

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURIDICA N°
00041-2016, E-2792, DEMANDA DE RECONOCIMIENTO DE
TENENCIA

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que
presenta:

Lidia Carolina Flores Angeles

REVISOR :

María Consuelo Barletta Villarán

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **María Consuelo Barletta Villarán**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

INFORME **SOBRE** **EXPEDIENTE** **DE** **RELEVANCIA** **JURIDICA** **Nº**
00041-2016, **E-2792,** **DEMANDA** **DE** **RECONOCIMIENTO** **DE** **TENENCIA**

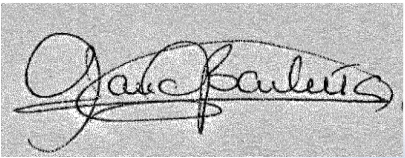
del/de la autor (a)/ de los(as) autores(as) **Lidia**

Carolina Flores Angeles

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **30 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **14/1/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 22 de mayo de 2025**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Barletta Villarán María Consuelo	
DNI: 09445000	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8583-7309	

Resumen

El presente trabajo de investigación jurídica versa sobre el proceso judicial interpuesto por Nestor Raúl Quispe Quispe contra Rosalía Fernandez Huaman, respecto al reconocimiento de tenencia de S.L.Q.F., quien al interponerse la demanda contaba con 5 años de edad.

La motivación de este informe se fundamenta en el precedente judicial emitido por la Corte Suprema de Justicia, el cual reconoce la tenencia a favor del progenitor, al no encontrarse la progenitora facultada para su ejercicio, tomando en consideración el comportamiento de la madre frente a su hija y el peligro latente al que la exponía.

Los dos objetivos del presente trabajo son los siguientes: 1) Determinar si los magistrados aplicaron los criterios establecidos en el artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes antes de la modificación a la figura de la tenencia realizada por la Ley N° 31590, para determinar la tenencia de la niña, 2) Determinar si los magistrados aplicaron de manera idónea el interés superior de la niña. Para ello, utilizaré un enfoque doctrinario y jurisprudencial a fin de obtener respuesta a los objetivos formulados.

Con ello, podemos concluir que la normativa en los procesos judiciales de tenencia no es imperativa; por el contrario, es flexible y se adecúa a lo que favorece al niño, niña y adolescente, tomando en cuenta su interés superior. Los criterios establecidos en el artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes resultan ser aplicados por seguridad jurídica en atención al interés superior del niño, y su aplicación podrá variar dependiendo del caso concreto.

Índice de contenido

I. INTRODUCCIÓN	3
1.1 Identificación de áreas del Derecho involucradas	3
1.2 Justificación de la elección del expediente	4
1.3 Hechos del caso	5
1.3.1 Demanda.....	5
1.3.2 Informe psicológico N° 76-2016-PS-EMD- CSJC-PJ	6
1.3.3 Contestación de la demanda	8
1.3.4 Audiencia Única	8
1.3.5 Declaración Testimonial	10
1.3.6 Sentencia	11
1.3.7 Recurso de Apelación	12
1.3.8 Sentencia de Vista.....	13
1.3.9 Recurso de Casación	14
1.3.10 Decisión de Casación	15
II. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS	16
III. DESARROLLO Y TOMA DE POSTURA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:	17
3.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó correctamente los criterios establecidos en el artículo 84 del CNA para determinar la tenencia de la niña?	17
3.1.1. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó correctamente el literal a) del artículo 84 del CNA?	34
3.1.2. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó otros criterios para determinar la tenencia?.....	49
3.1.3. ¿Los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco son acorde al interés superior de la niña?	53
3.2 SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó de manera idónea el interés superior de la niña?	58
3.2.1 ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco evaluó y determinó los elementos necesarios para aplicar el interés superior del niño?	61
3.2.2. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco respetó el derecho de la niña a expresar libremente su opinión y a ser escuchada?.....	78
3.2.3. ¿La decisión de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco garantiza el desarrollo integral de la niña?	92
IV. CONCLUSIONES	96
V. BIBLIOGRAFÍA	101
VI. ANEXOS	110

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los progenitores se encuentran separados de hecho, la tenencia de los hijos menores de edad deberá ser determinada de común acuerdo, salvaguardando su interés superior; y, escuchando y tomando en cuenta sus opiniones. En caso los progenitores no lleguen a un consenso sobre la tenencia o ésta resulte perjudicial, será el juez especializado en derecho de familia quien determinará si otorga la tenencia exclusiva o compartida a uno de los progenitores, salvaguardando en todo instante el interés superior del niño, niña o adolescente (NNA).

En el plano ideal, los progenitores recurren a una conciliación extrajudicial en la cual ambos, de mutuo acuerdo, deciden qué es lo mejor para el NNA; tomando en consideración su opinión. Sin embargo, existen aquellos padres que para resolver la controversia recurren como primera opción a los juzgados especializados de familia, incrementando la carga procesal que tienen nuestros magistrados del Poder Judicial.

Los criterios para determinar esta institución del derecho de familia han variado a lo largo del tiempo, sin embargo, nos enfocaremos en el análisis de éstos antes de la modificación a la figura de la tenencia realizada por Ley N° 31590, Ley que regula la tenencia compartida, modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y adolescentes.

1.1 Identificación de áreas del Derecho involucradas

El análisis del Expediente N° 00041-2016-0-1001-JR-FC-03 al versar sobre la determinación de la tenencia, requiere un enfoque multidisciplinario que enlaza el derecho de familia y el derecho de los niños, niñas y adolescentes, los cuales analizaremos detalladamente:

Derecho de familia.- El presente caso versa sobre derechos de los integrantes del grupo familiar, dando un enfoque primordial a la protección de los derechos de los NNA. Se han analizado, primordialmente, las instituciones del derecho de familia: patria potestad, tenencia y régimen de visitas, priorizando el derecho del niño, niña y adolescente (en adelante, NNA) a no ser separado de uno o ambos padres, así como a mantener y fortalecer las relaciones personales y de contacto con ambos progenitores de modo regular, siempre que ello no sea contrario a su interés superior.

Derecho de los niños, niñas y adolescentes.- Al verse involucrada una niña en el proceso judicial, se ha analizado la correcta protección a los derechos de los NNA, primordialmente: el interés superior del NNA, el derecho de los NNA a expresar libremente su opinión y a ser escuchados, el derecho de participación y el desarrollo integral. Los parámetros para sentenciar se han basado en lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que ha sido ratificado por nuestro Estado peruano, el mismo que exige que sea aplicado en nuestra jurisdicción y que su cumplimiento sea supervisado.

1.2 Justificación de la elección del expediente

El estudio de la tenencia, así como el análisis de los derechos de la niñez y adolescencia, resultan elementos clave para optar por el análisis del presente caso.

La base fundamental de mi investigación recae en la interpretación de los artículos del Código de los Niños y Adolescentes a la luz del interés superior del NNA, respecto a la tenencia, tema de mi agrado desde mi estudio en pregrado.

Este precedente judicial que llegó a Casación resultó ser innovador al otorgarle la tenencia al progenitor, siendo que en la práctica suele otorgarse la tenencia a la madre; lo que captó mi atención para realizar un análisis exhaustivo del presente expediente.

En el caso en particular, a la progenitora se le otorgó un régimen de visitas, porque se evaluó el comportamiento que mantenía frente a su hija, así como el peligro latente al que la exponía, por lo que, resulta innovadora la decisión en Casación, lo mismo que cautivó mi interés.

1.3 Hechos del caso

El Expediente N° 00041-2016-0-1001-JR-FC-03 versa sobre un proceso judicial interpuesto por el Sr. Nestor Raúl Quispe Quipe (en adelante, el demandante), sobre el reconocimiento de tenencia de su hija Shawnni Libertad Quispe Fernandez (de iniciales S.L.Q.F), el que fue iniciado el 05 de enero del 2016, ante el Tercer Juzgado de Familia de Cusco, contra la Sra. Rosalia Fernández Huamán (en adelante la demandada), madre de la niña.

1.3.1 Demanda

El 05 de enero de 2016, el demandante solicitó la tenencia y custodia de su hija de iniciales S.L.Q.F que en ese momento tenía 5 años, por haberse producido la insolvencia moral por parte de la demandada y la afectación moral en contra de su menor hija. Por su naturaleza al ser un proceso de tenencia, en vía procedimental del Proceso Único, fue interpuesta ante el Tercer Juzgado de Familia de Cusco.

En sus fundamentos de hecho, el demandante señaló que encontró, de forma circunstancial, a la demandada en una actitud

sospechosa con otro hombre, por lo que, decidió seguirlo con el hermano de la demandada y observó que ella se daba caricias con dicho hombre.

Decidió hacer averiguaciones respecto a la actitud de la demandada y 03 testigos le informaron que ella se encontraba en la cama con un hombre y al lado su hija, asimismo, que bebía en extremo hasta el punto de tener que recibir ayuda para trasladar a la niña y, que asistía a diversos eventos de la localidad e ingería bebidas alcohólicas terminando en situaciones reprochables con algunos varones; por lo cual, con la finalidad de no seguir exponiendo a su hija a un peligro latente decidió quedarse con la niña.

Mediante Resolución N° 01, de fecha 07 de enero de 2016, se emitió el Auto de Inadmisibilidad, por lo que, el demandante subsanó las omisiones incurridas y reformuló su petitorio, solicitando el reconocimiento de la tenencia de su hija al gozar solamente de la tenencia de hecho; por lo cual, luego de subsanadas las omisiones correspondientes, mediante Resolución N° 02, se emitió el auto admisorio de la instancia y se corrió traslado a la demandada por el plazo de 05 días, a fin de que conteste la demanda bajo apercibimiento de ser declarada rebelde.

1.3.2 Informe psicológico N° 76-2016-PS-EMD- CSJC-PJ

El Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Cusco, el 27 de enero de 2016 realizó el Informe Psicológico N° 76-2016-PS-EMD- CSJC-PJ de la niña de iniciales S.L.Q.F. En el citado informe psicologico, la niña relató los siguientes hechos que serán importantes para el análisis en casación:

“Mi madre era un poco mala, cuando vivía en mi casa, ahora vivo con mi papi y no me pegan, mi mami dormía con otros hombres y yo

dormía en el suelo, cuando mi papá se fue a Arequipa mucho tiempo y teníamos tiempo, venían mis tíos Abel, Iván y mi tío Saúl dormían en la cama y yo me alojaba al suelo un día fuimos a Mayubamba y se besaron en una cama mi mami y Saúl, él es primo de mi mami, mi mami todo se arrojaba en la cama y yo en el suelo, por eso no me puede ver, mucho me pega”.

“Yo vivía Feliz con mi papá y mi mamá pero un día mi mami dijo que se separara un día me dijo que me iba a meter a la ducha y me ha metido yo me portaba bien con ella pero ella me sobaba de la Nada me sobaba con pasto mi papi no me pegaba es que como antes vivíamos en la casa de mi abuelita aleja también hemos vivido en la casa de mis padrinos no me pegaban me llevaba de viaje a nadar mi mami me compraba mi juguetes y para que no le avise mi papi y me ha comprado unas Barbies y yo no quiero ser mentirosa Yo quiero decir la verdad mi papi no me habla nada de mi mami pero mi mami si me dice que no le diga nada a mi papá eso me enseña.”

Mi mami se llama Rosalía es un poco buena y es mucho Mala porque me pegaba cuando yo vivía en la casa mi papi se llama Néstor Raúl es bueno con él jugamos salimos a pasear él no me pega solo me habla cuando hago mal mi abuela se llama aleja abuela se llama fructuoso Quispe mi tía Vilma es buena mi tía Milagros tiene 9 años con ella me llegó mejor todo se me juntas y también mi tía Emilia y una es mi tía Pilar que tiene una bebida. (Poder Judicial: 2016) (el subrayado es nuestro)

De lo expuesto podemos advertir que S.L.Q.F había presenciado conductas propias de adultos entre su progenitora y su tío Saul creando una percepción negativa de su madre. Asimismo, se evidencia una continua comparación entre los comportamientos del padre y la madre, mostrando preferencia por el trato que recibía del demandante y un rechazo por el castigo físico que ejercía la madre con la niña.

1.3.3 Contestación de la demanda

El 02 de febrero de 2016, dentro del plazo de ley, la demandada absolvió el traslado de la demanda negando y contradiciendo en todos sus extremos, solicitando se declare infundada. Entre sus fundamentos de hecho más importantes la demandada señaló que es falso que haya realizado actos deshonrosos delante de su hija por el cariño y respeto que le tiene y que todas las afirmaciones del demandante son falsas.

Señala que el demandante reconoció a su hija un año posterior a su nacimiento, por lo que, en principio, la inscribió con sus apellidos y, posteriormente al reconocimiento voluntario, se generó una nueva acta de nacimiento de la niña en la cual fue inscrita con los apellidos de ambos progenitores, siendo inscrita como Shawni Libertad Quispe Fernandez.

La demandada también señaló que bajo su cuidado, la niña ha cursado estudios en instituciones educativas privadas teniendo buena conducta y rendimiento académico; y en el inmueble de sus padres que era donde ambas vivían, contaba con una habitación con todos sus bienes.

Asimismo, interpuso tachas contra el medio probatorio de declaración de testigos de Nayda Quispe Martinez (prima del demandante) y Roxana Conza Chuctaya (amiga del demandante), conforme al artículo 229, inciso 3 y 4 del Código Procesal Civil, señalando que una de las testigos es pariente hasta el cuarto grado de afinidad del demandante y la otra tiene un interés directo en el resultado del proceso.

1.3.4 Audiencia Única

El 29 de marzo de 2016 se realizó la audiencia única y se declaró saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida. Se

invitó a las partes a conciliar, sin embargo, pese a que el demandante estuvo dispuesto a llegar a un acuerdo conciliatorio, la demandada manifestó su negativa, por lo que, no se pudo arribar a una conciliación.

Durante la audiencia, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si el demandante cumple con las condiciones fácticas y legales para que se le reconozca la tenencia de su hija de iniciales S.L.Q.F de cinco años de edad.
2. Determinar si el progenitor quien se hace cargo de la niña, cuenta con las condiciones necesarias para continuar con la tenencia de su hija.
3. Establecer cuál de los progenitores convivió mayor tiempo con la niña en forma favorable
4. Determinar si procede otorgar un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtenga la tenencia de la niña. (Poder Judicial: 2016)

Con respecto a los medios probatorios se resolvió admitir los siguientes:

- Del demandante se admitió la copia certificada de la partida de nacimiento de la niña, la constatación de custodia, las declaraciones testimoniales y la opinión de la niña.
- De la demandada, por adquisición procesal, la partida de nacimiento, asimismo, el original del primer acta de nacimiento de la niña, 11 fotografías de la niña con su madre, libretas de información, certificado y constancia de trabajo, pericia psicológica de la demanda e informe social en el inmueble de la demandada. Por último, de oficio se admitió el informe psicológico e informe

social practicado al demandante, el informe psicológico practicado a la niña, así como su opinión, con la participación de la psicóloga.

No se tomaron las declaraciones testimoniales de los testigos por no haber concurrido a la audiencia y se programó la continuación de audiencia para el 19 de abril de 2016 para que se reciba la opinión de la niña, mediante entrevista única.

1.3.5 Declaración Testimonial

El 19 de abril de 2016 se realizó la continuación de la audiencia única, donde la niña declaró, entre los puntos más importantes, lo siguiente:

A la pregunta de si le gusta estar con su mamá, la niña respondió: *“Sí, me gustaría verla - haciendo referencia a su madre- todos los días y con su papi también.”*, añadiendo que *“su mamá le enojaba cuando no hacía las tareas y que la soberanía con un chicote y si le pego, en la mano, y le enojaba cuando se portaba mal.”* (Poder Judicial:2016)

A la pregunta de con quién se lleva mejor, la niña respondió que prefiere estar con su papá, y con su mamá sale de paseo; asimismo, indica que, no se ve todos los días con su mamá, y que los días que se encuentra en casa de él, se aburre estando con sus tías, dado que no tiene con quien jugar mientras su papá está trabajando. (Poder Judicial:2016)

A la pregunta de con quien quiere estar, S.L.Q.F declaró que quiere dormir con ambos y que no se puede quedar casa en casa de su madre porque su padre no quiere que vaya, debido a que su tío y su abuelo tomaban licor todos los días y llegaban borrachos a la casa e inclusive tomaban en la sala de dicho inmueble. Adicionalmente, declara que su

mamá es renegona y una vez la metió a la ducha y luego la cambió; lo sucedido se le contó a su papá. (Poder Judicial:2016)

Resaltamos que, la niña en su declaración realizó nuevamente una notoria comparación entre el trato que recibía con su madre y el trato que recibe por parte de su padre y su familia paterna, haciendo referencia a que, en la casa de su papá *“todos se llevan bien y no hay borrachos”*; situación que sí sucede en el domicilio materno. (Poder Judicial: 2016)

Por último, como medida preventiva el juez dispuso que la niña reciba terapia especializada a fin de superar la posible afectación emocional producida por la separación de sus progenitores que necesita ser superada.

1.3.6 Sentencia

Mediante Resolución N° 13, de fecha 01 de agosto de 2016, el 03 Juzgado de Familia de Cusco, emitió sentencia declarando fundada la demanda de tenencia interpuesta por el demandante, tomando en consideración la declaración testimonial de la niña de fecha 19 de abril de 2016 y la evaluación psicológica, de fecha 27 de enero de 2016 de la misma.

