

IX. Conclusiones

- El impacto de la pandemia por el Sars Cov-2 y, en estricto, la declaratoria de emergencia, han ocasionado afectación en diferentes aspectos sociales, y dentro de ellos, los contratos como el mutuo dinerario y el de prestación educativa.
- Ninguna declaratoria de emergencia justifica los requerimientos de incumplimiento de pago, puesto que no se ha afectado el elemento objetivo del contrato, las prestaciones, sino aspectos subjetivos de cada contratante, por tanto, es incorrecto hablar de excesiva onerosidad de la prestación, lo adecuado es decir que lo que ocurre es una dificultad en el cumplimiento.
- El Estado tiene una obligación no solo jurídica, sino moral de intervenir en la modificación del contenido de los contratos por razones de orden moral, social o ético, tal y como lo dispone el art. 1355 del Código Civil, priorizando derechos fundamentales.

X. Lista de referencias

- ALEX, R. (2017). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 3.a ed. Palestra Editores.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL Y OTROS. (2003). *El Contrato en General*. Tomos I, II y III. Primera reimpresión. Lima: Editorial Palestra.
- DIEZ PICAZO, L. (2016). *El contrato en general*. Volumen II, tomo I. Madrid- España: Editorial Tecnos.
- LEÓN HILARIO, L. (2020). *COVID-19, crisis sanitaria y retos del Derecho Civil: Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales*. Gaceta civil y procesal civil. Revista La Ley on line. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9619/covid-19-crisis-sanitaria-y-retos-del-derecho-civil-entre-la-fuerza-vinculante-y-la-adecuacion-de-los-pactos-contractuales>
- TAMANÍ RAFAEL, C. (2020). ¿Debemos seguir pagando nuestras deudas? Las dificultades para el cumplimiento de los arrendamientos y préstamos bancarios debido a la pandemia de COVID-19. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9441/debemos-seguir-pagando-nuestras-deudas-las-dificultades-para-el-cumplimiento-de-los-arrendamientos-y-prestamos-bancarios-debido-a-la-pandemia-de-covid-19>.
- VEGA, Y. (2020). *El coronavirus, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad*. LP. Pasión por el Derecho. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/coronavirus-fuerza-mayor-excesiva-onerosidad/>

Efectos del COVID-19, en la tenencia compartida y el derecho de vistas

Effects of COVID-19, on shared tenure and the right of views

COLORADO HUAMÁN, William(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La patria potestad. III. Tenencia. IV. Tenencia compartida. V. Régimen de visitas. VI. COVID-19 (Coronavirus). VII. Efectos del COVID-19 en la tenencia compartida y derecho de visitas. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo analiza los efectos que viene produciendo el COVID-19, en las instituciones de amparo familiar, como es la tenencia compartida y el derecho de visitas; para tal efecto, se estudia las figuras de la patria potestad, tenencia, tenencia compartida y el derecho de visitas; como base para examinar supuestos concretos, donde es —casi— imposible materializar el contacto de los padres con sus hijos (y viceversa), producto de las medidas adoptadas por el gobierno (estado de emergencia y cuarentena); por lo que, se brinda recomendaciones para afrontar dicha situación; sin perjuicio de analizarse y ofrecerse sugerencias que permitan viabilizar las instituciones familiares, luego de concluida la cuarentena.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador extrajudicial. Con estudios concluidos de maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: wcoloradoh@unc.edu.pe.

Palabras claves: Familia, tenencia, tenencia compartida, derecho de visitas, coronavirus.

Abstract: *This article analyzes the effects that Covid-19 has been producing in family protection institutions, such as shared tenure and visitation rights; for this purpose, the figures of parental authority, tenure, shared tenure and the right of visits are studied; as a basis for examining concrete assumptions, where it is –almost- impossible to materialize the parents' contact with their children (and vice versa), as a result of the measures adopted by the government (state of emergency and quarantine); therefore, recommendations are offered to deal with this situation; notwithstanding analyzing and offering suggestions that make family institutions viable, after the quarantine has ended.*

Key words: *Family, possession, shared ownership, visitation rights, corona virus.*

I. Introducción

Producto de la ruptura de las relaciones familiares, suelen presentarse los conflictos más delicados y complejos que afronta el derecho de familia, al verse involucrados menores de edad; es así, que se han creado instituciones de protección familiar, como es la tenencia compartida y el derecho de vistas, que buscan viabilizar las facultades de la patria potestad, ante la separación de los progenitores.

Por otro lado, la aparición del Covid-19 (coronavirus), no solo viene afectando la vida de nuestros conciudadanos; sino que ha trastocado nuestra propia convivencia (en el ámbito laboral, social, profesional, educativo y familiar), al adoptarse medidas (estado de emergencia y cuarentena) que imposibilita el contacto físico; situación que viene fragmentado los lazos familiares.

En tal virtud, en esta oportunidad analizamos los efectos que produce el Covid-19, en la tenencia compartida y el derecho de vistas; para lo cual, hacemos un estudio conciso de la patria potestad (derecho y deber, que corresponde a los progenitores, para proteger los derechos e intereses de sus hijos); y las figuras de la tenencia, tenencia compartida y derecho de vistas (como herramientas para preservar las relaciones interfamiliares).

