



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC
LIMA
L.F.H.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de diciembre de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nora Rosario Heredia Muñoz a favor de su menor hijo, identificado con iniciales L.F.H., contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 481, su fecha 7 de junio de 2010, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de abril de 2010 la recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de su menor hijo de iniciales L.F.H., y la dirige contra don Mariano Fiorentino Flagiolo, padre del menor, por haber incumplido el acuerdo mutuo de transacción extrajudicial celebrado el 5 de noviembre de 2005, que indicaba que la tenencia y custodia de menor estaría a su favor. Alega vulneración de los derechos constitucionales de su menor hijo a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, a la educación y al libre desarrollo de su personalidad.

Refiere la recurrente que durante los días 6 y 10 de abril, cuando se encontraba en un evento en México, en razón de un premio ganado por su trabajo y habiendo dejado provisionalmente la custodia de su menor hijo a su padre, se presentó el emplazado ante la división de personas desaparecidas de la DININCRI interponiendo una denuncia por “secuestro”, con la finalidad de ubicar a su hijo. Señala que el día 10 de abril de 2010, en horas de la mañana, en las inmediaciones del parque de diversiones “Cooney Park” en San Miguel, efectivos policiales de la “División de Personas Desaparecidas”, que no se identificaron, sometiendo violentamente a su padre y le sustrajeron al menor. Alega que a pesar de que supuestamente se había interpuesto una denuncia, su padre ni ella nunca fueron citados por la Policía, y que ello tuvo como único propósito sustraer al menor, desconociéndose el acuerdo sobre tenencia vigente. Añade que el demandante mantiene cautivo e incomunicado a su menor hijo, quien ha dejado de asistir al Colegio Trilce, donde se encuentra matriculado; solicita por ello que se disponga que se le entregue al menor afectado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC
LIMA
L.F.H.

Realizada la investigación sumaria, se efectuó una constatación en el domicilio del accionado, donde la persona entrevistada refirió que el favorecido se encuentra con su padre pero no está en dicho momento en el inmueble. Por su parte, el accionado, a fojas 220, reconoció que se encuentra con su hijo desde el 10 de abril de 2010, luego de la denuncia que interpuso porque su hijo no estaba en poder de su madre, a favor de quien se había dado la tenencia, sino en poder de su abuelo materno.

Con fecha 5 de mayo de 2010 el Decimocuarto Juzgado Penal de Lima declaró fundada la demanda de hábeas corpus y ordenó que el menor sea entregado de manera inmediata a su madre.

La Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que el hábeas corpus no es la vía idónea para ordenar la restitución de tenencia del menor y que no existe en autos prueba alguna sobre que la integridad del menor se encuentre en peligro.

FUNDAMENTOS

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene al emplazado, padre del menor favorecido, que proceda a entregar a su menor hijo, identificado con iniciales L.F.H., a su madre, quien actualmente ostenta la tenencia del menor.

Tenencia de menor y justicia constitucional

2. De manera previa a la dilucidación de la controversia, resulta necesario emitir pronunciamiento acerca de la posibilidad de conocer a través del hábeas corpus demandas relacionadas con la tenencia de menores por parte de sus padres.
3. Al respecto, en primer lugar resulta necesario destacar que la dilucidación de temas relativos a la tenencia son *prima facie* competencia exclusiva de la justicia ordinaria. Ello a su vez resulta conforme con el criterio ya asentado en la jurisprudencia de este Tribunal en relación con hábeas corpus contra resolución judicial, en el sentido de que no es posible acudir a esta vía con la finalidad de que la justicia constitucional determine la responsabilidad penal; del mismo modo, no es posible acudir al hábeas corpus para que –so pretexto de una indebida retención del menor- este Tribunal termine decidiendo a quién le corresponde la tenencia. Sobre la base de ello es que este Tribunal ha declarado la improcedencia de varias demandas de hábeas corpus, por cuanto se advirtió que lo que subyacía era discusiones sobre la tenencia (Cfr. Exps. N°s 862-2010-HC, fundamento 3, 400-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC
LIMA
L.F.H.

2010-HC, fundamento 3, entre otros).