Se tuvo presente que, mediante su evaluación y declaración psicológica, la niña relató sentirse más a gusto con su progenitor con quien mantiene una buena relación afectiva; asimismo, que desaprueba la actitud de su madre respecto al maltrato físico sufrido.

Asimismo, se verificó que en casa del progenitor la niña se encuentra en un mejor ambiente, dado que, el progenitor cuenta con el apoyo familiar necesario para velar por el cuidado, desarrollo y desenvolvimiento adecuado de la niña, y porque dicho progenitor se

encuentra en una mejor situación económica. Por el contrario, en casa de la progenitora la niña ha referido en su evaluación psicológica y en su declaración testimonial que su tío y su abuelo tienden a ingerir bebidas alcohólicas.

Por los fundamentos expuestos, se dispuso reconocer la tenencia de la niña de iniciales S.L.Q.F a favor de su progenitor, quien deberá hacerse cargo de su cuidado y velar por el adecuado desarrollo de su vida; y otorgar el régimen de visitas con externamiento en favor de la demandada, los días que crea conveniente de lunes a viernes entre las 15:00 y 18:00 horas y 02 domingos de cada mes de 09:00 a 18:00 horas previa coordinación con el padre de la niña, siempre que no perjudique sus labores académicas.

Además de ello, se dispuso que el Equipo Multidisciplinario brinde terapia psicológica a la niña, así como a las partes, debiendo las partes informar sobre los avances obtenidos, para que con ello se obtenga una estabilidad psicológica emocional y el fortalecimiento del vínculo de la niña con sus progenitores.

1.3.7 Recurso de Apelación

Con fecha 10 de agosto de 2016, la parte demandada formula recurso de apelación contra la Resolución N° 13, de fecha 01 de agosto de 2016, que declara fundada la demanda, solicitando que se sirva revocar la sentencia.

Entre sus principales argumentos, la demandada señala que para el análisis no se ha tomado en consideración que la niña estuvo bajo su cuidado y protección desde que nació y que no existe motivación alguna que justifique que una niña sea arrancada del cuidado y protección de su madre.

Mediante Resolución N° 14, de fecha 12 de agosto de 2016 se emite el auto que concede la apelación con efecto suspensivo y se dispone que se eleven los autos al superior jerárquico y se remitan al presidente de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

1.3.8 Sentencia de Vista

Mediante Resolución N° 19, de fecha 19 de octubre de 2016, se dispuso revocar la sentencia contenida en la Resolución N° 13, de fecha 01 de agosto de 2016, la misma que declara fundada la demanda y reformandola la declara INFUNDADA, otorgando la tenencia de la niña a la demandada y al demandante un régimen de visitas que se realizará los días sábados a partir de las 9:00 am hasta las 18:00 pm.

Entre los argumentos principales se señaló que la progenitora es la que permaneció más tiempo con la niña y durante este periodo la niña no se ha encontrado desatendida. Asimismo, el progenitor reconoció a su hija aproximadamente un año después de nacida, por lo que queda evidenciado el reconocimiento tardío de la niña.

La niña de 6 años de edad ha pasado el mayor periodo de su existencia al lado de su progenitora, debiéndose aplicar el artículo 84, inciso a) del Código de Niños y Adolescentes que señala: *“el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable”*.

A opinión de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, el enfoque en el comportamiento o estilo de vida de la demandada no guarda relevancia con el proceso de tenencia, a menos que aquel hecho sea influencia negativa para la niña; por lo que, consideran que se ha

redireccionado erróneamente el proceso a discutir respecto a la conducta de la demandada.

Por último, se hace hincapié en que la relación de pareja no debe influir en la relación que tiene con su hija, ni con la condición de progenitores quienes únicamente deben brindar el cuidado respectivo. Se dispone la realización de visitas sociales a la demandada y la niña, durante el periodo de seis meses, bajo control del juzgado, a efectos de determinar la adaptación progresiva de la niña.

1.3.9 Recurso de Casación

Con fecha 21 de noviembre de 2016, el demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista argumentando que existe una infracción normativa al artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes, toda vez que el magistrado de la sentencia de vista no ha interpretado de manera adecuada este artículo, ciñéndose en la primera proposición que señala que *“se otorgará como primera opción la tenencia al progenitor con el cual el niño, niña u adolescente haya permanecido más tiempo”*, haciendo caso omiso a la proposición normativa que refiere que esto se realiza, *“siempre que le sea favorable”*.

Asimismo, sustenta su pedido señalando que no se tomó en consideración en el análisis los informes, pericias psicológicas y otros medios probatorios que forman parte del expediente, los cuales acreditan que es más conveniente otorgar la tenencia al progenitor.

Bajo opinión del demandante se consideró únicamente el criterio del tiempo de permanencia como argumento para revocar la sentencia venida en grado de apelación, vulnerando con todo ello el principio del interés superior del niño por la inadecuada interpretación de la

normativa, priorizando el criterio de tiempo de permanencia por encima del principio del interés superior del niño.

Es así que mediante la Resolución N° 21, de fecha 09 de enero de 2017, se dispuso elevar el proceso con el recurso de casación a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1.3.10 Decisión de Casación

La Corte Suprema de Justicia de la República resolvió declarar FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante y, actuando en sede de instancia, CONFIRMA la sentencia emitida por el juzgado, variando únicamente lo referente al régimen de visitas y dispone que éste sea con externamiento a favor de la demandada.

A criterio de la Corte Suprema, la decisión se encuentra sustentada en que el inciso a) del artículo 84 del CNA, anterior a la Ley N° 31590, exige que se otorgue la tenencia de la niña al progenitor con el que convivió más tiempo siempre que le sea favorable; sin embargo, si bien se delimitan criterios orientadores, estos no son determinantes, por ejemplo, es el caso de que el tiempo de convivencia haya sido perjudicial para el NNA.

Señala que, es importante que en estos casos la valoración de los medios probatorios se realice de manera conjunta, dado que no se busca lo que le favorece al progenitor por el tiempo en que estuvo con la niña, sino lo que sea más beneficioso para el NNA; por ello, es que se ha establecido la excepción “siempre que le sea favorable”.

Por lo cual, a criterio de la Corte Suprema la niña no se encuentra con la progenitora que le brinde lo “más favorable”, puesto que, en los

informes sociales, informes psicológicos y entrevista de la niña se concluye que:

- (i) existe riesgo en casa de la demandada quien convive con personas que consumen bebidas alcohólicas todos los días;
- (ii) la progenitora le hacía presenciar a su hija comportamientos propios de adultos que podrían influir en un comportamiento negativo para su desarrollo integral,
- (iii) la niña se siente más a gusto con su padre con quien mantenía una buena relación afectiva; y
- (iv) el progenitor es quien puede brindarle mejores condiciones de vida a la niña.

II. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS

Para el desarrollo y análisis del presente caso, debemos articular las normas de las siguientes materias: Derecho de Familia y Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En ese sentido, se dará respuesta a dos preguntas centrales respecto al **proceso de tenencia**:

A. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó correctamente los criterios establecidos en el artículo 84 del CNA para determinar la tenencia de la niña?

B. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó de manera idónea el interés superior de la niña?

III. DESARROLLO Y TOMA DE POSTURA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:

Para realizar un análisis exhaustivo procederemos a desarrollar y tomar postura de cada uno de los problemas jurídicos encontrados.

3.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó correctamente los criterios establecidos en el artículo 84 del CNA para determinar la tenencia de la niña?

Para responder esta pregunta, previamente, debemos definir la tenencia y los criterios establecidos en el artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes, a fin de analizar si la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco realizó una aplicación adecuada de estos:

Tenencia:

La tenencia es el atributo de la patria potestad, derecho-deber recíproco entre padres e hijos, que concede a ambos progenitores o a uno de ellos, el derecho de vivir y tener consigo a sus hijos y el derecho de los hijos de tener consigo a sus padres.

Al respecto, Varsi señala:

“Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor de cuidar al hijo, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de vivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral”.
(El subrayado es nuestro) (2020: 389)

Sobre el particular, Barletta señala:

“La tenencia como atributo de la patria potestad refiere al derecho y deber de los padres de tener consigo a sus hijos en su domicilio, a fin de prodigarles cuidado y atención. Para fijar la tenencia se tendrá en cuenta la opinión del niño o adolescente, así como el resguardo del interés superior del niño.” (El subrayado es nuestro) (2018: 110)

Coincidimos con las definiciones citadas, evitando un enfoque adultocentrista, por el contrario, se enfoca en el derecho del NNA a que sea el progenitor quien le brinde las mejores condiciones de vida, siendo esencial que para su otorgamiento se resguarde su interés superior, así como su opinión. Este derecho-deber debe ser visto desde ambas perspectivas, derecho-deber del hijo con sus padres y viceversa.

Este es un proceso único por lo que las etapas procesales en primera instancia son las siguientes: demanda, auto admisorio, contestación de demanda, audiencia única (en la cual se declara saneado el proceso, se invita a las partes a conciliar, en caso no se llegue al acuerdo, se fijan los puntos controvertidos y se admiten los medios probatorios), dictamen fiscal, sentencia.

En estos procesos judiciales, versa un gran rol del Ministerio Público, conforme se señala en el artículo 138 del Código de Niños y Adolescentes (CNA), *“el Fiscal tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes”.* (2000)

Cabe hacer una aclaración respecto a los criterios del otorgamiento de la tenencia. Con la publicación de la Ley N° 31590: Ley que regula la tenencia compartida y modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código

de los Niños y Adolescentes, publicada el 26 octubre 2022, se ha modificado en nuestro CNA los artículos referentes a la Tenencia, Variación de la Tenencia, Petición y Facultades del Juez.

Entre la principal modificación, en el supuesto de separación de hecho de los progenitores se encuentra el establecimiento de la tenencia compartida como regla y no como excepción, por lo que ya no habría un análisis del caso en concreto; pudiendo excepcionalmente otorgar la tenencia exclusiva, cuando resulte perjudicial para el NNA (Aguilar y Huaita: 2022)

La tenencia compartida ya se encontraba señalada en el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, con la Ley 29269, del 16 de octubre de 2008, la cual facultaba al juez para otorgarla, sin embargo, la misma era otorgada de manera excepcional puesto que no se había establecido los supuestos para su establecimiento.

Hasta entonces no se habían aportado elementos, ni criterios sobre los cuales operaba la tenencia compartida, siendo únicamente desarrollada por la doctrina (Aguilar: 2009). Es recién con la modificación del CNA que se regula y desarrolla este concepto jurídico, conforme se puede evidenciar de los artículos 81 y 84 de la citada normativa.

Pese a esta ser la normativa vigente, para nuestro análisis **estudiaremos los criterios previamente aplicados con la publicación de la Ley N° 29269**, debido a que el análisis es sobre el Expediente 00041-2016-0-1001-JR-FC-03, cuya normativa vigente a la fecha de la interposición de la demanda es la del año 2016

¿Cuáles son los criterios para otorgar la tenencia según el artículo 84 del CNA?

Existen dos supuestos para el otorgamiento de la tenencia, el primero, es aquel que sucede **cuando los progenitores se encuentran separados de hecho y por mutuo acuerdo, tomando el parecer del NNA, determinan si uno de ellos o ambos ejercerán la tenencia.**

En estos casos lo más recomendable será exteriorizar los acuerdos referentes a la tenencia y el régimen de visitas mediante un acta de conciliación extrajudicial. Consideramos que este es el supuesto idóneo, dado que este ambos progenitores se ponen de acuerdo, tomando en consideración lo más beneficioso para el NNA, evitando acudir a un proceso judicial. (Del Aguila, 2019: 50)

Aquella conciliación extrajudicial, tendrá calidad de sentencia, esto es calidad de cosa juzgada, por lo que, en caso uno de los progenitores no cumpla con lo establecido, el otro podrá iniciar un proceso judicial de ejecución de acta de conciliación. Mediante este proceso judicial, se pondrá en conocimiento al juzgado competente, el incumplimiento por parte de una de las partes de la conciliación extrajudicial, para lo cual el magistrado, ordenará que se cumpla el mismo, de ser conforme a derecho.

El segundo supuesto, surge cuando **los padres no llegan a un acuerdo, o el acuerdo determinado resulta perjudicial para el niño,** por lo que, será el juez especializado de familia quien, salvaguardando en todo instante el interés superior del niño o adolescente, determinará cuál de los progenitores es el más idóneo para otorgarle la tenencia.

En este segundo supuesto, conforme señala el artículo 83 del CNA, vigente hasta la modificación realizada con la Ley N° 31590, publicada el 26 de octubre de 2022, Ley que regula la tenencia compartida y modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del CNA, el progenitor que tiene al NNA consigo, es decir, posee la tenencia de hecho, que es la situación de aquel padre o madre que vive con su hijo, deberá solicitar el reconocimiento de

tenencia. En cambio, el progenitor a quien el otro padre o madre le arrebate a su hijo y desea que se le otorgue la tenencia, deberá solicitarla mediante el proceso judicial correspondiente. (Del Aguila, 2019: 58)

Para este proceso será necesario que presente el documento que lo identifique, la partida de nacimiento con la cual se acredite el entroncamiento familiar con el NNA del que solicita la tenencia o el reconocimiento de tenencia y deberá ofrecer los demás medios probatorios que considere oportunos.

Nos enfocaremos en el supuesto que surge en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente (artículo 84 del CNA derogado):

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

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. (Poder Legislativo: 2008)

a. Criterio de tiempo de permanencia:

Para el otorgamiento de la tenencia, el juez tendrá como primer criterio el **tiempo de permanencia** con uno de los progenitores, sin embargo, lo mismo se supedita a lo más favorable para el NNA; debiendo entenderse como aquello que le beneficia.

Al igual que Benjamin Aguilar (2009: 194) considero que este primer criterio se ha planteado en aras del interés superior del niño, puesto que la decisión judicial deberá considerar con quien estuvo viviendo el NNA, resguardando que el hijo(a) no deje de vivir con el padre o madre con quien lo estuvo haciendo. Alejarlo de aquel progenitor con el cual ha permanecido mayor tiempo puede llegar a ser traumatizante y perjudicial, por lo cual, este deberá ser un criterio orientador para el otorgamiento de la tenencia.

Tal como señala Aguilar, es importante tener presente el plano psicológico del NNA, debiendo priorizar que viva en un ambiente en el cual se sienta cómodo y seguro; puesto que puede que exista un elemento de arraigo con aquel padre o madre que estuvo viviendo. Sin embargo, esta convivencia con el progenitor debe ser idónea para el NNA, por lo que, **si resulta perjudicial, no deberá primar este criterio**, punto que desarrollaremos a continuación.

Lo más beneficioso para el NNA implica garantizar su desarrollo integral. -

Debe hacerse precisión a la segunda proposición del criterio de permanencia, la misma que indica que, si bien se le otorgará la tenencia al progenitor con el cual permaneció mayor tiempo, esto se realizará **siempre que sea favorable**. Para entender mejor este concepto, deberemos analizar el artículo 3, inciso 2 de la Convención de los Derechos 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.

Se debe asegurar la protección y el cuidado necesario para garantizar el **bienestar** del NNA, por lo que aquella será la manera idónea para garantizarle lo más favorable, para ello, es importante responder la pregunta **¿Qué se entiende por el bienestar del NNA?**

Conforme se señala en la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el bienestar abarca sus **necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad** (2013).

Coincidimos con lo señalado en el Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, Reglamento de la Ley 30466 que indica que, la Observación General N° 14 dispone que el objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el **desarrollo holístico del niño.** (2018)

Este desarrollo holístico consiste en garantizar su **bienestar y desarrollo integral.** Encontramos el concepto de bienestar muy relacionado con el desarrollo integral del NNA, concepto que desarrollaremos en el punto 4.2.3 denominado “¿La decisión de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco garantiza el desarrollo integral de la niña? “.

Sin perjuicio de ello, debemos indicar que, “lo más favorable” para el NNA implicará que se otorgue la tenencia al progenitor que mejor garantice su **desarrollo integral, conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.**

Lo mencionado se encuentra evidenciado por la Corte Suprema de Justicia, mediante la Casación N°1303-2016 Cajamarca, la cual nos da una aproximación de aquello que es más beneficioso para el NNA en función al interés superior del niño:

“(…), uno de los aspectos a valorar ha de ser con qué progenitor ha convivido la menor por mayor tiempo; lo más relevante es determinar cuál de los progenitores reúne las mejores condiciones emocionales, afectivas, sociales y personales para garantizar el pleno desarrollo del menor, en función al Interés Superior del Niño.” (el subrayado es nuestro)
(Poder Judicial: 2016)

En la misma se enfatiza en que si bien un aspecto importante para otorgar la tenencia es el tiempo de convivencia, lo más importante será también determinar quién garantiza las mejores condiciones emocionales, afectivas sociales y personales para garantizar el pleno desarrollo del niño, niña u adolescente en función del interés superior del niño.

En esa misma línea, es importante recalcar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 320-2017:

“El mayor tiempo de convivencia entre el padre o madre y su hijo supone en condiciones normales y “saludables”; mayor grado de afinidad, empatía y afianzamiento de la relación paterno-filial como resultado de la interacción y presencia continua del padre o de la madre en la crianza del hijo; sin embargo, la realidad demuestra que no siempre este factor por sí mismo es suficiente para que el juez de la causa prefiera a un padre sobre el otro, por cuanto podría darse el caso que la convivencia por el contrario fuera perjudicial para el niño, sea por la existencia de actos de maltrato infantil o por el

incumplimiento de los deberes a los que alude el artículo 74 del Código de Niños y Adolescentes” (el subrayado es nuestro)

De lo expuesto podemos advertir que, el Supremo Colegiado concluye que, **el tiempo de permanencia no siempre es un factor determinante por sí mismo**, para que se le otorgue la tenencia al progenitor con el que el NNA permaneció más tiempo; puesto que, ello podría ser perjudicial, siendo lo correcto analizar caso por caso.

En otras palabras, no se debe buscar aquello que favorezca al progenitor con el cual permaneció mayor tiempo, sino que se debe priorizar aquello que más beneficie al NNA.

El criterio de permanencia debe analizarse con ambas premisas, teniendo en cuenta que se le otorgue la tenencia al progenitor con el cual convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, por lo que **el tiempo de permanencia debe ser analizado en atención al ISN** esto es que se le otorgue la misma al progenitor que mejor garantice la integridad moral, psíquica, física, libre desarrollo y bienestar del NNA. **La aplicación del artículo 84, inciso a) está supeditada a lo más favorable para la niña, esto es a su interés superior.**

b. Criterio de edad del niño(a):

El segundo criterio es la **edad**, se priorizará otorgar la tenencia a la madre, cuando el niño(a) tenga menos de tres años, la cual se basa en la doctrina de los años tiernos.

Esta doctrina -según Agurtzane- Goireina se otorga a la **madre** por el hecho de ser mujer, bajo la premisa de que está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado del infante; más aún durante los primeros tres años de vida que el bebé necesita a la madre dado que posee mejor capacidad de cuidado que el padre. (2005: 53) Bajo esta doctrina

el interés superior del niño es permanecer con la madre, por ser la que se encuentra en mejores condiciones de cuidado personal.

La doctrina de los años tiernos, según señala Hartestein, reflejaba el estereotipo social que asignaba a la mujer como la figura más adecuada para el cuidado y la crianza del niño, dado que durante este período los padres solían trabajar fuera del hogar (2016).

Las madres fueron consideradas las principales cuidadoras de los niños, por lo que, según este criterio, en caso de divorcio o separación, ellas debían continuar desempeñando este rol. Si un progenitor deseaba obtener la custodia de su hijo, debía demostrar ante el poder judicial que la madre no estaba en condiciones de cuidar al niño, lo cual resultaba poco probable. Además, esta autora destaca la relevancia de esta doctrina al contribuir a superar el estereotipo de que las mujeres e hijos eran propiedad del padre. Con su implementación, se reconoció legalmente que las madres estaban mejor preparadas que los padres para cuidar a sus hijos (2016).

En otras palabras, la doctrina de los años tiernos se basa en la idea de que la madre es la persona más capacitada para cuidar y criar a los NNA durante los primeros años de vida, una noción vinculada al hecho de que la madre es mujer. Se asumía que la madre poseía mayores capacidades de cuidado que el padre, por lo que, conforme a esa presunción, ella debía encargarse del cuidado del NNA, quien requería atención materna especial.

c. Otorgar el régimen de visitas al progenitor al que no se le otorgó la tenencia:

Más que un criterio, se ha determinado que a aquel progenitor que no obtenga la tenencia, se le determinará un **régimen de visitas**.

Consideramos importante recalcar la facultad del magistrado de otorgar el régimen de visitas aún cuando aquello no haya sido peticionado.

Precisamos que esta facultad sea otorgada entendiendo el régimen de visitas como el derecho del progenitor a quien no se le otorgó la tenencia de poder compartir con su hijo, así como el **derecho del hijo de compartir con aquel padre con el que no vive; la finalidad es reforzar los vínculos paterno/materno filiales.** Aquella figura jurídica es la que permite la continuidad de las relaciones entre padres e hijos.

Este derecho debe entenderse como el **derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con los padres.** Tal derecho está consagrado en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que *“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”* (Asamblea General de las Naciones Unidas: 1989).

Asimismo, este derecho se extrae de la lectura del artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; ambos artículos reconocen que la familia es el núcleo central de protección de los NNA, debido a que este es el espacio primordial para garantizar su desarrollo integral, por ende, no podrán los NNA no podrán ser separados arbitrariamente de sus padres. Bajo esa misma línea, se reconoce la obligación de la familia de brindar una adecuada crianza, protección y asistencia para alcanzar un desarrollo óptimo del NNA (Ramírez: 2022, pp. 59).

El régimen de visitas debe ser visto más como un derecho del NNA que un derecho del padre o madre, por ello, la importancia y necesidad de fijar un régimen de visitas a aquel progenitor que no obtenga la tenencia. (Del Águila, 2019: pp 77) Este derecho del NNA se establece en

el artículo 9, inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando señala:

“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. ”
(Asamblea General de las Naciones Unidas: 1989)

El objetivo que persigue el derecho-deber del régimen de visitas es **estrechar las relaciones familiares** y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. (Silva, Santos: 2010) El NNA tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en su seno familiar.

El Tribunal Constitucional con el Exp. N.º 02892-2010-PHC/TC 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 a no ser separado de ella**, así como la **continuidad de lazos familiares**. Aún cuando los padres estén separados de sus hijos se debe garantizar la convivencia familiar, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar (2010).

En este sentido, el NNA necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirlo 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. (Tribunal Constitucional: 2009)

De la misma manera, mediante la Casación N° 3172-2005-Lima, la Corte Suprema ha señalado que si bien la determinación de un régimen

de visitas a favor del demandante no fue formalmente solicitada por la actora en su demanda, ello no impedía al *a quo* para que, en uso de las facultades que le confiere la ley, fije un régimen de visitas a favor del padre que no dispone de la tenencia, atendiendo al interés superior del niño (2005).

En suma, es indispensable otorgar el régimen de visitas al progenitor al cual no se le otorga la tenencia del NNA, aún cuando ello no haya petitionado, debido a que debe verse más como un derecho del NNA que un derecho del progenitor; derecho que implica relacionarse con el padre o madre con quien no vive, puesto que resulta trascendental estrechar y continuar las relaciones familiares.

d. Criterio de autorización de contacto con el otro progenitor

Además, se prioriza el otorgamiento a quien garantice el **contacto** con el otro progenitor, por lo que, aquel que tenga bajo su cuidado al NNA, no debe prohibir el acercamiento del padre que no lo tenga, por el contrario, debe permitirlo, entendiendo que no es un derecho únicamente del progenitor, sino principalmente del NNA. (Del Aguila: 2019, pp: 63)

Para ello, es importante que los progenitores dejen de lado las desavenencias que acarrearón los conflictos propios de pareja y deberán garantizar el interés superior del niño; puesto que, con el objetivo de mitigar el daño que produce la separación en los NNA, debe acudir a un mayor contacto posible entre el niño o niña y el progenitor con el que no convive. (Herrera & Torres: 2018, pp. 464)

¿Cuáles fueron los criterios establecidos en el Expediente 00041-2016-0-1001-JR-FC-03, E-2792?

Los criterios establecidos por el Tercer Juzgado de Familia de Cusco para otorgar la tenencia.-

El Tercer Juzgado de Familia de Cusco decidió declarar fundada la demanda interpuesta por Nestor Raul Quispe Quispe y otorgó la tenencia al progenitor y un régimen de visitas a la demandada basándose en los siguientes criterios:

Primero, la **situación económica del demandante**, quien gozaba de mejores ingresos mensuales. Este juzgado argumenta que en los Informes Sociales elaborados por el Equipo Multidisciplinario, se había advertido que el demandante cuenta con un trabajo independiente, con dos habitaciones para él y para su hija dentro de la vivienda que es propiedad de sus padres.

Por su lado, la demandada cuenta con un trabajo que le permite mantener una condición económica básica, goza de una habitación en la casa de sus padres, la cual compartía con su hija; advirtiéndose que el progenitor se encuentra en una mejor situación económica. (Poder Judicial: 2016)

Segundo, **la opinión** de S.L.Q.F, puesto que según sus informes psicológicos y declaración en la audiencia, se había advertido que se siente más cómoda con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva; y aprueba vivir con su padre. En contraste, la niña desaprueba la actitud de su madre, pese a que desea continuar su relación con ella deseando verla como lo ha estado haciendo. (Poder Judicial: 2016)

Tercero, la **red de apoyo familiar** con la que contaba el progenitor. A criterio de este juzgado, el demandante tiene el apoyo de su madre y hermana, quienes cuidan de su hija cuando él trabaja. El mismo refiere que su hija se lleva bien con su sobrina de 4 años con quien juega y departe en la casa, manifestando que la niña cuenta con todo lo necesario

para su adecuado cuidado y desarrollo; a diferencia de la casa de la demandada, donde su tío y abuelo tienden a beber continuamente, conforme a lo referido por la niña. (Poder Judicial: 2016)

Los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco para otorgar la tenencia.-

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco ha determinado tres criterios para otorgar la tenencia a la demandada y revocar la Sentencia emitida por el 3° Juzgado de Familia de Cusco, declarando infundada la demanda interpuesta por el demandante, los cuales son los siguiente:

En primer lugar, el **reconocimiento tardío** de la niña por parte del padre, el mismo que ocurrió el 24 de marzo de 2011, esto es aproximadamente un año después del nacimiento de la niña, lo cual sucedió el 23 de marzo de 2010.

El reconocimiento tardío voluntario generó que se emita una nueva acta de nacimiento en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Distrital de San Jerónimo consignando a la niña con los apellidos de ambos progenitores, siendo inscrita como Shawni Libertad Quispe Fernandez. (Poder Judicial: 2016)

En segundo lugar, la **convivencia** al lado de la madre con quien pasó la mayor parte del tiempo, conforme a lo establecido en el artículo 84, inciso a) del CNA. Entre sus argumentos señala que la niña se encontraba bajo la tenencia de hecho de la madre hasta el 29 de diciembre de 2015, habiendo vivido con ella aproximadamente 5 años y 09 meses, fecha en la cual su padre tiene -de hecho- la tenencia. Asimismo, que durante la convivencia de la niña con su madre realizó estudios iniciales, sin ser desatendida. (Poder Judicial: 2016)

Por último, el **sexo y edad** de la niña, quien es una niña- mujer- de 6 años de edad, para lo cual el juzgado detalló que era necesaria la figura materna para el desarrollo de la niña (Poder Judicial: 2016). Cabe indicar que, la mencionada Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco no justifica ni argumenta la aplicación de dicho criterio.

Los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la República para otorgar la tenencia.-

La Corte Suprema de Justicia de la República declaró FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante y, actuando en sede de instancia, CONFIRMA la sentencia emitida por el Tercer Juzgado de Familia de Cusco, otorgando la tenencia al demandante y el régimen de visitas a la demandada.

Como primer argumento, determinó que el **entorno familiar de la demandada** no era el adecuado, puesto que la niña se encontraba en riesgo en casa de la demandada al vivir con personas que consumen alcohol todos los días. Exponen su argumento señalando que en el Acta de Audiencia Única, de fecha 19 de abril de 2016, la niña declaró lo siguiente *“no me quedo en la casa de mi mamá, porque mi papá no quiere que vaya, porque tiene su tío y su abuelo que toman todos los días y vienen a la casa borrachos, tomaban en la sala (...)”* (Poder Judicial: 2017)

Como segundo argumento, indica el **comportamiento inapropiado de la madre** frente a su hija, al hacerle presenciar conductas propias de adultos que pueden influir en un comportamiento negativo para su desarrollo integral, esbozado en su informe psicológico, mediante el cual la niña relata que, su madre dormía con otros hombre y ella dormía en el suelo, es más, se besaba en la cama con su tío. (Poder Judicial: 2017). **Queda evidenciado que esta actitud demuestra el desinterés por parte de la progenitora hacia su hija, además de la falta de aprecio al trato digno que toda niña a esa edad merece, más aún**

teniendo en consideración que se encuentra en una etapa formativa y es proclive a imitar los mismo patrones de conducta familiar. Este trato digno se entiende como su **derecho al buen trato** (artículo 3-A Código de Niñoa y Adolescentes) , este aspecto será analizado en el apartado 3.1.1. titulado ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó correctamente el literal a) del artículo 84 del CNA?.

Como tercer argumento, la **opinión de la niña**, quien ha manifestado sentirse más a gusto con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva; conforme a lo declarado en su informe psicológico, en el cual relata que su padre es bueno, con él juegan, salen a pasear, él no le pega, solo le habla cuando algo está mal (Poder Judicial: 2017). Por último, las **mejores condiciones de vida del demandante**.

A continuación, se presenta un cuadro resumen que contiene la decisión tomada en la sentencia de primera instancia y en la segunda, así como en la casación respecto de la tenencia de la niña. Asimismo, se ha señalado los criterios en los que sustenta cada decisión y la determinación del régimen de visitas.

Cuadro N° 1: Cuadro resumen

	SENTENCIA	VISTA DE LA CAUSA	CASACIÓN
Tenencia otorgada a favor de	Progenitor	Progenitora	Progenitor
Criterios para otorgar la tenencia	<ul style="list-style-type: none"> - Mejor situación económica - Opinión de la niña - Red de apoyo familiar 	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento tardío - Convivencia-artículo 84, inciso a) CNA - Sexo femenino y edad 	<ul style="list-style-type: none"> - Entorno familiar de la demandada - Comportamiento inapropiado de la madre - Opinión de la niña - Mejores condiciones de vida con el demandante

	Progenitora	Progenitor	Progenitora
Régimen de visitas	Lunes a viernes 15:00 – 18:00 Fin de semana (02 domingos 09:00 – 18:00)	Sábados 09:00 am a 18:00 pm.	Lunes a viernes 15:00- 18:00 Sábados 10:00 domingo 10:00
Decisión	FUNDADA la demanda	REVOCAR Sentencia REFORMARLA y declara INFUNDADA la demanda	FUNDADO recurso casación CASARON sentencia de vista, CONFIRMAN sentencia de primera instancia

Elaboración propia

Fuente: Poder Judicial del Perú: 2016

Una vez realizado un breve análisis de cada uno de los criterios determinado en cada instancia y en el recurso de casación, hemos encontrado que existen mayores problemas jurídicos en el análisis de la Sentencia de Vista, de fecha 19 de octubre de 2016, realizada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, por lo que, procederemos a analizar únicamente cada uno de los problemas respecto a la aplicación incorrecta del literal a) del artículo 84 del CNA en dicha instancia vigente hasta la modificación realizada con la Ley N° 31590, publicada el 26 de octubre de 2022, Ley que regula la tenencia compartida y modifica los artículos 81,82, 83 y 84 del CNA. Si bien es cierto esta decisión fue casada, merece especial atención y evaluación.

3.1.1. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó correctamente el literal a) del artículo 84 del CNA?

El **literal a) del artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes** establece que: *“En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable”.*

Efectivamente, uno de los criterios para revocar la sentencia de primera instancia fue el análisis del artículo citado, puesto que la Sala Civil de Cusco determinó que la niña convivió mayor tiempo con la madre, con quien estuvo viviendo hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha desde la cual el padre tiene la tenencia de hecho. Es decir, la niña se encontraba con la madre desde su nacimiento, el 23 de marzo de 2010, por lo que, aproximadamente un periodo de 5 años y 8 meses estaba siendo atendida por la madre.

La Sala Civil de Cusco también argumentó su decisión señalando que lo resuelto es lo más favorable, puesto que durante el periodo en el cual la niña se encontraba conviviendo con la madre, realizó estudios iniciales exitosos.

Efectivamente, basados en hechos objetivos, la niña ha convivido mayor periodo con la madre, sin embargo, habría que realizarnos la siguiente pregunta **¿Durante el tiempo que la niña convivió con la madre fue una crianza favorable para la primera?**

Del análisis del Informe Psicológico N° 76-2016-PS-EMD- CSJC-PJ, realizado por el Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fecha 29 de enero de 2016, efectuado por la Psi. Marleni M. Palomino Bujele, podemos concluir que:

i. La niña, bajo el cuidado de la madre, presencia **conductas propias de adultos:**

“Mi madre era un poco mala, cuando vivía en mi casa, ahora vivo con mi papi y no me pegan, mi mami dormía con otros hombres y yo dormía en el suelito, cuando mi papá se fue a Arequipa mucho tiempo y teníamos tiempo, venían mis tíos Abel, Iván y mi tío Saúl dormían en la cama y yo me alojaba al suelo un día fuimos a

Mayubamba y se besaron en una cama mi mami y Saúl, él es primo de mi mami, mi mami todo se arrojaba en la cama y yo en el suelo, por eso no me puede ver, mucho me pega". (Poder Judicial: 2016) (el subrayado es nuestro)

Conforme se evidencia, la niña había presenciado a su madre durmiendo con otros hombres, mientras dormía en el suelo. Relato que se vuelve a repetir cuando narra que mientras su madre se besaba en la cama con un familiar, ella tenía que ponerse en el suelo, lo cual puede afectar su desarrollo integral a largo plazo, **lo cual demuestra su desinterés y falta de aprecio al trato digno que merece S.L.Q.F**

ii. La niña bajo el cuidado de su madre **recibió golpes propinados por su madre** y la progenitora le enseñaba a guardar secretos a su padre:

"(...) Mi mami todo se arrojaba en la cama y yo en el suelo, por eso no me puede ver, mucho me pega"

"(...) Yo vivía feliz con mi papá y mi mamá pero un día mi mami dijo que se separan, un día me dijo que me iba a meter a la ducha y me ha metido yo me portaba bien con ella pero ella me sobaba de la Nada me sobaba con pasto, mi papi no me pegaba, es que como antes vivíamos en la casa de mi abuelita Aleja, también hemos vivido en la casa de mis padrinos, no me pegaban me llevaba de viaje a nadar, mi mami me compraba mi juguetes y para que no le avise mi papi y me ha comprado unas Barbies y yo no quiero ser mentirosa mi mi papi no me habla nada de mi mamá pero mi mami sí me dice que no le diga nada a mi papá eso me enseña".

"Mi mami se llama Rosalía es un poco buena y es mucho Mala porque me pegaba cuando yo vivía en la casa, mi papi se llama Nestor Raul es bueno, con él jugamos, salimos a pasear, él no me

pega solo me habla cuando hago algo mal (...)” (Poder Judicial: 2016) (el subrayado es nuestro)

La niña en su discurso repite que la madre la ha golpeado, la ha metido a la ducha, incluso buscaba persuadir para no contarle los hechos sucedidos comprándole juguetes; le dice a su hija que no diga nada a su padre, inculcando valores que no son los adecuados, como el ser deshonrada.

Repite que desaprueba la conducta de la madre hacia ella pues le atribuye el calificativo de “mala”, debido a que esta le pegaba cuando vivía con su madre, lo mismo que ha generado rechazo de parte de Shawni Libertad hacia su madre.

iii. La niña tiene una buena relación con las integrantes de la familia paterna.

La niña señala que bajo el cuidado del demandante vive con sus abuelos, tías y sobrina; que tiene una buena relación con ellas, siendo en la mayoría mujeres las integrantes de su familia; lo cual es adecuado para la niña, puesto que se tiene que sentir segura en el ambiente familiar.

(...) mi abuela se llama Aleja abuelo se llama Fructuoso Quispe, mi tía Vilma es buena, mi tía Milagros tiene nueve años, con ella me llevo mejor, todo hacemos juntas y también mi tía Miriam y una es mi tía Pilar que tiene una bebita. (Poder Judicial: 2016)

Denotamos que se le da un importante énfasis en el **rol de la familia extendida y la crianza de la niña**. Conforme señala Arias, las familias extendidas abarcan varias generaciones además de los padres y los hijos, pudiendo incluir también a los abuelos, los nietos, los tíos, los

primos, los cuñados; lo que prima en este tipo de familia es que en la crianza de los hijos participa toda la familia. (2012)

De igual forma en el caso Ramirez, Escobar y otros vs. Guatemala se señaló en el considerando 163 que, no debe existir definición única de familia, la misma no debe limitarse a ser definida por la noción tradicional- compuesta por padres e hijos-, puesto que también cumplen un rol fundamental la familia extensa, como tíos, primos, abuelos, siempre que tengan un acercamiento personal a la dinámica familiar. (2018)

Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, desde una perspectiva constitucional, la concepción de la familia ha ido variando en el tiempo a merced de los nuevos contextos sociales, produciendo una modificación en la estructura de la familia tradicional nuclear, como son las familias constituidas por padre, hijos y abuela. (2014)

Es importante tener en cuenta la familia extendida de la niña en su crianza, quienes también asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger a los NNA para procurar que tenga un nivel de vida adecuado para su desarrollo integral, de esta manera, se ha reconocido que la familia extensa tiene la obligación de protegerlos y brindarles afecto. (Poder Judicial: 2019)

Por ello, es tan importante reconocer el rol que cumple la familia extensa para la crianza de los NNA, quienes también deben brindar las condiciones adecuadas para su desarrollo, aquello que no fue considerado por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Por otro lado, en su declaración testimonial de fecha 19 de abril de 2016, realizada por en la Continuación de Audiencia, por el Juez Edwin Romel Bejar Rojas al realizarle las preguntas, se comprueba que:

i. La niña, repite el mismo argumento y señala que había sido **golpeada** por su madre mientras se encontraba bajo su cuidado:

“TE GUSTA ESTAR CON TU MAMÁ

Sí, me gustaría verla - haciendo referencia a su madre- todos los días y con su papi también.

Su mamá le enojaba cuando no hacía las tareas y que la soberanía con un chicote y si le pego, en la mano, y le enojaba cuando se portaba mal” (el subrayado es nuestro) (Poder Judicial: 2016)

De lo evidenciado queda comprobado que la niña ha padecido de castigo corporal por parte de la madre; le pegaron en la mano cuando se portaba mal y la amenazaron con sobarle con “chicote”, esto es un látigo, cuerda, con la finalidad de golpearla o asustarla.

ii. El **entorno familiar de la demandada** no es el más adecuado para la niña.

- *A LA PREGUNTA CON QUIEN QUIERES ESTAR*

Con los dos, quiere dormir con los dos; ayer dormí con mi tía Milagros; no me quedo en la casa de mi mamá porque mi papá no quiere que vaya, porque tiene su tío y su abuelo que toman todos los días y vienen a la casa borrachos, tomaban en la sala”:

Su mamá es renegona y una vez la metió a la ducha y luego la cambió, le contó a su papá y él dijo que la va a llevar a un lugar para que ella diga toda la verdad.

En la casa de su papá todos se llevan bien, no hay borrachos. (Poder Judicial: 2016) (el subrayado es nuestro)

De lo declarado por la niña, se evidencia que el entorno familiar en el domicilio materno no es el más adecuado para una niña, la cual se encuentra expuesta a diversos peligros debido a que su tío y abuelo tienden a ingerir alcohol todos los días en la sala, que es un ambiente compartido de dicho inmueble.

¿Durante el tiempo que la niña convivió con la madre se garantizó su derecho a vivir en un ambiente libre de violencia?

Sobre el castigo físico .-

Para responder esta pregunta, primero habría que responder a las siguientes interrogantes ¿Es una facultad de los padres corregir al NNA moderadamente? o ¿Nuestra normativa avala el castigo físico como forma de crianza?

El castigo físico, ha sido erróneamente ejercido y aceptado socialmente como una práctica necesaria e imprescindible, para lograr un cambio de conducta positivo en los niños (Defensoría del Pueblo: 2009). Sin embargo, todo ello ha cambiado debido a la publicación de la Ley N° 30403, **Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes**, publicada el 30 de diciembre de 2015, que ha derogado el literal d) del artículo 74 del CNA y el numeral 3 del artículo 423 del Código Civil que señalaban:

- Artículo 74, literal d) del Código de Niños y Adolescentes:

Son deberes y derecho de los padres que ejercen la patria potestad:

(...)

d) Darles ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente.

- Artículo 435, numeral 3 del Código Civil:

3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.

Conforme señalan Díaz, Najarro y Sarango (2019: pp.6) el empleo del término “moderadamente” otorgaba a los padres el derecho de corregir a sus hijos sin determinar el concepto de “corrección moderada”, por lo que hacía falta la promulgación de una ley que incorpore el derecho al buen trato, a fin de que los niños, niñas y adolescentes se sientan protegidos de cualquier tipo de violencia.

El **castigo físico** ha sido definido por la citada ley, como el uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituya un hecho punible. (Poder Legislativo: 2015)

El objetivo de esta Ley es contribuir con la eliminación de la creencia de la necesidad del ejercicio del castigo corporal y humillante para una crianza adecuada, fomentando, por el contrario, el amor y respeto entre los miembros familiares.

Debemos precisar que aún no estaba vigente el Reglamento de la Ley N° 30403, que recién fue publicado en el 2018, mediante Decreto Supremo N° 003-2018-MIMP, por lo que no se habían establecido los

alcances de aplicación de Ley y las medidas necesarias para regularla; entre ellos el contenido de los protocolos de los programas y servicios que atienden a los niños que son víctimas de castigos físicos y humillantes.

Sin embargo, la citada ley se encontraba vigente en la fecha de interposición de la demanda, por lo que, la Sala Civil debió prever su aplicación.

La abolición del castigo físico y humillante, se encuentra avalada por lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 8, referente al derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, el mismo que ha destacado la obligación de todos los Estados Partes de prohibir y eliminar todos estos tipos de castigos a NNA (2006).

El Comité de los Derechos del Niño ha definido de manera más amplia el concepto de “castigo físico” o “castigo corporal” como todo castigo físico en el que utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar aunque sea leve; incluidos los “manotazos”, “bofetadas”, “palizas”, con la mano o **con algún objeto sea azote**, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, entre otros. (2006)

Incluye dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirse quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos. (Comité de los Derechos del Niño: 2006)

En esa línea, es preciso hacer mención que, el Comité de los Derechos del Niño incluye el azote con algún objeto como una forma de castigo físico o corporal, por lo que configura como castigo corporal el “soberle con un chicote”.

El Comité de los Derechos del Niño exigió la necesidad de eliminar toda disposición que permita el grado de violencia contra los niños, lo que implicaba abolir el castigo o la corrección en grado “razonable” o “moderado” (2006).

Consideramos que el Estado peruano ha adecuado la normativa peruana conforme lo dispuesto en la Observación General N° 8 del Comité de los Derechos del Niño (2006), la cual tiene como finalidad proteger a los niños contra todo castigo corporal y degradante, conductas que aún son erróneamente aceptadas y practicadas en el Perú.

Conforme señala la Defensoría del Pueblo, el mayor problema para la protección de los derechos de los NNA frente al uso del castigo físico y humillante es que erróneamente se ha extendido por generaciones como una medida disciplinaria; sin embargo, debemos advertir que **el castigo corporal o trato humillante incide en una forma equivocada de disciplinar a los hijos, por lo que, debe ser erradicada.** (Defensoría del Pueblo: 2009, pp: 8)

¿Cuáles son las consecuencias en los NNA que han sufrido castigo físico o corporal?

Son diversas las repercusiones en el desarrollo del NNA, como lo es la causa de una serie de trastornos que pueden afectar el desarrollo de su personalidad teniendo efectos psicosociales sobre los niños al punto de alterar la manera en la que se interrelacionan con los demás. Entre muchos de los efectos encontramos: la tendencia a relacionar el amor con la violencia, la visión agresiva y negativa de quienes lo rodean, lesiones en el autoestima del NNA, tendencia a la depresión y ansiedad, entre otros. (ídem, pp: 28)

Consideramos que, se omitió escuchar y tomar en cuenta la opinión de la niña, respecto a lo declarado en su evaluación psicológica,

de fecha 26 de enero de 2016 y su declaración testimonial, de fecha 19 de abril de 2016, en las cuales señala haber recibido **castigo físico**. No se realizó mayor incidencia o repreguntas sobre el castigo físico; durante su declaración, ni se pronunciaron respecto a la **desaprobación al método de crianza de su madre**.

Conclusión.-

Durante el tiempo que la niña convivió con la madre, **la progenitora no ha garantizado una crianza favorable para la niña**, puesto que ella ha presenciado conductas propias de adultos, ha recibido golpes propinados por su madre, esto es, ha sufrido castigo físico por parte de su progenitora, lo cual está prohibido conforme a la Ley N° 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los NNA. Es preciso reiterar que el castigo corporal o trato humillante incide en una forma equivocada de disciplinar a los hijos, por lo que debe evitarse todo castigo físico o humillante al ser fuentes de vulneración de derechos.

Asimismo, queda demostrado que tiene una mejor relación con los integrantes de la familia paterna, a diferencia del entorno familiar materno donde beben alcohol enfrente de la niña, en el mismo domicilio donde ella habitaba con su tío y abuelo, exponiéndose a diversos peligros.

El derecho al buen trato.-

Es importante también hacer un breve análisis referente al **derecho al buen trato**, establecido en la Ley N° 30403 y el artículo 3.2 la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante el cual se recalca la importancia del Estado en la protección para su bienestar y desarrollo (Miranda: IDEHPUCP)

El buen trato según el Ministerio de Educación en la “Guía de orientación para el buen trato a niños y niñas en el nivel inicial” ha sido definido como:

La posibilidad de acercarse al otro desde la empatía (la capacidad de ponerse en el lugar del otro), la comprensión, el respeto, la tolerancia, para garantizar la igualdad legal, social, religiosa, desde una costumbre y opción de vida y no desde una obligación o norma social. (2010: 9)

Según lo establecido en el reglamento de la Ley N° 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2018-MIMP, la definición de este concepto implica que:

Los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de su madre, padre, tutor/a, responsables o representantes legales, así como de sus educadores/as, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona. (2018) (el subrayado es nuestro)

Se encuentra regulado en el CNA, en el artículo 3-A, que el buen trato implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral (2015).

De las tres definiciones rescatamos que el buen trato hacia NNA, implica el **recibir por parte de los progenitores o aquel adulto responsable el afecto y cuidado que sea acorde al niño, en un ambiente seguro donde le brinden protección y le prodiguen amor.**

Este buen trato favorece a que un NNA se desarrolle adecuadamente en un ambiente en el que se sienta seguro, por el

contrario, un niño que se ha desarrollado en un ambiente hostil, puede ver afectado su desarrollo infantil.

Todo NNA requiere lograr un adecuado desarrollo integral en medio de una familia que asegure su bienestar integral. Para ello es necesario que dentro de los hogares los progenitores ejerzan **métodos de crianza** de respeto hacia sus hijos, tomando en cuenta su desarrollo evolutivo y su **opinión** en todas aquellas decisiones que le afecten. La clave de la crianza positiva es el **diálogo**, lo cual refuerza los comportamientos de los NNA de manera respetuosa sin recurrir a la violencia. (UNICEF: s/f)

La niña ha recibido castigo corporal durante el periodo que estaba bajo el cuidado de su madre, sin que fuera señalado en los argumentos de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco. El análisis fue superficial, sin indagar a fondo las condiciones en las cuales la niña se encontraba viviendo; no hubo una valoración conjunta de todos los medios probatorios, tales como la evaluación psicológica, de fecha 27 de enero de 2016 y declaración testimonial, de fecha 19 abril de 2016, de Shawni Libertad, por lo que no se le escuchó, ni se tomó en consideración su opinión, lo cual es fundamental para el otorgamiento de tenencia.

¿Cuál de los progenitores garantiza un buen trato a la niña?.-

Ambos padres tienen el deseo de obtener la tenencia de Shawni Libertad, sin embargo, la niña ha declarado sentirse más cómoda con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva, con quien juega, sale a pasear y de quien no recibe agresión física; además, el progenitor cuenta con la ayuda de sus familiares para cuidar a la niña, quienes se encargan de cuidarla cuando él se encuentra trabajando y con quienes mantiene una buena relación; es importante tomar en cuenta el rol de la familia extendida paterna para la crianza de la niña, lo cual ha demostrado ser beneficioso para ella.

Asimismo, el demandante es quién en el momento de la interposición de la demanda se encontraba asumiendo los gastos de la niña, conforme a lo dispuesto en el Informe psicológico de fecha 29 de enero del 2016, el mismo que señala *“su padre asume toda la responsabilidad económica, el cuidado y otras actividades con la menor, su madre la ve pocas veces”*, argumento que es repetido en el informe social del demandante, de fecha 29 de enero de 2016 en el cual relata que *“Nestor cuenta con un trabajo independiente, percibe una remuneración de S/2,000 ocupándose de todos los gastos de su hija en alimentación, pañales, salud, vivienda, etc”*. (Poder Judicial: 2016)

Por el contrario, con la madre, la niña declara haber recibido castigo físico por parte de su madre, asimismo, señaló haber presenciado conductas propias de adultos, relatando lo siguiente en su informe psicológico de fecha 29 de enero del 2016 *“mi madre era un poco mala, cuando vivía en mi casa, ahora vivo con mi papi y no me pegan, mi mami dormía con otros hombres.”* (Poder Judicial: 2016)

Por lo expuesto anteriormente, somos de la idea que, **el demandante fue quien mejor garantiza un derecho al buen trato de Shawni Libertad.**

Conclusión.-

Consideramos que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó de manera incorrecta el literal a) del artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes, puesto que **si bien es con la madre con quien permaneció mayor tiempo, ello no resulta ser lo más favorable para la niña.**

La niña había manifestado **haber recibido castigo físico** por parte de su madre, relatando que, su madre la había metido a la ducha, que le pegaba en la mano cuando se portaba mal e incluso la amenazaba con

golpearla con un “chicote”. Asimismo, relató que en su casa materna, el entorno familiar de la madre no era el más adecuado puesto que vivía con su **abuelo y tío quienes ingieren bebidas alcohólicas**.

Declaró **haber presenciado conductas propias de adultos** como lo es ver a su madre dormir con otros hombres señalando “*mi mami dormía con otros hombre y yo dormía en el suelo, cuando mi papá se fue a Arequipa mucho tiempo teníamos tiempo, venían mis tíos Abel, Iván y mi tío Saúl dormían en la cama y yo me alojaba al suelo*”. Dicha conducta no es propia para ser visualizada por una niña; por lo que no resultaba adecuado que a la madre se le otorgase la tenencia.

Por ende, no se tomó en consideración que era el padre quien reunía las mejores condiciones para la niña, en función al ISN, puesto que era quien tenía una buena relación con ella, contaba con el apoyo de sus familiares para cuidarla cuando su padre se encontraba en el trabajo, y mantenía una buena relación con todos los integrantes de la familia paterna, por ende, era el progenitor que le brindaba un buen trato.

El tiempo de permanencia del NNA con uno de los progenitores es un criterio que debe ser evaluado con los demás criterios y no prevalece por sobre los otros por lo que no es determinante, por sí solo, para otorgar la tenencia. En cada caso deberá ser analizado tomando en cuenta las situaciones particulares. Por ello, podemos advertir que este criterio no siempre es por sí mismo suficiente para que se le otorgue la tenencia a una de los progenitores, además que debe tomarse en consideración que no es el único criterio que se encontraba vigente para aplicar al caso en concreto.

La referencia al ISN siempre deberá ir acompañada de una **poderación de derechos** para verificar su pertinencia y aplicación, tal como establece el artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño. En el caso en particular, si bien S.L.Q.F tiene **derecho a no ser separada**

de sus padres, este derecho colisiona con su derecho a la **integridad**, por lo que este último debe priorizarse. En base al ISN, debe decidirse lo que más favorezca a S.L.Q.F.

3.1.2. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó otros criterios para determinar la tenencia?

En el caso en particular, para otorgar la tenencia a la madre, la Sala Civil determinó dos criterios, los mismo que hemos denominado “criterios extralegales” al no encontrarse regulado o contenido en una disposición normativa de manera explícita, sino que resultan de apropiaciones personales de los magistrados.

Como primer criterio extralegal se determinó el **reconocimiento tardío voluntario del padre a la niña** y, como segundo criterio extralegal, **la edad y sexo de la NNA**, los mismo que procederemos a analizar:

a. Reconocimiento tardío voluntario.-

La Ley N° 28720, Ley que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil, publicada con fecha 31 de marzo de 2006, permite que la madre pueda inscribir a su hijo(a) en la Oficina del Registro Civil y revele el nombre de la persona con la cual la hubiera tenido; asimismo, en caso no desee revelar la identidad del padre, podrá inscribirlo con ambos apellidos de la progenitora. En este caso, la madre inscribió a la niña con sus dos apellidos.

Aproximadamente un año posterior al nacimiento de Shawni Libertad, el 24 de marzo de 2011, el padre recurrió al Registro Civil de la Municipalidad Distrital de San Jerónimo, para declarar formalmente el reconocimiento voluntario de su menor hija, generando una nueva partida de nacimiento en la cual fue inscrita con los apellidos del padre

y madre; siendo inscrita como Shawni Libertad Quispe Fernandez. Con ello, se generó la relación paterno filial, desprendiendo los demás derechos y deberes inherentes entre padres e hijos.

Conforme a los hechos narrados, nos encontramos en una filiación extramatrimonial en la cual no existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer; por lo que es el reconocimiento voluntario o la imposición jurisdiccional los únicos medios para establecerla. (Varsi: pp 194)

Tendríamos que hacernos la pregunta, **¿El reconocimiento tardío genera un impedimento para otorgar la tenencia a un progenitor?** No. Es claro que nuestra normativa no precisa algún impedimento respecto a lo señalado, no existe doctrina, ni jurisprudencia que lo avale, es meramente un criterio extralegal establecido por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, por lo que, la norma no hace diferencia alguna.

Coincido con Canales en que, no se debe tomar en cuenta el tiempo, ni el momento en que se realiza el reconocimiento, por lo que no debe beneficiarse al que reconozca primero al NNA, por el contrario la tenencia deberá ser otorgada procurando salvaguardar su interés superior. (2012: pp 20)

b. Edad y sexo de la niña.-

Como segundo criterio extralegal, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco tomó en consideración la **edad y sexo** de Shawni Libertad, dado que nos encontramos determinando la tenencia de una niña de tan solo 5 años al momento de la interposición de la demanda, de sexo femenino.

Sin embargo, es preciso indicar que la Sala Civil, únicamente señala *“La menor es una niña (mujer), de 6 años de edad, debiendo*

aplicarse al presente, el artículo 84, inciso a) del Código de Niños y adolescentes” (Poder Judicial: 2016); es decir, sin argumentar este fundamento, además de **citar un artículo que no es acorde a lo mencionado**, dado que conforme hemos explicado, el artículo 84, inciso a) hace referencia al criterio de permanencia, esto es otorgar la tenencia al progenitor con el que permaneció mayor tiempo el NNA, siempre que le sea favorable, **en atención al ISN**.

Por su edad debemos señalar que no podría aplicarse lo señalado en el artículo 84, inciso b) del CNA, puesto que la doctrina de los años tiernos, es aplicada cuando el hijo(a) es menor de 3 años, priorizando que permanezca con la madre.

Pese a su corta edad y el ser del sexo femenino, estos criterios admiten modificaciones porque se debe priorizar el interés superior del niño, teniendo en consideración que conforme se señala en la Casación N° 1961-2012, antes de privilegiar estos factores, se debe considerar al NNA como sujeto de derechos y rechazar que se le tenga como objeto dependiente de los padres o subordinadas a la arbitrariedad de la autoridad. (Poder Judicial: 2012)

Es importante señalar que el artículo 421 del CC establece que corresponde al juez determinar a quién corresponde la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales, considerando factores como la edad y sexo del hijo, las circunstancias de que los padres vivan juntos o separados y, siempre, el interés del NNA.

Sin embargo, debemos destacar que con la publicación de la Ley N° 27337, que aprueba el Código de Niños y Adolescentes, de fecha 07 de agosto del 2000, se estableció una normativa específica para determinar los criterios para otorgar la tenencia. Esta norma prevalece sobre lo establecido en el Código Civil de 1984, por lo que, por su carácter de norma especial, debe aplicarse lo dispuesto en el CNA y no lo establecido

en el CC; por ende, el artículo 421 del CC no es relevante para nuestro análisis.

Conclusión.-

Para su análisis, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco determinó dos criterios extralegales, es decir que no están contemplados en la normativa, para revocar la sentencia y otorgarle la tenencia a la madre: i. el reconocimiento tardío y ii. la edad y sexo de la niña, que a nuestro criterio eran innecesarios, puesto que el reconocimiento tardío no es un impedimento legal para otorgar la tenencia a uno de los progenitores; además de que en el caso en particular la edad y el sexo femenino de la niña, no eran determinantes para aplicarlo como un criterio.

Somos de la opinión que el primer criterio no es acorde a derecho; no se encuentra establecido en la normativa o doctrina que, el reconocimiento tardío de una menor de edad sea un impedimento para el otorgamiento de la tenencia. Se debe considerar que desde el reconocimiento del padre hacia la niña, ambos se encontraban viviendo juntos en compañía de la madre, por lo que han establecido diversos lazos paterno filiales, afianzando la relación familiar.

Respecto al segundo criterio, coincidimos en que es importante analizar la edad y sexo de la niña, lo cual puede ser un indicador positivo para otorgar la tenencia a uno de los padres; en el supuesto de un niño o niña de 3 años, en el cual rige la doctrina de los años tiernos, sin embargo, aquello no es exhaustivo; pues debe primar su interés superior.

En tal sentido, conforme señala la Casación N° 1961-2012- Lima, la normativa sobre procesos de tenencia no son normas imperativas, que no admiten modificaciones; en cambio, representan una regla jurídica flexible, que prioriza lo más beneficioso para el niño, en aras del interés

superior del niño. En otras palabras, **los criterios son orientadores, más no determinantes, su aplicación surgirá de las situaciones particulares de cada caso, buscando aplicar el interés superior de aquel.**

3.1.3. ¿Los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco son acorde al interés superior de la niña?

Procederemos a analizar si los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco son acorde al interés superior de la niña, por lo cual, realizaremos un breve análisis del concepto “interés superior del NNA”.

El interés superior del NNA.-

Según Cirello, es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos (1999). Implica reconocer a los niños como sujeto de derechos, amparado en la **doctrina de la protección integral** la cual avala el resguardo de los derechos de los niños y adolescentes sin distinción alguna; en la cual los NNA dejan de ser concebidos como sujetos pasivos de protección, propio de la doctrina de la situación irregular, y pasan a ser concebidos como sujetos activos y partícipes en la promoción y defensa de sus derechos. (Barletta: 2018, pp. 20).

El interés superior del niño es un **principio rector de la Convención de los Derechos del Niño**, tratado Internacional que ha sido ratificado por el Estado peruano, por lo que ha sido incorporado a nuestro sistema jurídico y tiene el máximo nivel normativo de rango constitucional y es de carácter vinculante. Este principio ha sido reconocido conjuntamente con los principios rectores de No

Discriminación; la Supervivencia y el Desarrollo y la Participación; y el Interés Superior del Niño.

En el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, se define el interés superior del niño entendiendo que toda medida respecto al niño debe estar basada en consideración de su interés superior, por lo que, corresponde a los Estados Partes asegurar un adecuado cuidado y protección para su bienestar, debiendo tomar medidas legislativas y administrativas adecuadas a fin de lograrlo (Asamblea General de la Naciones Unidas: 1989).

Reconoce al niño como sujeto de derechos, siendo todos los derechos descritos en la Convención, los que cubren todos los aspectos de la vida de cada NNA.

En esa misma línea, la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, determina como prioridad considerar caso a caso los hechos y la situación del NNA afectado; por ende, se deberá optar por la situación más conveniente que estime las posibles repercusiones. Se busca garantizar el **desarrollo integral y pleno de los diversos derechos de los NNA** señalados en la Convención de los derechos del niño; así como su **desarrollo holístico**, lo cual implica garantizar su integridad física, psicológica, moral y espiritual. (2013)

En nuestra normativa peruana, se encuentra establecido en el **artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, el que regula que toda medida concerniente a niños, niñas y adolescentes que adopte el Estado se deberá considerar este principio (Poder Legislativo: 2000).

Asimismo, se encuentra normado en la **Ley N° 30466, Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del NNA y su reglamento**, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP.

Es así que se encuentra regulado en nuestro sistema normativo como principio, derecho y norma de procedimiento:

- Un **derecho sustantivo** *al ser un derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe”.*
- Un **principio jurídico** interpretativo fundamental, *al ser una disposición jurídica que admite más de una interpretación, eligiéndose la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.*
- Una **norma de procedimiento**, que implica que *la decisión que afecte a cualquier NNA, la decisión al respecto deberá incluir la estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el NNA. (Poder Legislativo: 2018)*

Esta **triple concepción del ISN** se encuentra abarcada en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño del 2013, la misma que analiza primordialmente la necesidad de que los derechos de los NNA tengan en primer lugar su interés superior; así como en la ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño y su reglamento aprobado mediante D.S. N.° 002-2018-MIMP.

Criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco y el interés superior de niño.-

Ahora, respondiendo a la pregunta, hemos establecido que fueron tres los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, para otorgar la tenencia a uno de los progenitores:

- Reconocimiento tardío del progenitor a Shawni Libertad.
- Tiempo de permanencia de la niña con la madre, conforme al artículo 84, inciso a) del Código de Niños y Adolescentes.
- La edad y sexo femenino de la niña.

Respecto al primer criterio, el **reconocimiento tardío del progenitor**, no ha afectado el vínculo paterno-filial. De lo relatado en los fundamentos de hecho de la demanda y contestación de la demanda, ambas partes confirman que estuvieron viviendo juntos desde junio del 2011 a febrero del 2015, fecha en la cual ambos decidieron vivir en casa de sus padres.

Posteriormente, la niña desde el 29 de diciembre de 2015 se encontraba viviendo únicamente con el padre, creando vínculos adecuados entre padre e hija. Es más, la niña en su evaluación psicológica, de fecha 29 de enero de 2016 y su declaración testimonial, de fecha 19 de abril de 2016, señala que bajo el cuidado de su padre, ellos pasean, juegan, realizan actividades propias que garantizan su desarrollo integral; inclusive, recalca que se siente más a gusto con su padre a la pregunta de con quien se siente mejor.

En nuestra opinión, el reconocimiento tardío no ha afectado el vínculo con su progenitor, mientras el padre ha ejercido la tenencia de hecho se ha afianzado más esta relación, lo cual demuestra que durante la permanencia de la niña con su padre se ha garantizado su desarrollo integral, asegurando su integridad física, psicológica, moral y espiritual. Por los motivos expuestos, **consideramos que el primer criterio no es acorde al Interés Superior del Niño.**

Respecto al segundo criterio, el **tiempo de permanencia** de la niña con la madre, es cierto que permaneció mayor tiempo con ella, sin embargo, este periodo no fue el más favorable para la niña.

Como hemos procedido a detallar en el punto 4.1.1 denominado “¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó correctamente el literal a) del artículo 84 del CNA?”, la niña declaró que

había presenciado conductas propias de adultos, en las cuales la madre duerme o se besa con otros hombres y la niña duerme en el suelo.

Asimismo, que recibió golpes propiciados por su madre, quien tenía cómo método de crianza corregirla con castigo físico, y donde el entorno familiar materno no era el adecuado por el consumo de licor en dicho inmueble; por lo que, somos de la opinión que **este segundo criterio tampoco es acorde al Interés Superior del Niño.**

En relación al tercer y último criterio, de la **edad y sexo** de la niña, hemos precisado que no es factible aplicar lo dispuesto en el artículo 84, inciso b) del Código de Niños y Adolescentes, referente a la doctrina de la años tiernos puesto que no nos encontramos analizando el caso de una niña de tres años de edad.

Independientemente del sexo femenino de la niña, ella ha demostrado tener una mejor relación con el progenitor, siendo el ambiente más favorable el domicilio donde vive con su padre. Por lo expuesto, **este tercer y último criterio no resulta ser el más favorable para la niña.**

Debe tenerse en cuenta que los criterios establecidos en el artículo 84 del CNA refieren también a derechos y deberes de los padres, los cuales son valorados de manera conjunta por la autoridad judicial y cuyo incumplimiento impacta en el otorgamiento de la tenencia. Tras el análisis, se concluye que la madre estaría incumpliendo con su **deber de velar por el desarrollo integral** de S.L.Q.F, lo cual se evaluó para tomar la decisión judicial.

Conclusión. -

Teniendo claro estos conceptos, podemos determinar que la niña percibe un ambiente más seguro en el cual le prodigan un buen trato, en el inmueble donde vive con su progenitor, donde goza del cuidado de su padre sus tías y puede esparcir con sus primas; por ende, recibe afecto de su familia paterna, se siente segura y, principalmente, no recibe castigos físicos.

Por el contrario, bajo el cuidado de la progenitora, manifiesta haber recibido golpes, una desatención por parte de la madre, en un ambiente que no es seguro para una niña, en el cual los tíos y abuelos la exponen a peligros al consumir bebidas alcohólicas en ambientes comunes. Asimismo, ve conductas propias de adultos, lo cual implica que no se garantiza una protección integral a la niña, ni existe un ambiente armonioso bajo el cuidado de la madre.

Por ende, los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco no fueron acorde al interés superior del niño; no se ha analizado el caso en concreto y la situación particular en la cual se encontraba la niña.

3.2 SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó de manera idónea el interés superior de la niña?

Para responder esta pregunta, brevemente analizaremos, nuevamente, la definición del interés superior del niño.

El interés superior del NNA. -

Conforme ya hemos señalado, al responder la pregunta “¿Los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco son acorde al interés superior de la niña?”, el interés superior del niño es un **principio** que garantiza la **satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes**, el mismo que para su aplicación implica que toda decisión que los afecte deba estar sujeta a este principio. (UNICEF: 2022)

Para ello, el Estado está en la obligación de adoptar todas las medidas para asegurar de manera efectiva la protección de los niños, niñas y adolescentes. Aquel principio se encuentra regulado por la **doctrina de la protección integral**, avalada en la Convención sobre los

derechos del niño, la misma que concibe al NNA como sujeto activo, esto es, como sujeto de derechos.

Se deja de lado la doctrina de la situación irregular que consideraba a los NNA como objeto de protección, y erróneamente les brindaba una protección basada en su situación de vulnerabilidad, indefensión e incapacidad; por medio de esta doctrina paternalista, el niño no podía valerse por sí mismo.

Una vez desplazada la doctrina de la situación irregular, se instaaura la doctrina de la protección integral; es con la Convención sobre los Derechos del Niño que se establece definitivamente esta doctrina. Al ser concebido todo NNA como sujeto de derecho, su opinión deberá ser escuchada y tomada en consideración, en función a su edad y madurez, concepto que desarrollaremos más adelante en el punto 4.2.2. ¿Se respetó el derecho de la niña a expresar libremente su opinión y a ser escuchada?

El interés superior del niño implica una consideración primordial cuando se tomen decisiones que repercutan en los NNA, o se realicen actividades relevantes para aquello; por lo que, en lugar de situarse en un segundo plano, después de los intereses de los progenitores, la comunidad y el Estado en general, deberán situar en primer plano los intereses de todo NNA. (PMNNA al 2030: 2022, pp:48)

Conforme se ha señalado en la Casación N° 2885-2009, La Libertad, el principio del interés superior del niño se puede definir como:

“El conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, escasos concrete, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritualidad sobre lo material (una vez

asegurados ciertos mínimos) y de los futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimiento y preferencias, etcétera” (el subrayado es nuestro)

Es así que, entendemos que el ISN es un principio fundamental, que abarca la protección de los derechos inherentes a cada NNA a fin de que tenga una condición de vida adecuada para su desarrollo.

El NNA como sujeto de derechos .-

El reconocer que los NNA son sujetos de derechos, implica que los mismos ejerzan sus derechos de participación, opinión, asociación y expresión. El reconocer sus derechos implica reconocer su **titularidad de derechos y deberes**, conjuntamente con su capacidad de goce y ejercicio de acorde a la evolución de sus facultades, vinculadas a su voluntad en la toma de sus decisiones. (Garces: 2021, pp: 80)

El reconocerlos como sujetos de derechos deja de lado la concepción paternalista, dando un paso importante al reconocimiento de su autonomía, derecho de participar en las decisiones que lo involucran y en diversos ámbitos. Es así que su opinión será tomada en cuenta en función a su edad y madurez, la misma que comprende una madurez integral, esto es física, psicológica y moral. (Del Moral Ferrer: 2007)

El cambio de “objetos de protección” amparado por la Doctrina de la Situación Irregular es dejado de lado por la concepción de los NNA como sujetos de derecho amparada por la Doctrina de la Protección Integral; por lo que, conforme señala Barletta, la referencia de este cambio de objeto de protección a sujeto de derecho debe ser entendida como la *“revalorización social que ha tenido lugar con el niño como un sujeto que tiene un actuar protagónico en la defensa y promoción de sus derechos”*. (2018: pp:41)

La importancia de una decisión motivada.-

Es importante destacar que todas las decisiones tomadas por el poder judicial deben estar debidamente motivadas, de manera que se puedan establecer claramente cuáles son los derechos concurrentes y, principalmente, que se facilite la verificación de la ponderación efectuada. Esto tiene como finalidad explicar por qué la medida adoptada es la más adecuada para garantizar el desarrollo integral del NNA. En este sentido, si se toma una decisión contraria a la opinión del NNA, será necesario justificar el motivo de la discrepancia (Herencia, 2021).

3.2.1 ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco evaluó y determinó los elementos necesarios para aplicar el interés superior del niño?

En la Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, se señala que para aplicar el interés superior del niño en una decisión particular sobre una medida concreta se deberán seguir dos pasos: primero, evaluar y, segundo, determinar el interés superior del niño, **las mismas que han sido establecidas como pautas procedimentales.** (Comité de los Derechos del Niño: 2013)

¿Cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño?

Son siete elementos los que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el ISN, en la medida que sean pertinentes (2013):

1. La opinión del NNA.
2. La identidad del NNA.
3. La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones de los NNA.

4. Cuidado, protección y seguridad del NNA.
5. Situación de vulnerabilidad del NNA.
6. El derecho del NNA a la salud.
7. El derecho del NNA a la educación.

Es preciso indicar que ninguno de estos elementos tiene mayor jerarquía, y no es exhaustivo por lo que es posible incorporar otros elementos conforme a las circunstancias particulares de cada caso, siempre que no contravenga con la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que, los siete elementos deben ser tomados en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. (Comité de los Derechos del Niño: 2013, pp: 13). A continuación procederemos a detallar cada uno de ellos:

a. La opinión del NNA

El derecho a expresar su opinión es indispensable para garantizar el interés superior del niño, de acuerdo a su edad y madurez. Punto que desarrollaremos más adelante en el punto 4.2.2 denominado “¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco respetó el derecho de la niña a expresar libremente su opinión y a ser escuchada?”.

b. La identidad del NNA:

Conforme se señala en el punto 55 de la citada Observación General N° 14, los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. (Comité de los Derechos del Niño: 2013, pp: 14)

c. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones de los niños, niñas y adolescentes:

Se debe prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar (ídem), en concordancia con el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que se debe respetar el derecho del niño a no ser separado de uno o ambos padres, a fin de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (Asamblea General de las Naciones Unidas: 1989).

Se deberá priorizar que todo NNA se mantenga en su entorno familiar, ofreciendo apoyo a la familia como alternativa a la separación (UNICEF: 2022, pp. 19)

d. Cuidado, protección y seguridad del NNA:

Debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar la protección y el cuidado que sea necesario para asegurar el bienestar físico, emocional y social de todo NNA; entendiendo el término de “protección” y “cuidado” en sentido amplio, buscando garantizar el bienestar y el desarrollo holístico del niño. (Comité de los Derechos del Niño: 2013, pp:16)

Es importante resaltar la importancia del **cuidado** emocional, siendo esta la necesidad básica de todo NNA; así como su **seguridad**, puesto que todo NNA tiene derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, acoso o abuso sexual, intimidación y tratos denigrantes (UNICEF: 2022)

e. Situación de vulnerabilidad del NNA:

Se debe considerar la situación de vulnerabilidad del niño como el tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, vivir en la calle, ser refugiado, entre otros. Debe tenerse en cuenta su situación de

vulnerabilidad y respetarse todos sus derechos consignados en la Convención sobre los Derechos del niño y sus derechos humanos relacionados con su situación particular de vulnerabilidad. (Comité de los Derechos del Niño: 2013, pp:17)

f. El derecho del NNA a la salud:

El derecho a la salud es fundamental para evaluar el interés superior del niño. El concepto de salud debe entenderse como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades. (Comité de los Derechos del Niño: 2013)

En caso exista más de una posibilidad para tratar la enfermedad de una NNA, se debe evaluar cuales son los tratamientos factibles de acuerdo a su interés superior, debiendo informar y tomar en cuenta la opinión de NNA conforme a su edad y madurez. (Comité de los Derechos del Niño: 2013, pp:17)

g. El derecho del NNA a la educación:

El derecho a la educación se debe proporcionar a cada NNA por lo que, su acceso es de manera gratuita, incluyendo la educación desde la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas; por lo que, es necesario que los docentes estén capacitados adecuadamente (Comité de los Derechos del Niño: 2013, pp:17)

La educación se entiende como la preparación para la vida, la cual prepara a todo NNA a tomar decisiones, resolver conflictos de forma no violenta, tener relaciones sociales satisfactorias, entre otras; para ello, los progenitores tendrá un rol fundamental al ser los primeros

educadores de cada NNA, siendo fundamental una orientación y dirección adecuada (UNICEF: 2022)

¿Qué elementos debieron evaluarse en el caso en concreto?

En mi opinión, en el caso en particular es necesario analizar tres elementos: **la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad y, por último, la opinión de la niña.**

El primer elemento resulta fundamental puesto que es indispensable **preservar el entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones**, más aún teniendo en consideración el rol de la familia extendida en la crianza de la niña. La familia debe ser vista como el entorno de seguridad de la niña, un lugar libre de violencia, donde no se ejerza ningún castigo físico o humillante hacia S.L.Q.F, así como deberá evaluarse los lazos socio afectivos con su familia, por lo que resulta importante analizar el tipo de crianza que emplea cada progenitor en su domicilio, determinando cuál es el progenitor idóneo para que se le otorgue la tenencia de la niña.

También resulta importante el análisis del segundo elemento: el **cuidado, protección y seguridad** de la niña. Para ello, deberá encontrarse garantizado su bienestar y desarrollo holístico, lo cual implica garantizar el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de S.L.Q.F; asimismo, implica prohibir cualquier tipo de violencia que pudiera surgir en el entorno familiar, buscando priorizar su seguridad y protección, no sólo en el momento del análisis, también implica valorar los posibles riesgos y daños a futuros, esto es, evaluar los peligros latentes a los cuales podrá verse expuesta en caso de determinar otorgar la tenencia a uno de los progenitores.

Por último, también es necesario evaluar la **opinión** de S.L.Q.F para el análisis de la decisión. Para ello, deberá tenerse en cuenta la edad y madurez, permitiendo con ello que el NNA sea partícipe de la decisión, formándose un juicio propio, libre de manipulaciones, para lo cual, deberá ser informada y tomada en cuenta su opinión. Pese a que la niña tenía 5 años al momento de la interposición de la demanda considero importante evaluar lo señalado en su declaración y evaluación psicológica, ya que la niña ya tenía un juicio propio para opinar al respecto.

Evaluación y determinación del interés superior del niño en cada instancia.-

Debemos establecer cuáles son los elementos del caso en concreto en cada instancia para así evaluar el interés superior del niño y ponderar su importancia en relación con otros.. En el caso en particular, encontramos que tendremos que ponderar la **integridad** de S.L.Q.F, con su derecho a **preservar y mantener relaciones con su madre**, el cual será analizado a continuación en cada instancia.

En primera instancia, el Tercer Juzgado de Familia de Cusco para otorgar la tenencia al progenitor y el régimen de visitas a la progenitora, se basó en tres criterios: primero, la mejor situación económica del progenitor, segundo, la opinión de la niña quien mantenía una buena relación con su padre y desaprobaba la actitud de la madre, y tercero, la red de apoyo familiar con la que contaba el demandante, quien tenía el apoyo de su madre y hermana para cuidar de la niña; a diferencia del cuidado que recibía en casa de la demandada donde su tío y abuelo era propensos a consumir bebidas alcohólicas continuamente.

Así, encontramos que de los siete elementos establecidos por el Comité de los Derechos del Niño, debemos evaluar solamente tres: la opinión de la niña; la preservación del entorno familiar y el

mantenimiento de las relaciones; y el cuidado, protección y seguridad del niño.

En segunda instancia, la Sala Civil de Cusco al revocar la sentencia de primera instancia y declara infundada la demanda, otorgando la tenencia a la progenitora y el régimen de visitas al progenitor, tomó en consideración tres criterios: primero, el reconocimiento tardío de la niña por parte de su padre; segundo, el mayor periodo de convivencia que había tenido la niña con la madre; tercero, el sexo y edad de la niña.

En esta segunda instancia de los siete elementos solamente encontramos uno, el referente a la identidad de la niña, puesto que se hace hincapié al sexo y edad de la misma.

Por último, en Casación, la Corte Suprema de Justicia de La República declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante y confirmó la sentencia emitida en primera instancia, otorgando la tenencia al progenitor y el régimen de visitas al demandante.

Para su análisis toman en consideración cuatro elementos: primero, el entorno familiar de la demandada no era el más adecuado puesto que la niña se encontraba en riesgo en dicho inmueble al vivir con personas que consumen bebidas alcohólicas continuamente; segundo, el comportamiento inapropiado de la madre quien hacía presenciar a la niña conductas propias de adultos pudiendo influenciar en su comportamiento; tercero, la opinión de la niña, quien manifestó sentirse más a gusto con su padre; cuarto, la mejor condición de vida que podía otorgarle el demandante.

En sede de casación de los siete elementos encontramos dos: la opinión de la niña y el cuidado, protección y seguridad de la niña.

Cuadro N° 2: Cuadro resumen de criterios evaluados

	SENTENCIA	SENTENCIA DE VISTA	CASACIÓN
Criterios evaluados	a. Opinión de la niña b. Preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones de la niña c. Cuidado, protección y seguridad de la niña	a. Identidad de la niña	a. Opinión de la niña b. Cuidado, protección y seguridad de la niña

Elaboración propia

Fuente: Poder Judicial del Perú: 2016

Aplicación del Tercer Juzgado de Familia de Cusco del interés superior del niño

Se prioriza el elemento de **preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones**, por lo que previamente a emitir sentencia se hicieron las siguientes interrogantes: ¿Se ha evaluado si el entorno familiar paterno de la niña es seguro? ¿Resulta más conveniente que la niña permanezca en el entorno familiar materno? ¿Es lo mejor para la niña permanecer con su familia paterna o por lo contrario es mejor permanecer con su familia materna? ¿Existe algún riesgo para el desarrollo y bienestar de la niña si permanece con su familia paterna?

Se ha analizado que el entorno familiar paterno de la niña es seguro, citando en el considerando sexto de la sentencia que “*De los informes Sociales efectuados por el equipo multidisciplinario a los padres de la menor Shawni Libertad Quispe Fernandez (...) tiene el apoyo de su madre y hermana quienes cuidan de su menor hija mientras él trabaja, refiere que su hija se lleva muy bien con su sobrina de 4 años con quien juega y departe de la casa (...)*”. (Poder Judicial: 2016)

Argumento que se vuelve a repetir en el considerando noveno de la sentencia “*ha quedado evidenciado conforme la situación económica y de*

apoyo familiar el demandante sería quien tendría mejores posibilidades de apoyar a su hija para su adecuado cuidado, desarrollo y desenvolvimiento. (...) se infiere de su declaración -haciendo referencia a la declaración de la niña- que las condiciones más adecuadas se encuentran al lado de la familia paterna de donde recibe apoyo y compañía por parte de sus tías (...)” (Poder Judicial: 2016)

El ambiente familiar paterno es seguro puesto que la niña cuenta no solo con el cuidado y protección del padre, también de su familia extensa, abuela, tía y prima. Es lo mejor para ella permanecer con su familia paterna, por los cuidados que le brindan en este lugar, donde la misma niña ha detallado sentirse a gusto con su padre.

No existen riesgos para su desarrollo al permanecer con su familia paterna, puesto que los integrantes son personas que ayudan a que la niña tenga un mejor desarrollo adecuado a su edad, por lo que, es mejor para la niña permanecer con su familia paterna.

Asimismo, se prioriza el **cuidado, protección y seguridad del NNA**, considero que previamente se han realizado las siguientes preguntas: ¿El entorno familiar materno es favorable para su bienestar emocional y físico o resultaría más conveniente que permanezca con el entorno familiar paterno? ¿Se asegura la protección de la niña con la decisión de otorgarle la tenencia al padre?

En el considerando noveno de la sentencia se menciona “*se infiere de su declaración- haciendo referencia a la declaración de la niña- que (...) contrario a la familia materna que según ha referido su tío y abuelo tienden a beber continuamente*”. (Poder Judicial: 2016) Entonces, se evidencia que el entorno familiar materno no es el más favorable para el bienestar emocional y físico de la niña, puesto que existen personas que consumen bebidas alcohólicas siendo un lugar inseguro para ella.

Por ende, se asegura la protección de la niña otorgándole la tenencia al padre, puesto que estará en un ambiente más seguro, protegida por sus tías y primas, quienes son pieza clave para la crianza de la niña, a diferencia del ambiente materno donde existe un riesgo latente al estar rodeada de familiares que consumen bebidas alcohólicas en el domicilio de la madre.

Por último, se enfocaron en la **opinión de la niña**, respondiendo a las preguntas: ¿Se ha escuchado a la niña? ¿Cuáles son los deseos y opiniones de la niña respecto a la decisión?. En el considerando noveno se indica “(...) estado a lo mencionado por la menor en su evaluación psicológica y en su declaración en audiencia, se ha advertido que se siente más cómoda con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva, desaprobando la actitud de su madre pese a que desea continuar su relación con ella deseando verla como lo ha estado haciendo a la fecha.” (Poder Judicial: 2016).

De ello se advierte que en la sentencia se prioriza la opinión de la niña, recalcando lo señalado por ella en su evaluación psicológica y en su declaración en la audiencia, quedando evidente que se ha escuchado a la niña y su deseo de estar con su padre al sentirse más cómoda con él y desaprobar la conducta de su madre.

Ponderación de derechos.-

Ahora aplicando una ponderación de derechos, en base al **juicio de adecuación** comprobamos que el otorgarle la tenencia al progenitor y el régimen de visitas a la progenitora se soluciona conforme a la finalidad de la Constitución Política del Perú como norma suprema. Se prioriza la **integridad** de la niña al mantenerla bajo el cuidado de su progenitor quien cuenta con la ayuda de su familia extensa esto es, con el cuidado de su abuela y tía.

En base al **juicio de necesidad** podemos comprobar que el otorgarle la tenencia al progenitor y el régimen de visitas a la progenitora constituye la solución más efectiva y adecuada, se verifica que la medida es la menos restrictiva de derechos. El ambiente familiar de la madre no es el adecuado al tener familiares que consumen bebidas alcohólicas, puesto que pone en riesgo su integridad a sufrir cualquier riesgo latente, por lo que, permanecer en el entorno familiar paterno es la opción ideal.

Esta medida no resulta ser restrictiva de derechos, puesto que en esta misma sentencia se decide otorgar un régimen de visitas a la madre, por lo que la niña seguirá manteniendo lazos con su madre, entendiéndose que este régimen de visitas permita la continuidad de las relaciones entre madre e hija, debiendo ser visto más como un derecho de la niña que un derecho de la madre.

En base al **juicio de proporcionalidad y razonabilidad**, bajo esta medida existe un balance entre los efectos positivos y los efectos negativos que se tratan de disminuir. De esta manera las ventajas obtenidas de su aplicación, deben compensar las desventajas que esta implica.

Por un lado, tenemos que lo positivo para la niña es permanecer con su familia extensa paterna con la cual se siente protegida y cuidada, con quienes ha expresado sentirse más a gusto, tomando en cuenta su opinión, por el otro, se busca disminuir cualquier riesgo a futuro que pueda afectar la integridad de la niña al continuar con los familiares materno.

Con el régimen de visitas otorgado a la madre de lunes a viernes de 3:00 pm a 6 pm y los domingos de 9:00 am a 6:00 pm podrá estar bajo la supervisión de la niña y estar al tanto de cualquier acto que pudiera realizar el tío y el abuelo que tienden a consumir licor frente a la niña, por lo que se ha disminuido cualquier efecto negativo en la integridad de la niña.

Haciendo este test de ponderación, consideramos que fue correcta la decisión del Tercer Juzgado de Familia de Cusco al otorgar la tenencia al padre y el régimen de visitas a la madre, puesto que **se ha priorizado la integridad de S.L.Q.F.** Si bien la niña tiene también derecho a mantener relaciones con su madre, su derecho a la integridad está siendo vulnerado, conforme hemos señalado, se ve expuesta a peligros al estar en el ambiente materno, puesto que vive con personas que consumen bebidas alcohólicas exponiéndose a peligros.

Aplicación de la Sala Civil de Cusco del interés superior del niño

Como hemos señalado la Sala Civil de Cusco únicamente aplicó un elemento y es la identidad de la niña, previamente se ha respondido a las siguientes interrogantes ¿La decisión considera perspectiva de género? ¿Cuál es la edad y sexo de la niña y cómo puede influenciar la figura materna?

Para su análisis señalan en el fundamento 3.6.8 “*Lo anterior nos obliga a tener que tomar una decisión en base a lo real u objetivo (...) iii) la menor es una niña (mujer) de 6 años de edad, debiendo aplicarse al presente el artículo 84, inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes*” (Poder Judicial: 2016)

Se trata de una niña, de sexo femenino de 6 años de edad, por lo que al parecer de este despacho resultaría más adecuado la presencia femenina materna, para la crianza de la niña, evidenciando una perspectiva de género

Ponderación de derechos.-

Realizando ponderación de derechos, en base al **juicio de adecuación** comprobamos que el otorgarle la tenencia a la madre y el régimen de visitas al padre se soluciona conforme a la finalidad de la Constitución Política del Perú como norma suprema, en este caso la identidad de la niña.

En base al **juicio de necesidad**, consideramos que no se verifica que la solución constituya la más idónea para garantizar los derechos de la niña. Conforme ya hemos explicado la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco otorgó un régimen de visitas al padre, el que no iba acorde al que se iba realizando, otorgándole al demandante las visitas los días sábados a partir de las 09:00 am hasta las 18:00 pm.

¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia priorizó el cuidado, protección y seguridad de la niña al otorgarle la tenencia a la madre? La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, no evaluó lo señalado en el Informe Psicológico N° 76-2016-PS-EMD-CSJC-PJ realizado por el Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fecha 29 de enero de 2019, mediante el cual la niña calificó negativamente a su madre, comparando la crianza que tuvo con esta última con la buena relación filial que mantenía con su padre. Asimismo, indicó que su madre la agredió físicamente cuando vivía en el domicilio materno.

En la declaración testimonial, de fecha 19 de abril de 2016 repite el mismo discurso negativo hacia su progenitora, indicando que cuando ella no hacía sus tareas, la madre la iba a agredir con un chicote en la mano; señala que se enojaba con ella cuando se portaba mal.

En el ambiente en el cual la niña se desarrolla bajo el cuidado de su madre, se encuentran familiares que consumen bebidas alcohólicas en la sala, que es el ambiente común, donde se desarrollaría la niña, lo

cual puede exponer a peligros y poner en riesgo su seguridad; siendo diversos los peligros latentes a los cuales la niña se ve expuesta.

Por lo expuesto, el otorgar la tenencia a la madre no resulta ser la solución más idónea para la protección de los derechos de la niña, existía una medida menos restrictiva de derechos que era más eficaz como lo fue lo establecido por el Tercer Juzgado de Familia de Cusco, quien haciendo una ponderación de derechos determinó que era más idóneo otorgar la tenencia al padre y el régimen de visitas a la madre.

En el caso en particular, se ha priorizado la identidad de la niña, lo cual abarca las características como su sexo y edad; sin embargo, era primordial analizar también su integridad. Por tanto, al no cumplir con el juicio de necesidad no continuaremos analizando el juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

Aplicación de la Corte Suprema de Justicia de La República del interés superior del niño

Por último, en Casación, la Corte Suprema de Justicia de La República, toma en consideración dos de los elementos: la opinión de la niña y el cuidado, protección y cuidado de la niña.

Se prioriza el elemento de **protección y cuidado de niña** argumentando en el fundamento quinto que *“(...) de lo expuesto se puede concluir, el riesgo en que se encuentra la menor al existir en la casa de la demandada personas que consumen licor todos los días, así como en el comportamiento inapropiado de la madre frente a su hija al hacerle presenciar conductas propias de adultos que pueden influir en un comportamiento negativo para su desarrollo integral”* (Poder Judicial: 2016)

Para este análisis se ha respondido a las siguientes preguntas: ¿Es el entorno familiar materno de la niña- al estar rodeada de personas que consumen licor todos los días- más favorable para su bienestar emocional y físico? ¿Resulta más beneficioso para la niña estar bajo el cuidado y protección de la familia paterna? ¿Contribuye la decisión a que la niña tenga un nivel de vida adecuado para su desarrollo presenciando conductas propias de adultos con su madre? ¿O por el contrario resultaría más beneficioso para su desarrollo integral dejar de presenciar la conducta materna?

Estar rodeada con personas que consumen licor todos los días no es lo más favorable para el bienestar emocional y físico de la niña, si bien la niña aún no ha sufrido una afectación a su salud física, existe un peligro latente de ser víctima en algún momento al permanecer en el domicilio materno con personas que ingieren con regularidad alcohol, viendo afectada su integridad.

Asimismo, el otorgarle la tenencia a la madre no contribuye en un nivel de vida adecuado para la niña, puesto que presencia conductas propias de adultos, lo cual puede generar que a pequeña edad busque repetir conductas negativas de su madre, resultado perjudicial para ella.

Se prioriza el elemento de **opinión de la niña**, en el fundamento quinto al señalar “*observándose que la niña se siente más a gusto con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva*” (Poder Judicial: 2016). Se ha buscado responder a las preguntas: ¿Cuál es el deseo de la niña respecto a la decisión? ¿Se ha escuchado a la niña?

Se evidencia que en sede de Casación se escucha a la niña y lo declarado en su evaluación psicológica y declaración testimonial, priorizando su opinión puesto que ella se siente más a gusto con su padre con quien también mantiene una relación adecuada, siendo necesaria

para su desarrollo integral. Por lo que, no solamente se limitan a señalar extractos de su declaración, también se toma en cuenta su opinión.

Ponderación de derechos.-

Realizado una ponderación de derechos, **conforme al juicio de adecuación**, efectivamente el declarar fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, casando la sentencia de vista y confirmando la sentencia de primera instancia, es conforme a la finalidad de nuestra Constitución Política del Perú, se prioriza la **integridad** de la niña, manteniéndola con su progenitor.

Conforme al **juicio de necesidad**, el otorgarle la tenencia al padre y el régimen de visitas a la madre es la solución más adecuada, efectiva y menos restrictiva de derechos. Ya se ha señalado que existen peligros latentes si la niña permanece en el domicilio materno al tener familiares que consumen bebidas alcohólicas, viendo con ello afectada su integridad; asimismo, podría verse afectado este derecho al presenciar conductas propias de adultos.

Esta medida no resulta ser restrictiva de derechos, puesto que en esta misma casación se varía únicamente lo referente al régimen de visitas de la madre, otorgándole uno más amplio, con pernoctación, por lo que la niña seguirá manteniendo lazos con su madre, estando también presente la figura materna en la crianza de la niña.

Por último, conforme al **juicio de proporcionalidad y razonabilidad**, esta medida produce más efectos positivos que negativos. La ventaja obtenida al otorgarle la tenencia al padre, efectivamente, es el cuidado y protección que se le va a brindar, por lo que se busca impedir cualquier afectación hacia la integridad de Shawni Libertad al continuar viviendo en el entorno materno, expuesta a peligros latentes.

Realizando este test de ponderación, al igual que el realizado en primera instancia por el Tercer Juzgado de Familia de Cusco, considero que fue correcta la decisión de otorgar la tenencia al padre y el régimen de visitas a la madre, conforme mencionamos en el análisis del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, **se ha priorizado la integridad de S.L.Q.F.** Si bien la niña tiene también derecho a mantener relaciones con su madre, su derecho a la integridad está siendo vulnerado, conforme hemos señalado, se ve expuesta a peligros al estar en el ambiente materno, puesto que vive con personas que consumen bebidas alcohólicas exponiéndose a peligros, presencia conductas propias de adultos que puede imitar a futuro, siendo perjudicial para ella

Cuadro 3.- Cuadro resumen de ponderación de derechos

	SENTENCIA	SENTENCIA DE VISTA	CASACIÓN
Ponderación de derechos	Preservación del entorno familiar materno y el mantenimiento de relaciones de la niña con su madre < Integridad.	Identidad de la niña > Integridad	Preservación del entorno familiar materno y el mantenimiento de relaciones de la niña con su madre < Integridad.

Elaboración propia

Fuente: Poder Judicial del Perú: 2016

Conclusión.-

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco no determinó de manera idónea el interés superior de la niña. Para otorgar la tenencia y régimen de visitas, se aplicó como criterio el tiempo de permanencia de la niña con la madre, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, inciso a) del CNA. Se otorgó la tenencia al progenitor con el

cual convivió mayor tiempo, sin tomar en consideración que aquello no era lo más favorable para la niña.

Los otros dos criterios como lo fueron el reconocimiento tardío del progenitor y la edad y sexo de la niña, una niña de 6 años, del sexo femenino, fueron criterios que no aportaron a la garantización del interés superior de la niña.

No se ha tomado en cuenta la opinión de la niña. En el presente expediente se ha citado lo mencionado por la niña y se ha hecho énfasis en que ella no presente desapego hacia ninguno de los progenitores y quiere tener a ambos juntos; sin embargo, este análisis se ha realizado de manera superficial, puesto que se ha omitido analizar otros temas, los mismos que eran fundamentales para otorgar el fallo.

Considero que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco no se ha cumplido con evaluar y determinar los elementos esbozados en la Observación N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, no ha existido una ponderación de derechos que analice el caso en particular. Si bien la niña tiene también derecho a mantener relaciones con su madre, su derecho a la integridad está siendo vulnerado, siendo necesario priorizar este último conforme hemos señalado; **asimismo, esta decisión no ha sido debidamente motivada conforme al interés superior de la niña.**

3.2.2. ¿La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco respetó el derecho de la niña a expresar libremente su opinión y a ser escuchada?

Hemos expresado la importancia de reconocer al niño como sujeto de derechos, por lo cual, el reconocimiento de su **derecho de opinión** es una manifestación más de esta condición, por lo que detallaremos qué implica su derecho a opinar, participar y ser escuchado, pero

previamente haremos un recuento de lo que implica una participación infantil.

La participación de NNA ha sido definida por UNICEF como un derecho y un principio general de la Convención de los Derechos del Niño, para la realización de todos los demás derechos; resulta ser un componente obligatorio para poder garantizar la autonomía progresiva, protección y el interés superior del niño. (2022)

En la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho de participación se sitúa como uno de los cuatro principios rectores, junto con el Principio de No Discriminación, el Interés Superior del Niño y la Supervivencia y el Desarrollo.

El término participación ha evolucionado, se utiliza para describir el diálogo entre niños y adultos, teniendo como base el respeto mutuo, donde ambos participan, el niño pueda opinar y el adulto tendrá en cuenta la opinión y evaluará su repercusión. (Comité de los Derechos del Niño: 2009, pp: 5)

La escalera de participación infantil.-

Roger Hart, fue el creador de la famosa “Escalera de la Participación” realizada en 1993, la misma que determina los diversos niveles de participación de los NNA para que puedan expresar su sentir y exigir sus derechos, por lo que son ocho los escalones para alcanzar una participación efectiva, los cuales se pueden dividir en dos grandes sectores, el grado de no participación y el de participación genuina.

El primer sector, se encuentra relacionado a acciones de niños que no tiene la oportunidad de expresar su opinión, en el cual, o son manipulados sin saber qué hacen, son utilizados o son aparentemente informados.

El segundo se relaciona a las participación del NNA, sean involucrado, informado, con decisiones compartidas con adultos por proyectos de adultos iniciados, proyectos dirigidos por niños y proyectos iniciados por niños, con decisiones compartidas con adultos.

Derecho a expresar su opinión y ser escuchados. -

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que lo afectan, en función a su edad y madurez. por lo que si no se toma en cuenta su opinión, no se respeta la participación del niño en función a su interés superior. (Comité de los derechos del Niño: 2013, pp: 13)

Al respecto, en la Convención sobre los Derechos de Niño se señala:

Artículo 12

Derecho a expresar su opinión

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Derecho a ser escuchado en procedimientos judiciales

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (el subrayado es nuestro)

Del artículo 12 podemos determinar que son cuatro los elementos para que un NNA pueda ejercer eficazmente su derecho de participación:

1. **Deberá ser informado:** para que pueda emitir una opinión, previamente el NNA deberá ser informado sobre todos los asuntos que le afectan y demás de su interés, para formarse ideas e impresiones acerca del asunto sobre el cual van a opinar (UNICEF: 2022, pp 20).
2. **Deberá emitir una opinión:** una vez informado, deberá expresar su opinión, exponiendo sus ideas y de ser posible dando propuestas y/o soluciones sobre los asuntos que lo afectan y demás de su interés.

Esta opinión deberá ser propia, sin haber sido manipulada, promoviendo la capacidad del niño a formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, teniendo en cuenta su edad y madurez. Todo ello debe realizarse en un entorno que no sea intimidatorio, por el contrario que sea accesible y adaptado a las necesidades del NNA (UNICEF: 2022, pp. 20).

3. **Deberá ser escuchado:** tan pronto como esta opinión es exteriorizada no deberá quedar solo en la plena manifestación, la misma deberá también ser escuchada, esto es que al ser transmitida sea respetada.
4. **Deberá incidir en las decisiones:** inmediatamente que se ha escuchado al NNA, respetando la opinión del NNA, se deberá tomar en cuenta respecto al asunto que involucre y/o afecte directamente al NNA.

Por ende, el NNA deberá ser informado, emitir una opinión, ser escuchado y se deberá incidir en las decisiones.

Queda claro que, la autonomía y subjetividad del niño y la importancia de su opinión que debe tenerse en cuenta en las decisiones de los adultos. (Canales Torres: 2022, pp:47)

Se entiende que esta autonomía del niño, surge de su capacidad para formar sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas. Un niño no necesariamente tendrá el conocimiento total de aquel asunto que lo afecta, bastará con una comprensión suficiente para ser capaz de formarse un juicio propio del asunto.

Sin embargo, dependerá del niño el ejercer su **derecho de expresar su opinión libremente**, esto es en un ambiente sin presiones, pudiendo escoger si desea o no ejercer su derecho a ser escuchado, por lo que, se tendrá en cuenta que, el expresarse “libremente” implica no ser manipulado, ni estar sujeto a influencia o presión alguna. Tendrá que ser una opinión genuina de él/ella. (Comité de los Derechos del Niño: 2009, pp: 10)

Debemos precisar que los niños deben ser oídos no solo porque así lo señala la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que ha sido ratificado por el estado peruano, su importancia radica en la consideración primordial del **protagonista del proceso judicial de tenencia: el niño, niña y adolescente** (Rentería Durand, María: 2016, pp: 79)

El derecho del NNA a la participación y ser escuchado está referido a la escucha atenta de los adultos de la voz del NNA, comprendiendo la diversidad de visiones. (Oviedo Fierro, Sara: 2009)

La participación del NNA conforme a su edad y madurez .-

Se ha reconocido el derecho del niño a ser oído, el mismo que podrá formarse su propio juicio y podrá expresar con libertad su opinión, teniendo en cuenta su edad y madurez, sin embargo, queda a discreción del magistrado determinar cuándo es que se tomará en consideración la opinión del NNA, por lo que habría que realizarnos la siguiente pregunta ¿Qué se entiende por la edad y madurez de un NNA?

Respecto a la **edad**, el Comité de los Derechos del Niño recalca que no existe un límite mínimo de edad para que un NNA exprese su opinión. La edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, por lo que, los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por tanto, deberán evaluarse caso por caso, conforme a cada una de las circunstancias particulares. (2009)

Respecto a la **madurez**, el Comité de los Derechos del Niño ha definido este término como la “*capacidad de un niño de expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente*”. (2009)

La opinión del niño es un aspecto fundamental a valorar al determinar el ISN. Nuestro Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 85 establece que “*El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente*” (2000).

Esta normativa establece una clara distinción entre **escuchar** y **tomar en cuenta** la opinión. Los niños menores de 12 años podrán ser escuchados, mientras que a los adolescentes (de 12 a 18 años) se les podrá tomar en cuenta su opinión, de acuerdo con su edad y nivel de madurez.

La madurez , como hemos mencionado, se entiende como la capacidad de expresar una opinión propia. En este sentido, el adolescente ya se ha formado un juicio propio y tiene la capacidad de generar sus propias opiniones, así como el derecho a expresarlas. Es importante advertir que la opinión del adolescente debe ser propia, libre de toda influencia o manipulación por parte de los progenitores o terceras personas.

Conforme señala Barletta *“el fundamento jurídico para la diferenciación de niño y adolescente se origina en el Principio de Progresividad, el cual consiste en el otorgamiento paulatino de derechos y obligaciones, según su criterio de edad (capacidad legal) y madurez (capacidad natural) (2005: 24)”*

Por ello, es crucial que el equipo multidisciplinario escuche al niño, niña o adolescente (NNA) mediante evaluaciones, juegos, expresiones corporales y otras técnicas, con el fin de evitar cualquier manipulación por parte de los adultos. Además, debe asegurarse de que el NNA reciba toda la información necesaria, considerando su situación particular y creando un entorno en el que se sienta respetado y seguro para expresar su opinión.

La participación de los NNA en los procesos de tenencia.-

Conforme hemos expresado, las partes recurren a los procesos judiciales de tenencia, cuando no llegan a un acuerdo respecto a la tenencia del NNA, o si el acuerdo determinado resulta perjudicial para este último; por lo que, estamos en un conflicto entre los padres, en el cual ambos desean obtener la tenencia de su hijo(a); pero será el magistrado quien determinará cuál es el progenitor más idóneo para ello.

Al repercutir los efectos de la decisión en el NNA, el magistrado deberá garantizar su participación, tomando en cuenta su edad y

madurez, teniendo en consideración que esta opinión sea auténtica y sin influencia de uno de los progenitores.

El magistrado logrará escuchar y tomar en cuenta la opinión del NNA en la entrevista, mediante preguntas; mientras que el equipo multidisciplinario al realizar la evaluación psicológica podrá comprender más la situación del NNA analizando su opinión.