Con la base doctrinaria, nos enrumamos en examinar supuestos, donde en estos momentos es —casi— imposible la materialización del contacto entre padres e hijos; como consecuencia del estado de emergencia y el aislamiento social obligatorio; por lo que, brindamos recomendaciones para afrontar dicha situación, con la utilización de medios virtuales; sin perjuicio de analizar y ofrecerse también sugerencias que permitan viabilizar las instituciones familiares, concluida la cuarentena.

II. Patria potestad

Al constituir la familia⁽¹⁾ un medio de realización personal, uno de sus fines es el cuidado y la atención de sus integrantes, sobre todo de aquellos más vulnerables, como son los menores de edad, quienes, por su edad y características inofensivas, necesitan de una atención especial; amparo, que ha evolucionado con los años, donde los estados han tomado conciencia de la importancia en la protección de los infantes.

De este modo, producto de la filiación, surgen relaciones paterno filiales, que se traduce en la figura de la «patria potestad⁽²⁾», la cual, es concebida como aquel conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto de sus hijos e hijas⁽³⁾; cuyo objetivo, es el cuidado integral de los menores, que no pueden atender de manera personal sus necesidades⁽⁴⁾; siendo «los progenitores quienes realicen todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de sus hijos» (Canales, 2014, p. 15).

En la normatividad peruana, el artículo 418 del CC, la define como el deber derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Asimismo, el artículo 74 del Código del Niño y del Adolescente (CNA), establece un listado de estos deberes y derechos; a partir de ello, se puede advertir que esta

- (1) La familia, ha sufrido grandes cambios, ligados a la propia evolución del hombre y de la sociedad (Varsi, 2011, p. 16); lo que ha permitido, que su protección no solo se avoque a un grupo familiar (matrimonio), sino que se tutele otras formas familiares; cambio que se traduce en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los individuos que la conforman.
- (2) Etimológicamente el término *patria potestad*, proviene de raíces romanas, donde «patria» alude al *pater familia* y el término «potestad» denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, a partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no solo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole (Canales, 2014, p. 9).
- (3) Dentro de nuestra legislación, existe un tratamiento diferenciado; pues, cuando se habla hijos matrimoniales, la patria potestad, la ejercen de manera conjunta y simultánea los padres (artículo 419 del CC); es decir, marido y mujer con la excepción a esta regla, se da el supuesto de separación de hecho, divorcio por causal o invalidez del matrimonio (en estos supuestos, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confía) y por mutuo acuerdo. Cuando se trata de hijos extramatrimoniales, la patria potestad, la ejercen el padre que ha reconocido al hijo; si el reconocimiento lo han realizado ambos progenitores, el juez determinará a quien le corresponde la patria potestad toman en consideración la edad, el sexo y el interés del menor (artículo 421 del CC).
- (4) Por ello, Cornejo Chávez, afirma que esta institución, es una de amparo familiar y defensa del menor que no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad (1987, p. 177).

figura sólo corresponde a los padres, y en el caso que no pudieran ejercerla, serán llamados otros —familiares— a cuidar de los menores, bajo la figura de la tutela.

La doctrina, ha sido crítica con la denominación de esta institución⁽⁵⁾, al considerarla como el reflejo de la autoridad machista que históricamente ha sido ejercida por los varones en estructuras familiares patriarcales, donde el ejercicio de poder y jerarquía, que ha conllevado actos de violencia, no deseable en el entorno familiar. Pero, con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño⁽⁶⁾, se ha producido un cambio en el tratamiento jurídico de la niñez y la adolescencia. Al pasar de una situación irregular a una protección integral; por ende, en la fecha los niños y las niñas son vistos como sujetos de derecho, donde se debe priorizar sus intereses (*Interés Superior del Niño*), mereciendo una atención especial, dada su edad, que los coloca en una situación de vulnerabilidad⁽⁷⁾.

- (5) Atrás ha quedado la concepción tradicional de que la patria potestad se debe entender únicamente como el otorgamiento de derechos a favor de los padres respecto de sus hijos; hoy en día la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos, en otras palabras, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí (esto configura la denominada «relación jurídica de la patria potestad») y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del derecho de familia, que implica derechos y deberes correlativos (Canales, 2014, p. 27).
- (6) No olvidemos que el texto de nuestra Constitución Política, en el artículo 55, dispone «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Asimismo, la carta magna, en la cuarta disposición final y transitoria, establece: «Las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los acuerdos internacionales ratificados por el estado peruano, que contienen disposiciones sobre la familia son:
- A) Sistema Universal.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.
 - Convención contra toda Forma de Discriminación a la Mujer (CEDAW), que entró en vigor para el Perú el 13 de octubre de 1982.
 - La Convención de los Derechos del Niño (CDN), que entró en vigor para el Perú el 4 de octubre de 1990.
- B) Sistema Interamericano.
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.
 - Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (convención Belém Do Pará), que entró en vigor para el Perú el 4 de julio de 1996.
- (7) Aunando a lo expuesto, existe una seria controversia sobre la protección integral y el rol de cuidado de los padres respecto de sus descendientes; pues, se considera que el cuidado de

III. Tenencia

Cuando los padres viven juntos ejercen colectivamente las facultades inherentes a la patria potestad; sin embargo, ante diversos problemas, las relaciones pueden fragmentarse; generando daños a los integrantes de la familia, en especial a los niños, quienes desconocen sobre su futuro hogar y con quién vivirán, llegando al extremo de no tener contacto fluido y natural con el otro padre que no ostenta su guarda o custodia⁽⁸⁾ o al presentarse prohibiciones que obstaculicen alguna interacción⁽⁹⁾.