4. Sin embargo, ello no implica que toda demanda de hábeas corpus relacionada con la tenencia carezca *per se* de relevancia constitucional. Así, este Tribunal en otras ocasiones ha declarado fundadas demandas en las que se ha impedido el contacto de los hijos con uno de los padres porque ello vulneraba el derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño (Exp. N.º 1817-2009-HC). De modo análogo, este Tribunal Constitucional ha emitido sentencias de fondo en casos de retención indebida de ancianos por parte de familiares (Cfr. Exps. N.ºs 5003-2009-HC/TC, 1317-2008-PHC/TC, 4169-2009-HC). Ahora bien, no se trata que el hábeas corpus se convierta en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia, sino que en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y otros derechos fundamentales.

El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella

5. Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual “*el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”, así como en su artículo 9.1, que establece que “*los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos*”, derecho reconocido también expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que “*el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia*”.
6. Asimismo, este Colegiado ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC
LIMA
L.F.H.

del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (Cfr. Exp. N.º 1817-2009-HC, fundamentos 14-157).

El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

7. Asimismo el Tribunal Constitucional, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de 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 seguridad moral y material”, ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social.
8. Así, la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar “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”. Al respecto es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad. (Cfr. Exp. N.º 1817-2009-HC, fundamentos 18-20).

Sobre la pretendida sustracción de materia

9. Se aprecia del cuadernillo del Tribunal Constitucional que con fecha 25 de noviembre de 2010 la parte demandada ha presentado un escrito solicitando se declare la sustracción de la materia, por cuanto el favorecido ya estaría bajo la custodia de su madre; a tal efecto presenta copias de un acta de entrega del menor en cuestión realizada el 29 de mayo de 2010 ante la Delegación Policial de Huachipa en cumplimiento de la sentencia de hábeas corpus que declaró fundada la demanda. Se observa entonces que si bien obra en el expediente el acto de entrega del menor, dicha diligencia se realizó como consecuencia de la sentencia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC
LIMA
L.F.H.

estimatoria de primera instancia, emitida en el presente proceso de hábeas corpus, pronunciamiento que ha sido revocado por la Sala superior, habiendo por ello la recurrente interpuesto el recurso de agravio constitucional. Por ende de ninguna manera puede señalarse la existencia de sustracción de la materia, puesto que la sentencia estimatoria (por la que se dispuso la entrega del menor) fue revocada, siendo precisamente la razón por la cual la recurrente viene a esta sede a cuestionar dicha decisión, de modo que este Colegiado está habilitado para emitir un pronunciamiento de fondo.

Análisis del caso concreto

10. Tal como se señaló *supra*, la presente sentencia no tiene por objeto dilucidar a cuál de los dos padres le corresponde la tenencia del menor, ni evaluar, sobre la base de las normas que rigen el derecho de familia, la pertinencia de haberse dejado al menor al cuidado del abuelo materno. Antes bien, de lo que se trata es de dilucidar si el emplazado ha atentado contra los derechos del favorecido.
11. En el presente caso, tal como consta de autos, se advierte que el menor fue sustraído a través de un operativo policial irregular, en el que bajo el pretexto de un supuesto secuestro, cuando el menor se encontraba bajo la custodia de su abuelo materno, fue sustraído de modo traumático. Asimismo, conforme consta en la propia declaración del emplazado, luego de producido el hecho siguió reteniéndolo, imposibilitándole que mantenga contacto con su madre, lo que, conforme a anteriores pronunciamientos de este Tribunal constitucional, vulnera el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (cfr. exp. N° 1817-2009-HC, funds 18-20). Al respecto, si el padre tiene razones para cuestionar la tenencia a favor de la madre, debió de acudir a las vías legales en lugar de sustraer al menor de modo traumático e impedir el contacto con su madre.
12. Es por ello que este Tribunal Constitucional considera que la demanda debe ser estimada, debiéndose proceder a la entrega del menor a su madre.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC
LIMA
L.F.H.

2. Ordenar a don Mariano Fiorentino Flagiello que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas L.F.H. a doña Nora Rosario Heredia Muñoz, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI**

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR