lo que se refiere al inciso 2, debo precisar que esta ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre se encuentra prevista de forma genérica en el precitado numeral 1 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Resulta claro que ante dicho escenario el ejercicio exclusivo de la patria potestad corresponderá también al otro progenitor, salvo lo previsto por el artículo 502 del citado Código.
- iii) Respecto al inciso 3), debido al carácter genérico de este supuesto normativo, debemos necesariamente entender que todo supuesto de hecho que impida el ejercicio de la patria potestad debería ser comprendido sin ningún problema.
- iv) En lo referido al inciso 4) de las causales de suspensión, debo señalar que esta hace clara mención a los casos de separación de cuerpo o divorcio por causal; así como también a la invalidez del matrimonio y no los casos de separación convencional y divorcio ulterior.

Finalmente, corresponde señalar que los supuestos normativos contemplados en el referido artículo 446 no entrañan ni importan en sí una sanción, en tanto es generada por causas no imputables al padre o madre, es decir, no existe culpa atribuible al progenitor; sino que corresponde a una medida necesaria destinada a salvaguardar los intereses de

los menores involucrados, todo ello en aplicación del Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente.

Ahora bien, el supuesto normativo regulado en el Código Civil, debe ser necesariamente estudiado de forma sistemática, concordada y en armonía con las causales de suspensión de la patria potestad previstas en el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes (normativa específica y posterior), que dispone que:

“La patria potestad se suspende en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil. (Regulada en el inciso 1 del artículo 466 del Código Civil).
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre. (Regulada en el inciso 2 del artículo 466 del Código Civil).
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil (Regulada en parte en el inciso 4 del artículo 466 Código Civil); y,
- h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173-A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, existen otros supuestos de suspensión de la patria potestad a lo ya referidos, a saber:

- a) En caso de separación de los cónyuges, surge otro supuesto de suspensión, cuando se le confía el ejercicio de la patria potestad a uno de los cónyuges, por sentencia que así lo establezca,

(16) Literal h) incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 29194, publicada el 25/01/2008.

en cuyo caso el otro cónyuge queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos, de conformidad con lo prevé el artículo 340 del Código Civil. De igual forma sucede en los caso de invalidación del matrimonio o disolución del vínculo matrimonial, según lo prevé el artículo 420 del citado Código, donde únicamente ejerce la patria potestad el cónyuge a quien se le confía el cuidado de los hijo, quedando el otro suspendido en su ejercicio. Cabe acotar que en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad de conformidad con lo previsto por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescente.

- b) En los casos de hijos extramatrimoniales, la patria potestad es ejercida por el padre o la madre que los ha reconocido; siendo el caso que si ambos los hubieran reconocido, corresponderá al Juez de Familia a quien la ejercerá, tomando en consideración para ello la edad y sexo del menor, el contexto familiar y como resulta obvio e ineludible, el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado, según lo prevé el artículo 421 del Código Civil.
- c) Frente al divorcio o la invalidación del matrimonio, la patria potestad será confiada a uno de los cónyuges, quedando el otro suspendido en el ejercicio del mismo, según lo prevé el artículo 420 del Código Civil. En este caso, como ya lo he referido, subsiste los deberes derivados de la patria potestad. Es así como al respecto Cabello Matamala sostiene que: “ambos cónyuges continúan en la obligación de acudir a los gastos de educación y mantenimiento de sus hijos, en proporción a sus recursos”⁽¹⁷⁾.

Como resulta más que evidente, los referidos supuestos de suspensión de la patria potestad, no se enerva de forma alguna el legítimo derecho de que “los padres tienen el derecho a conservar con sus hijos que

(17) CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 478.

no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”, conforme lo prevé el artículo 422 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽¹⁸⁾. Dicho esto, el padre o madre que no ejerza la patria potestad estará legitimado para mantener y fortalecer la relación con su hijo, en tanto ello constituye un derecho tanto del progenitor como del propio menor involucrado, en respecto de su integridad personal y a la identidad previstos en los artículo 4⁽¹⁹⁾ y 6⁽²⁰⁾ del Código de los Niños y Adolescentes.

Podrán solicitar judicialmente la suspensión de la patria potestad los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del Código de los niños y Adolescentes.

De igual forma que en el caso de pérdida de la patria potestad, en la suspensión sus efectos se **extenderán** incluso a los hijos que hayan nacido después de que aquella fuera declarada, según lo establece el artículo 469 del Código Civil.

(18) **Artículo 9:**

(...) 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...).

(19) **Artículo 4.- A su integridad personal**

El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.

Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación.

(20) **Artículo 6.- A la identidad**

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

Respecto a la **restitución** de la patria potestad en caso de suspensión, el Código Civil en el último párrafo del artículo 471, establece que los padres volverán a ejercerla cuando desaparezca los hechos que la motivaron. Ello en concordancia con lo previsto por el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes, referido a la restitución de la patria potestad, que precisa en su segundo párrafo que: “El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente”.

Al respecto nuestra jurisprudencia nacional establece que:

“Se suspenderá el ejercicio de la patria potestad si se evidencia la sustracción del padre del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, omitiendo la prestación alimentaria conducente a la subsistencia del menor”⁽²¹⁾.

“La suspensión de la patria potestad es una sanción para los progenitores que no cumplen con las obligaciones establecidas por la ley en desmedro del bienestar de los hijos”⁽²²⁾.

En consecuencia, resulta claro la trascendencia de la patria potestad, sino que esta inmensa potestad circunscrita de deberes y derechos inherentes a los padres, necesariamente debe contar con restricciones necesarios para salvaguardar el bienestar integral de los menores, dentro de una determinada dinámica familiar.

(21) Exp. N° 3318-97, Resolución del 09/03/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

(22) Exp. N° 364-98, Resolución del 30/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.