Por ello, cuando una pareja deja de convivir, se encuentra en la necesidad de decidir, en quién vivirá con el niño; en este contexto, surgen las figuras jurídicas, de la tenencia⁽¹⁰⁾ y el régimen de visitas. Sobre la primera, Varsi nos señala que es sinónimo de estar junto, tener al hijo a su lado; es una forma de convivencia inmediata del padre o madre con el hijo (2012, p. 304).

Por su parte, Rabadán indica que la tenencia se refiere a aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, para cuya realización se necesita la convivencia del progenitor con el niño o niña;

- los hijos corresponde tradicionalmente a las mujeres, la cual es asumida como un mandato de la naturaleza y que es fácilmente apreciada, pese a que realizan algún trabajo; sin embargo, en estos momentos podemos decir que los padres (varones) también pueden realizar dicha labor —de atención y protección— hacia sus descendientes y no por su género, pueden ser relegados.
- (8) Ahora dentro de nuestra legislación, el artículo 84 del CNA, equipara los términos «tenencia» y «custodia»; sin embargo, ello es un error, pues la tenencia es el atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos; y producto de dicho ejercicio, surge el deber de estos en custodiar a sus hijos, que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos; en cambio, la custodia viene a ser un deber de vigilar o custodia; en otras palabras, la tenencia es un derecho y la custodia es un deber.
- (9) Daños que se encuentran presentes en cada caso de separación; pero, nuestra legislación no la aborda pese a su notoriedad; consideramos que esta ausencia normativa merece ser tratada y proteger a las personas afectadas por dicha situación; teniendo como modelo, el caso de la legislación española e italiana, que abordan dicho escenario.
- (10) La doctrina, señala que resulta curiosa la denominación que se le otorga a esta institución asemejándola con la figura de los derechos reales, pues en dicho ámbito, «tenencia» alude a la posesión de un bien; es decir, el tener una cosa con ánimo de dueño; bajo dicho contexto, Aguilar indica que debería ir pensándose en otro término que se adecue más al concepto de relación personal, quizás cambiando el término por el de «derecho de mantener una relación personal con sus hijos», término amplio con el cual se incluye la convivencia, pero también la corresponsabilidad entre ambos padres sobre todo lo que concierne a los intereses de los hijos (p. 192). Por ello, considera que la diferencia, es que la tenencia para el derecho de familia, está amparada en un título que proviene del artículo 78 del CNA, inciso f, al expresarse que es derecho de los padres «tenerlos en su compañía, recurriendo a la autoridad si fuera necesario para recuperarlos», lo que no ocurre en el ámbito de los derechos reales.

donde el padre o madre tomará las decisiones inmediatas y trascendentales de la vida diaria del menor, referentes a la disciplina, actividades escolares, visitas a los amigos, etc. (como se citó en Fernández, 2013).

Pero, no es solo un derecho de los padres *-de poder vivir con sus hijos-*; sino también de los hijos, de vivir con sus progenitores y a no ser separado de ellos, a no ser que las circunstancias lo justifiquen⁽¹¹⁾. En tal virtud, para su materialización, se recurre a lo dispuesto por el artículo 81 del CNA, donde se expresa que la tenencia se determinará de común acuerdo entre los padres, tomando el parecer del hijo; en este escenario es conveniente una formula conciliatoria que se encamine a través del correspondiente procedimiento conciliatorio⁽¹²⁾; y de no existir acuerdo, será el juez quien decida, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 84 del CNA, donde se describe los siguientes parámetros:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable⁽¹³⁾.
- b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre⁽¹⁴⁾; y
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

(11) El artículo 8 del CNA, señala: «El niño y el adolescente tiene derecho a vivir, crecer, y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrá ser separado de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos».

Además, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, 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 o adolescente.

(12) Recordemos que el acuerdo conciliatorio, tiene la fuerza de una sentencia, tal como lo señala el artículo 328, en concordancia con el artículo 688 del Código Procesal Civil.

(13) Antes de plantearse una demanda de tenencia, se debe considerar la persona con quien el infante ha venido viviendo; pues, producto de dicha convivencia se ha generado un arraigo del menor respecto del padre o madre; aunado al ambiente gestado, sus relaciones personales con otros menores, la cercanía del colegio y demás aspectos; que nos lleva colegir que la convivencia llevada debe ser considerada en la decisión judicial; pues, de lo contrario, se genera un trauma para el menor al dejar de manera abrupta al padre o la madre con quien estuvo viviendo, además de su entorno social.

(14) De acuerdo a la doctrina este criterio fue basado en la corta edad del infante, siendo que su atención demanda preferentemente un cuidado especial por parte de la madre (periodo de amamantamiento, cuidados de salud, primeras comidas, cuidados higiénicos, etc.).

De esta manera, el magistrado luego de evaluar los hechos, la idoneidad de los progenitores (material y moral) y sobre todo el interés del menor, procederá a otorgar la tenencia a través de la correspondiente resolución. Agotadas las instancias respectivas de presentarse eventos que afecten los derechos del infante, la tenencia puede ser variada de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 82 del CNA.

IV. Tenencia compartida

En octubre del año 2008, mediante la Ley N.º 29269, se modifican los artículos 81 y 84 del CNA; a través de ello, se faculta al juez de familia, que conoce un caso de tenencia, el poder disponer una «tenencia compartida»; sin embargo, la modificación, no aporta mayor elemento o criterio que permita viabilizar esta nueva figura jurídica.

Ante ello, la doctrina se encarga de aproximarse a su significado; expresando que al ser la tenencia un derecho de los padres, que se resume en el hecho de convivir con el menor y poder ejercitar los atributos de la patria potestad; ocurre, que la *tenencia compartida*, no es otra cosa, que el compartir, repartir o dividir entre los progenitores, las atribuciones de la patria potestad; es decir, dividir el tiempo de convivencia con el hijo, bajo la regla del 50 % y 50 %; además de dividirse las decisiones sobre el desarrollo del infante.

Para Aguilar, quien ejerce a tenencia, no solo goza del derecho de vivir con el hijo, sino también ejerce los demás atributos que confiere la patria potestad, tales como dirigir el proceso educativo; guiar las relaciones con terceras personas, gobernar incluso las comunicaciones (en algunos casos viene llega a ser su único representante legal), corregir moderadamente, aprovechar los servicios de sus hijos, en cuanto ello no atente contra la salud, ni su proceso educativo, administrar sus bienes, entre otros (2009). Por ello, la tenencia compartida, no es solo la distribución del tiempo de convivencia del menor con sus progenitores; sino, la distribución completa de todas las facultades que se derivan de la patria potestad y las responsabilidades que ello acarrea, como si se tratara de una familia intacta o no afectada por la separación.

De este modo, la tenencia compartida, ha sido pensada, mirando los intereses del menor; quien el encontrarse en medio de la confrontación de sus padres, necesita que se salvaguarde sus derechos; y al ejercerse y distribuirse de manera adecuada los atributos de la patria potestad, podrá desarrollarse de la mejor manera; sin embargo, la realidad genera que sea difícil su aplicación; pues, las posturas de los padres impide ello; aunado a la inexistencia de criterios que permitan su materialización; dejándose a discreción del magistrado, quién entendemos evaluara

los recursos, las posibilidades, características personales, responsabilidades y sobre todo analizara lo más conveniente para el menor, quién con su opinión y deseo, permitirá la concretización de esta figura jurídica.

V. Derecho de visitas

Los padres tienen el derecho de participar en el desarrollo integral de sus hijos, y estos de contar con una familia y no ser separados de ella; en ese sentido, al otorgarse la tenencia del infante —a uno de los progenitores—, surge el derecho del otro padre, de tener contacto con su descendiente, lo cual se manifiesta a través del derecho de visita.

Este derecho consiste, en la posibilidad de entrevistarse periódicamente con los hijos, comprendiendo el uso de correspondencia postal o comunicación telefónica, la cual no puede ser controlada o interferida, salvo motivos serios y legítimos (Vásquez, 2013, p. 47); en otras palabras, aquel padre que no ejercer la tenencia de su hijo, tiene el derecho de relacionarse, contactarse y comunicarse con su vástago, con el objetivo de conservar las relaciones personales, permitiendo la continuidad de las mismas en el tiempo (Plácido, 2003, p. 513).

Por ello, el artículo 88 del CNA, establece: «*Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con pruebas suficientes el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria*⁽¹⁵⁾»; observamos que el legislador busca ofrecer, la oportunidad de participar en la formación de los hijos; sin perjuicio, de beneficiar al menor, al mantener sus relaciones afectivas con las personas que forman parte de su vida, al margen de los conflictos familiares que pudiera existir.

La materialización de este derecho, puede darse de común acuerdo entre los progenitores, plasmándose en el correspondiente acuerdo conciliatorio o por sentencia judicial, donde el juez de familia, será el encargado de establecer el respectivo «régimen de visitas» (considerando los días de semana, días festivos y disponibilidad de los padres); evaluando además: a) la relación de familia con el menor; b) el cumplimiento de la obligación alimentaria; c) el interés del menor; d) la edad del infante; e) opinión del menor y f) la calidad de quién lo solicita (padre o parientes) (Varsi, 2012, p. 320).

(15) Sobre la condición del incumplimiento de la obligación alimentaria, para el acceso al derecho al derecho de visitas, la doctrina al igual que la jurisprudencia, han señalado de manera contundente que no puede condicionarse; pues no cabe impedir al hijo de recibir las visitas de su padre o madre que no vive con él.

De acuerdo al artículo 88 del CNA, esta prerrogativa se extiende también a otros parientes; pues, se indica: «*Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre*». En el mismo tenor, el artículo 90 del mismo cuerpo legal precisa: «*El régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique*».

Dada la trascendencia, su incumplimiento da lugar a los apremios de ley, y en el caso de resistencia, puede originar incluso la variación de la tenencia, tal como los dispone el artículo 90 del CNA; con ello, se busca sancionar al padre o madre, que desobedece el régimen de visitas (Varsi, 2012, p. 325), al perjudica los derechos de su propio hijo.

VI. Covid-19 (Coronavirus)

En el mes de diciembre del año 2019, diversos medios de comunicación nacionales como internacionales, reportan que en la ciudad de Wuhan - China, se presentaba un paciente infectado por un patógeno⁽¹⁶⁾, que afectaba directamente al sistema respiratorio; creyéndose en un inicio que era el rebrote de otro virus (SARS⁽¹⁷⁾), se dio poca importancia a dicha situación; pese a la alerta que habían realizado ciertas personas⁽¹⁸⁾.

(16) Según los diversos reportes de los medios de comunicación, este virus apareció en el mercado de la provincia de Wuhan - China, y el primer paciente, sería una persona de 55 años, que se habría infectado a mediados de noviembre del año 2019.

(17) El síndrome respiratorio agudo grave o SARS, es una enfermedad respiratoria viral causada por un coronavirus. La primera vez que se informó sobre ella, fue en Asia en febrero de 2003. A los pocos meses la enfermedad se propagó en más de dos docenas de país en Norteamérica, Suramérica, Europa y Asia. Según la OMS, un total de 8 098 personas en todo el mundo se enfrentaron a esta enfermedad durante el brote de 2003, de la cual 774 personas fallecieron. Los síntomas era fiebre, dolor de cabeza, una sensación de incomodidad y dolor en el cuerpo; siendo que algunas personas experimentaban síntomas respiratorios leves. Pero la mayoría contrae neumonía (inflamación de los pulmones, causado por la infección de un virus o una bacteria, que se caracteriza por la presencia de fiebre, escalofríos, dolor intenso en el costado afectado del tórax y expectoración).

(18) Es el caso del oftalmólogo Li Wenliang, quien fue uno de los primeros en alertar a sus compañeros de profesión sobre la aparición de este nuevo virus; si bien en aquel momento no se sabía lo que estaba enfrentando, en su mensaje del 30 de diciembre del año 2019, recomendaba que se tuviera cuidado con una nueva enfermedad misteriosa, recomendando usar ropa protectora para evitar contagios. Cuatro días más tarde recibió la visita de funcionarios de la oficina de Seguridad Pública, quienes lo obligaron a firmar una carta donde lo

Para el mes de enero del año 2020, se da cuenta del primer fallecido y el incremento exponencial de personas infectadas por esta patología; ante ello, las autoridades chinas toman acciones, como identificar a las personas que presentan ciertos síntomas (tos, fiebre o malestar); sin embargo, su accionar no es fructífera, ya que los casos siguen creciendo y ahora, están en otras ciudades, alcanzando incluso a otros países, como España, donde el 5 de enero, reporta su primer caso, catalogándolo como una simple gripe; igual suerte, ocurre en Italia, donde consideran que dicha enfermedad será tratada con las respectivas herramientas sanitarias.

El 19 de enero del año 2020, se logra identificar al virus, catalogándolo como «COVID-19»; por su parte, el 30 de dicho mes, la Organización Mundial de la Salud⁽¹⁹⁾ (OMS), procede a emitir la alerta mundial, dado los reportes diarios de contagiados y fallecidos en los diversos países del mundo; y para el mes marzo, se la declara como una «pandemia», lo que genera que diversos estados, declaren el aislamiento social obligatorio, como estrategia, a fin de poder aislar a sus conciudadanos y así evitar más contagios.

Producto de las investigaciones científicas, la OMS, ha podido concluir que el Covid-19, es una enfermedad infecciosa que afecta a los pulmones. Los síntomas comunes son: fiebre, cansancio y tos seca. Pero, en algunos pacientes puede presentarse dolores, congestión nasal, dolor de garganta y diarrea; señales que pueden ser leves al aparecer de forma gradual; llegando incluso, a no desarrollar ningún síntoma o presentar malestar (pacientes asintomáticos). Existiendo una mayor probabilidad que el virus se desarrolle y cause la muerte, en aquellas personas mayores, que padecen afecciones medicas subyacentes como hipertensión arterial, problemas cardiacos o diabetes.

La propagación del Covid-19, se produce por el contacto que se tiene con una persona infectada *-portadora del virus-*, que expulsa el patógeno a través de gotitas

acusaban de hacer comentarios falsos, advirtiéndole que dejara de hacer cualquier otro tipo de manifestación sobre el tema. El 10 de enero de 2020, este médico comenzó a presentar síntomas, siendo hospitalizado. Por su parte, el 20 de enero, China declara la emergencia sanitaria, por el virus, denominado Covid-19; de manera paralela, Li, era sometido a diversas pruebas para ver si se encontraba contagiado obteniéndose resultados negativos; sin embargo, el 30 de enero, este médico informaba por las redes sociales que había dado positivo y pese al tratamiento recibido, el 6 de febrero falleció. Causando una seria conmoción al conocerse su historia, y por la forma como el estado chino, había tratado de callarlo.

(19) La Organización Mundial de la Salud, es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en la salud. Entrando en vigencia el 7 de abril de 1849, fecha que es conmemorada como el Día Mundial de la Salud.

procedentes de su nariz o boca, al momento de estornudar, toser o exhalar. Estas incluso pueden caer sobre objetos y superficies; de modo, que otras personas (sanas) pueden contraer el virus, al tocar esos objetos o superficies y luego tocarse los ojos, la nariz o la boca.

Dada la forma de contagio, se ha recomendado que las personas se queden en sus hogares y en el supuesto que interactúen con otras, deben llevar un protector de boca o nariz, lavarse las manos con agua y jabón o usar un desinfectante a base del alcohol, manteniendo una distancia mínima de un metro entre individuos.

Pero, como los síntomas del Covid-19, son similares a un resfrió, es difícil identificarlo; por lo que, de acuerdo a la doctora Carmen Sofia Arriolla, epidemióloga de los Centro de Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos, cuando surgió el patógeno, lo primero que se hizo fue estudiar su código para detectar marcadores genéticos que permitan identificarlo; a partir de ello, se ha podido desarrollar dos pruebas: la primera llamada, *pruebas serológicas* o «*pruebas rápidas*», que ofrecen el resultado en 10 minutos; y, las segundas denominadas *pruebas moleculares*, que tardan entre dos a tres horas en dar una respuesta en laboratorio.

Bajo lo expuesto, las pruebas serológicas detectan la respuesta inmunológica contra el patógeno; pues, a través de una gota de sangre, el test, advierte los anticuerpos que produce nuestro organismo, mientras está respondiendo o ha respondido en algún momento a esta infección; estos anticuerpos son los IgM (inmunoglobulina M) y los IgG (inmunoglobulina G), que se adhieren al virus para desactivarlo o eliminarlo. Pero, no se puede confiar en esta prueba, ya que solo logra decir que una persona esta contagiada, cuando el virus se ha desarrollado; por ende, la OMS, no recomienda este análisis para diagnosticar a un paciente. La razón, es que el organismo puede tardar al menos diez u once días en liberar los anticuerpos IgM y los IgG, y si se toma al inicio del contagio, cuando no se han liberado las defensas del cuerpo, existe una gran probabilidad que el resultado sea negativo⁽²⁰⁾.

Por su parte, las pruebas moleculares, conocidas como pruebas de reacción en cadena de la polimerasa, son las que actualmente recomienda la OMS para confirmar los casos vigentes de Covid-19; pues a través de ella, se detecta de manera directa el ARN (ácido ribonucleico) del virus, en las secreciones respiratorias del paciente y con el resultado positivo, se puede aislar al infectado, atendiéndolo en el avance de la enfermedad.

(20) En nuestro país, el Instituto Nacional de Salud, especifica que usa las pruebas serológicas para detectar infecciones pasadas para facilitar la vigilancia de la pandemia e identificar potencialidades inmunológicas.

VII. Efectos del covid-19 en la tenencia compartida y derecho de vistas

La OMS, ha precisado que una forma de atacar al virus, es con la identificación de aquellas personas infectadas y manteniendo aisladas a las personas sanas; es así, que el 6 de marzo del año 2020, nuestro país reporta la primera persona infectada por Covid-19, la misma que había retornado de Europa (España, Francia y Republica Checa); por lo que, se dio la atención respectiva, ejecutándose el plan de respuesta a la enfermedad; además de activarse los protocolos en aeropuertos y terminales marítimos; sin embargo, el paciente cero, antes que conocer su enfermedad, tuvo contacto con sus familiares, quienes fueron puestos también en cuarentena⁽²¹⁾.

La expansión del virus ha continuado, registrándose más casos; por lo que, a fin de evitar la propagación, el Presidente de la República, el día 14 de marzo, declara el estado de emergencia, durante 15 días⁽²²⁾, limitándose los derechos fundamentales de la libertad, la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio nacional; generando con ello, el aislamiento social obligatorio (cuarentena), como método para que el virus no se extienda; disponiendo, la intervención de las fuerzas armadas para el fiel cumplimiento del régimen de excepción.

Esta situación ha repercutido en nuestras vidas; pues, hemos visto afectado nuestro ámbito laboral, profesional e inclusive educativo, con la modalidad de clases virtuales; pero, sobre todo ha conmovido las relaciones personales; pues, por un lado, ha fortalecido los lazos familiares, donde el grupo familiar, es el soporte material y emocional a cada uno de nosotros; pero, por otro lado, se ha fragmentado también los lazos familiares; donde los menores de edad, son los más perjudicados, al no poder relacionarse con sus padres.

Es así, que un tema sumamente delicado es discutir la tenencia y el derecho de vistas de un menor de edad; antes de la pandemia, este tipo de procesos judiciales, tenía una duración de dos a tres años aproximadamente; periodo de tiempo, en el cual, los infantes, no podían tener contacto directo con el padre o madre con el cual no vivían; agravándose esta situación por la influencia negativa que sembraba uno de los padres, para que el menor se indisponga o rechace al otro progenitor

(21) El Ministerio de Salud, el día 19 de marzo, informaba sobre el primer paciente fallecido a causa de esta infección, el cual era, un varón de 78 años con antecedentes de hipertensión arterial. Esta persona había ingresado a la unidad de cuidados intensivos del Hospital de la Fuerza Aérea del Perú, el 17 de marzo, al presentar insuficiencia respiratoria severa, pero a los dos feneció.

(22) Periodo de tiempo que ido prorrogándose, estando vigente en estos momentos, hasta el 30 de junio de 2020.

(síndrome de alienación parental); y, en el mejor de los casos, cuando se establecía la tenencia y el correspondiente régimen de vistas; el padre beneficiado impedía o frustraba que el progenitor se acerque a su hijo.

Esta situación ha empeorado producto de la expansión del Covid-19 y el aislamiento social obligatorio; a fin de poder analizar los efectos de esta situación en las instituciones de la tenencia compartida y el derecho de vistas, debemos disgregar nuestro análisis en dos momentos, *el primero, tiene que ver con aquellos padres que aún no tienen establecida una tenencia compartida o un régimen de vistas a su favor y desean materializarlo en estos momentos*; esto, al no haber podido llegar a un consenso o acuerdo con su ex pareja.

Con la entrada en vigencia del régimen de excepción, si bien se han suspendidos nuestros derechos; ello no ha ocurrido con el derecho de acción y la tutela jurisdiccional efectiva, que tiene cada persona; por otro lado, es cierto que las instancias judiciales se encuentran paralizadas; sin embargo, se han activado órganos de emergencia, donde, se podría invocar la aplicación de la Ley N.º 30364 —Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar—; peticionándose la medida cautelar de régimen de visitas provisional, encaminándose dicho pedido a través de la mesa de partes virtual habilitada por el ente judicial.

El segundo momento, tiene que ver con aquellos padres que tienen establecida la tenencia compartida o un régimen de vistas a través de un acuerdo conciliatorio o por mandato judicial (que son de obligatorio cumplimiento); aquí nuestro análisis en más complejo; pues, se debe analizar caso por caso; sobre todo, tiene que haber disponibilidad de ambos padres; presentándose los siguientes escenarios:

- a) *Cuando se ha establecido que el padre o la madre, deben retirar al menor, para permanecer con él algunos días* (externamiento): si bien, la tenencia compartida, como el régimen de vistas son esenciales y obligatorios, para compartir un tiempo con los hijos, y estos tengan un buen desarrollo psicológico. Al materializar estas figuras jurídicas en estos momentos, conllevaría incumplir con la cuarenta; pues, tendría que trasladarse de un lugar a otro; además, se expondría al menor, a un grave peligro de contagio por este nuevo virus, al desplazarse por lugares de bastante afluencia de personas (mercados, bancos, farmacias, centros de salud, etc.); ocasionando un serio perjuicio en su salud; por ende, los padres deberán analizar y decidir si es conveniente retirar al hijo o hija del hogar donde se encuentra en estos momentos. Lo más recomendable, es la habilitación de medios de comunicación virtual, como mensajes de texto, video llamadas o comunicación telefónica, que permita la interacción fluida.
- b) *Cuando se ha establecido que el padre o la madre, deben tener contando con el menor, en un determinado horario, entre los días de la semana* (sin externamiento): al igual

que el supuesto anterior, es sumamente riesgoso que el padre se traslade, recoja y devuelva al menor (el mismo día); más si se tiene que utilizar transporte público o transitar por lugares donde se no respeta la distancia social; por ende, en este escenario, serán los padres quienes tendrán que valorar, en preservar la salud de todos y en especial del menor. Por lo que, se recomienda que los progenitores habiliten un canal de diálogo, con los mecanismos virtuales y a través de ellos se genere el acercamiento.

- c) *Cuando se ha establecido que un régimen de vistas, en compañía de la asistente social del juzgado:* en este supuesto, el cumplimiento del mandato judicial, está sujeto a la presencia del personal del juzgado de familia, que en estos momentos no se encuentra laborando; por ello, es imposible su ejecución.
- d) *Cuando el padre o madre beneficiaria con la tenencia compartida o régimen de vistas, se encuentra infectado o existe algún familiar contagiado de Covid-19 en su entorno familiar:* aquí, existe un problema sumamente serio; pues, no se le puede exigir al menor que no abrace a su padre o madre, a sus abuelos y demás familiares (tíos, primos, etc.); por ello, ante el alto grado de contagio, se debe optar por evitar cualquier contacto personal; optándose por medidas alternativas, como son los medios de comunicación virtuales (llamadas telefónicas y video llamadas).
- e) *Cuando cerca de la vivienda o dentro del edificio donde vive el padre o madre beneficiaria con la tenencia compartida o régimen de visitas, existe algún vecino infectado de covid-19:* en este escenario, la tenencia compartida o el régimen quedaran a evaluación de los padres; en el supuesto de que se garantice los protocolos de seguridad (llevar mascarilla, lavarse las manos con agua o jabón, o algún desinfectante en gel, antes de llevarse las manos a la cara; mantener un metro de distancia con otras personas; evitándose el tránsito por lugares considerados como fuentes de infección), podría llevarse a cabo; siempre y cuando se haya descartado que otros individuos cercanos a la vivienda o el edificio presenten síntomas.
- f) *Cuando El padre o la madre beneficiado con la tenencia compartida o régimen de visitas, vive cerca del menor beneficiado:* en este supuesto dada la cercanía de los sujetos involucrados, es factible la materialización del contacto corporal entre padre o madre y los hijos.

Finalmente, el último aspecto a tratar, tiene que ver con analizar el escenario correspondiente a encaminar la tenencia compartida o régimen de visitas, luego de concluida la cuarentena; para tal efecto, se debe tener presente que toda la decisión, en primer lugar, lo tendrán los padres quienes, al margen de sus posturas e intereses personales, deben preservar las relaciones interfamiliares, ayudando al mejor desarrollo personal de sus hijos. Por ello, se recomienda la utilización de mecanismos alternativos al proceso, como es la conciliación.

Ante la falta de acuerdo y tiene que judicializar el conflicto de intereses; por ello, el Poder Judicial, debe reformar la forma de trabajo que se venía llevando a cabo, recomendándose lo siguiente:

- a) Como primer paso, se debe *virtualizar el proceso*, a través de una mesa de partes *on line*, que permita presentar escritos y ofrecer los medios de prueba respectivos, sin perjuicio habilitar el expediente judicial electrónico, que permita incluso la revisión de manera virtual por los abogados defensores;
- b) Como segundo paso, de debe *agilizar o simplificar el proceso*, siendo que en el mismo auto admisorio, se debe señalar la fecha de la audiencia única; además, de disponerse que al equipo técnico (psicóloga y asistente social) realicen de forma inmediata los informes respectivos, los cuales deben ser sustentados en la audiencia;
- c) El tercer paso, tiene que ver con la *audiencia única virtual*, donde se garantice que todas las partes involucradas accedan a la misma; y,
- d) En cuarto lugar, se debe viabilizar *la oralidad dentro del proceso*, como técnica a utilizar por los sujetos procesales y órganos de auxilio judicial, a fin de hacer las propuestas de acuerdo conciliatorio, oralizar los medios de prueba, sustentar los informes multidisciplinarios, emitir el respectivo dictamen fiscal y finalmente, a través de un lenguaje amigable, el magistrado pueda emitir la parte resolutive de su decisión o en el mejor de los casos la totalidad de la sentencia.

VIII. Conclusiones

1. Producto de la filiación y el reconocimiento de un menor de edad, se genera derechos y deberes (patria potestad) entre los padres y los hijos, que se traduce en la protección integral y la toma de decisiones en beneficio de los infantes; y ante la fragmentación de las relaciones interpersonales, surgen instituciones de amparo familiar (tenencia compartida y derecho de vistas) que buscan preservar los derechos del menor de edad.
2. La aparición y propagación del Covid-19, ha trastocado nuestra forma de vida (laboral, profesional, social, educativo y familiar), fortaleciendo los lazos familiares; pero también debilitando los mismos, al impedir el contacto físico entre padres e hijos sujetos a una tenencia compartida o régimen de vistas. Por ello, se recomienda la utilización de mecanismos virtuales (mensajes de texto, video llamadas o comunicación telefónica) a fin de preservar las relaciones familiares.
3. Dada la nueva convivencia social, por la presencia del Covid-19, los conflictos personales deben ser abordados por lo participes, priorizándose los acuerdos

que estos lleguen; y en el peor de los casos, el conflicto de interés deberá ser tratado, con medios logísticos virtuales que el Poder judicial habilite, para hacer viable instituciones sustantivas y procesales.

IX. Lista de referencias

- BBC NEW MUNDO. (25 de abril de 2020). *Tests de coronavirus: como son las pruebas serológicas y moleculares para detectar el covid-19 y que ventajas e inconvenientes tienen*. BBC News Mundo. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52361548>.
- CANALES, C. (2014). *Patria potestad y tenencia – nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial gaceta jurídica.
- CORNEJO, H. (1987). *El derecho familiar peruano*. 2 tomos. 6.ª ed. Lima, Perú: Editorial studium.
- FERNÁNDEZ, M. (2013). *Manual de derecho de familia*. Primera edición. Lima, Perú: editorial fondo editorial pontificia universidad católica del Perú.
- PLÁCIDO, A. (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Primera edición. Lima, Perú: editorial gaceta jurídica.
- VARSÍ, E. (2012). *Tratado de derecho de familia*. 4 tomos. Primera edición. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Artículos jurídicos

- AGUILAR, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. En: [file:///C:/Users/user/Downloads/17425-Texto%20del%20art%C3%ADculo-69151-1-10-20170503%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/17425-Texto%20del%20art%C3%ADculo-69151-1-10-20170503%20(2).pdf).
- VÁSQUEZ, H. (2013). El régimen de visitas en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *El derecho de familia en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 1(01), pp. 45-64.
- HEGARTY, S. (7 de febrero de 2020). *Coronavirus en China: quién era Li Wenliang, el doctor que trató de alertar sobre el brote (y cuya muerte causa indignación)*. Servicio mundial de la BBC. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51371640>
- HOWARD, L. (11 de marzo de 2020). ¿Qué es una pandemia – Covid-19? CNN. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2020/03/11/que-es-una-pandemia/>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2020). *Covid-19*. Recuperado de <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

¿Se suspende la obligación alimentaria en el actual estado de emergencia instaurado por parte del gobierno peruano ante el brote del COVID-19?

Is the food obligation suspended in the current state of emergency instituted by the peruvian government in the face of the COVID-19 outbreak?

ORDÓÑEZ BRINGAS, Isaac Ricardo(*)

SUMARIO: I. Introducción II. Escenario nacional actual de la pandemia del COVID-19 III. La dignidad humana como fundamento del derecho a los alimentos. IV. Régimen jurídico del derecho de obligaciones en el estado de emergencia. V. La obligación alimentaria y estado de emergencia. VI. Procedencia de la suspensión del derecho alimentario en el actual régimen de excepción. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo parte del análisis que se efectúa dentro del estado de emergencia instaurado por parte del gobierno peruano, concretamente por los derechos fundamentales que se encuentran en gran medida

(*) Abogado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente de pregrado en la citada casa superior de estudios. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Cajamarca. Email: isrordz17@gmail.com.