Para ello, los operadores jurisdiccionales deben estar capacitados adecuadamente, para informar al niño, a fin de que emita una opinión y sea escuchada y tomada en cuenta la misma. Caso contrario, se tendría una visión adultocentrista en la cual, se excluye la valoración de la opinión del NNA, quien es el protagonista del proceso judicial y sobre quién van a recaer los efectos de la sentencia.

Son diversas las barreras de acceso a la justicia cuando un niño participa en un proceso judicial. Encontramos un ambiente posiblemente amenazante, un lenguaje jurídico complejo, un ambiente lleno de personas ajenas al ambiente familiar que pueden intimidar, una serie de preguntas que pueden llegar a ser incómodas, el cansancio de tener que trasladarse al juzgado durante el periodo escolar, entre otros.

Hay que tener en cuenta que, para la fecha del presente expediente aún no se encontraba vigente el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, el mismo que fue aprobado mediante Resolución Administrativa N^a 228-2016-CE-PJ, de fecha 31 de agosto de 2013, por lo que no existían los parámetros, ni directrices orientadoras que desarrollen una metodología y criterios uniformes para la aplicación de criterios que permitan reconocer el derecho del NNA a participar y ser oído.

El derecho del niño a expresar su opinión como garantía procesal para salvaguardar el interés superior de la niña. -

Hemos recalcado la importancia de que los NNA expresen su opinión en todo proceso judicial, más aún se hace énfasis a lo señalado en la Casación N°4429-2013 Lima:

Derecho de opinión del niño como garantía del debido proceso.-

Los niños deben gozar del derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y que estas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o reconozcan sus derechos, por lo que la no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitarlos vulnera las garantías del debido proceso (el subrayado es nuestro)

Resulta ser una **garantía al debido proceso el ser oídos en cualquier etapa del proceso judicial**, esto es que puedan expresar sus opiniones y que estas sean tomadas en cuenta. Para lo cual, existen medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado.

Al respecto en la Observación General N^a 12, el Comité de los Derechos del Niño resalta que son cinco las medidas que deberán aplicarse de manera adecuada al contexto que se trate (2009):

- a. **Preparación:** El NNA deberá estar informado sobre su derecho a expresar su opinión, de las decisiones y las consecuencias que tendrán respecto a lo que manifiesten. Para ello el niño decidirá si es que desea expresar su opinión directamente o por medio de un representante. (Comité de los Derechos del Niño: 2009, pp:13)

- b. **Audiencia:** Durante la audiencia se le debe dar la confianza y seguridad para expresar su opinión, por lo que, debe tener la certeza que quien dirige la audiencia estará dispuesto a escuchar seriamente lo que diga. (Comité de los Derechos del Niño: 2009, pp.13)
- c. **Evaluación de la capacidad del niño:** Se evaluará que la decisión del niño haya sido formada por un juicio propio de manera independiente y razonable, para lo cual, se evaluará la capacidad del niño con buenas prácticas. (Comité de los Derechos del Niño: 2009, pp:14)
- d. **Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño):** Se deberá informar al NNA el resultado del proceso y explicar la manera en la cual se tuvo en consideración su opinión.
- e. **Quejas, vías de recurso y desagravio:** Los NNA tienen derecho a acceder a procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a opinar no haya sido garantizado.

El derecho de opinión en caso en concreto .-

Teniendo en consideración estos conceptos, procederemos a analizar su aplicación en el caso en particular. Conforme habíamos detallado, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, recalca la importancia de informar al NNA, para que el mismo emita una opinión, y sea escuchada, para así tomarse en consideración en las decisiones que repercutan o involucren a los NNA.

En caso en particular, en la entrevista de la niña se le hicieron en particular las siguientes preguntas: ¿Cuál es su nombre?¿Dónde

estudia? ¿Dónde vive y con quién? ¿Te gusta estar con tu mamá? ¿Con quién te llevas mejor? ¿Con quien quieres estar? ¿Fue a la psicóloga?

De las preguntas realizadas la niña emitió una opinión, sin manipulación alguna, por lo que las opiniones son propias. Fueron escuchadas, al transmitir el mensaje fueron respetadas, sin embargo, no se ha incidido en la decisión, esto es no se ha tomado en cuenta de manera idónea su opinión para el análisis de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

La niña Shawni Libertad, era una niña de 5 años a la fecha de su entrevista, pese a su corta edad, consideramos que tenía el grado de madurez, esto es la capacidad de expresar su opinión sobre las preguntas realizadas por la magistrada del Tercer Juzgado de Familia de Cusco durante su declaración testimonial de fecha 19 de abril de 2016, era capaz de tener un juicio propio para manifestar sus deseos. Se realizaron las preguntas en un ambiente seguro, mediante preguntas de manera didáctica.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en su Sentencia de Vista, de fecha 19 de octubre de 2016, citó los siguientes extractos de su declaración de fecha 19 de abril de 2016:

“Estoy bien, nadie me enoja, solamente que quiero decirle a mi papi es que quiero ir a la fábrica de sueños de lima, lo que quiero es mi cama, nunca me han comprado cama, duermo en sus camas de mis tias, duermo con mi tía Vilma”

“TE GUSTA ESTAR CON TU MAMÁ

Sí, me gustaría verla todos los días y con su papi también.
Su mamá le enojaba cuando no hacía las tareas y que la soberanía con chicote y si le pego, en la mano se enojaba cuando se portaba mal.

CON QUIÉN TE LLEVAS MEJOR

Con su papá y con su mamá sale de paseo, no se ve todos los días con su mamá, los otros días estoy en casa de mi papá, se aburre estando con sus tías, no hay con quien jugar, porque todos son bebés, su papá no está porque trabaja haciendo puertas

A LA PREGUNTA CON QUIÉN QUIERES ESTAR

Con los dos, quiero dormir con los dos, ayer dormí con mi tía Milagros, no se quedó en la casa de mi mamá, porque mi papá no quiere que vaya, porque tiene su tío y su abuelo que toman todos los días y vienen a la casa borrachos, tomaban en la sala ”

“Notamos en este extremo que la menor evidencia el afecto propio de un hijo a sus progenitores y conforme a la edad de la menor, está expresa también anhelo de tenerlos juntos y vivir con ellos; hecho en el que jamás un Tribunal de justicia tendría incidencia, sin embargo, de esas declaraciones también advertimos que la menor no muestra desapego a ninguno de los progenitores, por lo que cualquier de ellos puede aspirar la tenencia.” (Poder Judicial:2016)

Se han señalado extractos en los cuales señala que desea estar con su madre y padre, no ha mostrado un desapego hacia alguno de ellos; sin embargo, en esa misma cita, señala que su mamá se molestaba cuando la niña no hacía la tarea y la amenazaba con sobarle con un “chicote¹”, enojándose cuando ella se portaba mal.

Asimismo, no se hace referencia en la cita que la niña relata que en la casa donde habita bajo el cuidado de su madre, su tío y abuelo toman todos los días, haciendo referencia a que lo realizan en la sala del domicilio. Esto también es un grave riesgo al cual se ve expuesta la niña.

Según los estudios realizados por el Ministerio de Salud en el 2010, el consumo de alcohol por parte de menores de edad es ocasionado por

¹ Especie de látigo, hecho con mango de madera y una tira de cuero, que generalmente es trenzado, que usualmente es utilizado para azotar animales, especialmente de gran tamaño al ser un implemento que causa dolor.

los modelos que encuentran en sus hogares, modelos parentales que intentan imitar porque ven que los miembros familiares mayores suelen realizarlo, aunque recalcamos que, no es el único factor (2010). La niña se desarrollaba en un ambiente familiar en el cual era cotidiano encontrar a familiares libando alcohol. ²

Respecto al relato de la niña, debemos señalar que, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco ha sido pasado por alto el hecho de que la niña ha declarado vivir en un ambiente familiar que no es adecuado para ella.

Consideramos importante señalar que se ha valorado que la menor siente deseo de estar con ambos padres, omitiendo que también ha señalado sentirse más a gusto con su papá y recibir malos tratos por parte de la madre y encontrarse en un entorno no tan saludable por ella como lo es un ambiente donde sus tíos y abuelos ingieren bebidas alcohólicas.

Si bien se ha citado la opinión de la niña, no se ha argumentado por qué debe tenerse en cuenta lo señalado por la misma y se ha omitido analizarlo como un elemento importante, puesto que en los tres criterios determinante para decidir otorgarle la tenencia a la progenitora, ninguno de ellos es referente a la opinión de ella.

¿Qué derechos incumplió la demandada que afectaron los derechos de la niña?

También es importante recalcar lo que señala el artículo 74 del CNA, respecto a los deberes y derechos de los padres con sus hijos. En el caso en particular, se observa que la progenitora no ha cumplido con su **deber de velar por el desarrollo integral** de S.L.Q.F, el mismo que

² Debe tenerse en cuenta que los índices de niños que consumen alcohol es mayor cada año, siendo la edad de inicio del consumo cada vez menor. (Ministerio de Salud: 2010).

entendido en la Convención sobre los Derechos del niño, implica garantizar todo lo necesario para el bienestar del NNA, en su aspecto físico, moral, espiritual y social.

Como consecuencia, se ha vulnerado el derecho de S.L.Q.F a la integridad (artículo 1 CNA) su derecho a vivir en un ambiente sano (artículo 3 CNA), su derecho al buen trato (artículo 3-A CNA) y el derecho a la integridad personal (artículo 4-A del CNA)

Conclusión. -

Consideramos que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco **no respetó el derecho** de Shawni Libertad **a ser escuchada su opinión** . Si bien la misma manifestó su opinión, mediante las declaraciones en su evaluación psicológica, de fecha 29 de enero de 2016 y declaración en la audiencia, de fecha 19 de octubre de 2016, la misma no fue tomada en cuenta para su análisis. Pese a su corta edad, ejerció su derecho a expresar su opinión sobre las preguntas realizadas en su evaluación psicológica y su declaración testimonial

La Sala Civil, se limitó a citar extractos de su declaración testimonial, esto es que previamente se había escuchado su opinión, sin embargo, no se tomó en cuenta la misma, puesto que se hizo caso omiso a lo realmente preocupante de la situación de la niña: i. el haber sido constantemente castigada físicamente, con chicote, con “manazos” ii. el vivir en un ambiente donde viven personas que consumen licor lo cual es peligroso para la niña. iii. El haber presenciado actos de adultos como lo es ver a su madre echada en su cama frente a su hija.

Por ello, si bien hay extractos citados referentes a su opinión, no ha sido argumentado y mucho menos analizado en aras del interés superior de la niña.

3.2.3. ¿La decisión de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco garantiza el desarrollo integral de la niña?

Para continuar con nuestro análisis, es menester definir brevemente el concepto de desarrollo integral, el mismo que es crucial para determinar una adecuada aplicación del Interés Superior del Niño.

Desarrollo integral . -

En el artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha definido el concepto de “desarrollo integral” de los NNA, definiéndolo como el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su **desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social**. La Convención reconoce que, los padres son los detentores de la responsabilidad de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo. (O`Donnell: 2008)

Nuestro Código de Niños y Adolescentes también ha definido el derecho a la integridad personal de los NNA, en el artículo 4, como el derecho a que se respete su **integridad moral, psíquica, física y a su libre desarrollo y bienestar**, por lo que detallaremos, brevemente, cada uno de los cuatro componente de dicho derecho.

La integridad física conserva la estructura orgánica del ser humano, lo cual implica procurar la salud del cuerpo. (Tribunal Constitucional: 2004) Se busca garantizar la protección a la persona de sufrir cualquier ataque a su cuerpo. (Parthenon: 2017)

La integridad moral, se relaciona con el plano de existencia y coexistencia social. (Tribunal Constitucional: 2004) Implica el desarrollo de todo individuo de acuerdo con sus principios, esto es desarrollarse conforme a su capacidad y autonomía, para implementar valores personales. (Afandor: 2002)

La integridad psíquica, involucra las habilidades motrices, emocionales e intelectuales para interrelacionarse. (Tribunal Constitucional: 2004) Supone la conservación y respeto de los componentes psicológicos del ser humano, lo cual implica que ninguna persona debe ser objeto de tratamientos que lo puedan afectar emocionalmente. (Enfoque Derecho: 2021)

Respecto al libre desarrollo podríamos definirlo como todo aquello que las personas decidan y deseen hacer, siempre que aquello sea constitucionalmente admisible (Sosa: 2018, pp:188) Mediante este derecho las personas podrán realizar aquello que deseen siempre que no existan restricciones que cuenten con fundamento constitucional. (Sosa Sacio: 2018, pp: 189)

Por su lado, el bienestar estaría referido a la posibilidad de contar un nivel de vida adecuado que permita la realización de cada individuo. (Sosa: 2018, pp: 194)

Teniendo en cuenta ello ¿Cómo se garantiza el desarrollo físico, moral, psíquico y a su desarrollo y libre personalidad en el caso en particular? En primer lugar, en un proceso judicial de tenencia, el progenitor que garantice mejor el **desarrollo físico** será aquel que le brinde un adecuada alimentación, le brinde las atenciones adecuadas a su salud, en un ambiente adecuado en el cual no exponga a peligros al NNA, y por el contrario, priorice su desarrollo.

En segundo lugar, el progenitor que mejor garantice el **desarrollo psíquico**, será aquel que brinde un ambiente seguro emocionalmente, donde el niño se sienta seguro, amado, reciba cuidados y atenciones que eviten afectaciones psicológicas. En tercer lugar, el progenitor que mejor garantice el **desarrollo moral**, será aquel que le otorgue a su hijo valores y principios que le permitan comprender y discernir en las acciones y conductas adecuadas para un NNA.

Por último, el progenitor que mejor garantice el **libre desarrollo y bienestar**, será aquel que le permita crear al niño una vida adecuada en un ambiente adecuado, en el cual interactúe de manera adecuada con los demás.

¿Se encuentra garantizado el desarrollo integral de S.L.Q.F?.-

Respecto a la **integridad física**, consideramos que la niña se encuentra expuesta a riesgos al vivir en un ambiente en el cual, según señaló en su declaración testimonial de fecha 19 de abril de 2016, su tío y su abuelo “toman todos los días y vienen a la casa borrachos, tomaban en la sala”.

La niña si bien no ha sufrido ningún ataque a su cuerpo, el hecho de que existan personas ingiriendo alcohol en presencia de la niña, pone en peligro a la niña a que los integrantes puedan agredirla, o en el peor de los casos que por su gran estado de ebriedad puedan llegar a cometer un abuso sexual infantil.

Consideramos que el mejor ambiente para el resguardo de la integridad física es al lado de su padre, donde la niña crecerá en un ambiente estimulante y le brindará el progenitor las mejores condiciones para su desarrollo, por el contrario, en el hogar materno la niña ha referido presenciar familiares ingiriendo bebidas alcohólicas.

Respecto a la **integridad psíquica**, consideramos que la niña se siente en un ambiente seguro emocionalmente con su progenitor, conforme señala en su declaración testimonial, de fecha 19 de abril de 2016, a la pregunta de con quién se lleva mejor, señala que con su papá, lo cual demuestra que la niña se siente amada, recibe cuidados y atenciones que eviten afectaciones psicológicas.

A la pregunta de si quiere estar con su mamá, responde que cuando no hacía sus tareas su madre se enojaba y le decía que la soberanía con un chicote y le pegaría en la mano. Asimismo, en su informe psicológico N° 76-2016-PS-EMD- CSJC-PJ, de fecha 27 de enero

de 2016, señala que si no se portaba bien su madre la habría amenazado con que la “*sobaría con pasto*”.

Estas amenazas, la hacen sentir en un ambiente inseguro, donde no recibe cuidados, por el contrario, recibe castigos físicos, que repercuten en su desarrollo psíquico. Está comprobado por la Organización Mundial de la Salud, que los castigos corporales incrementan los problemas de comportamiento de los niños, lo cual deteriora el desarrollo cognitivo y socioemocional, genera malos resultados escolares y una mayor agresividad y posibilidad de recurrir a la violencia. (2021)

El castigo físico y corporal repercute en los problemas de salud mental, estos tratos causan tristeza, dolor, miedo, cólera, vergüenza y culpa, lo que produce baja autoestima, ansiedad, depresión, conductas autolesivas e intentos de suicidio. (Organización Mundial de Salud: 2021) Por ello, sería inadecuado que la niña siga expuesta a castigos corporales bajo el cuidado de la madre.

Respecto al **desarrollo moral**, consideramos que quien mejor garantiza valores y principios que le permitan discernir en las acciones y conductas adecuadas es el progenitor, por el contrario, en el ambiente materno, los familiares de la niña liban alcohol en ambientes compartidos.

El estar en un ambiente donde el consumo de alcohol es algo cotidiano puede ocasionar que la niña considere como una conducta habitual, por lo que, el modelo que encuentra en su hogar será aquello que ella imite, lo cual no es una acción y conducta adecuadas para una niña.

Por último, respecto al **desarrollo libre y bienestar**, consideramos que quien mejor garantiza un nivel de vida adecuado y realización de la niña es el progenitor. En su informe psicológico, de fecha 27 de enero de 2016 y su declaración testimonial de fecha 19 de abril de 2016, señala que con el padre tiene una rutina diaria más productiva que con su

madre, asimismo, que su madre la limita a mentir señalando: i) “mi mami me compraba mis juguetes y para que que no le avise a mi papi y me ha comprado unas Barbies y yo no quiero ser mentirosa”, y ii) “yo quiero decir la verdad, mi papi no habla nada de mi mami, pero mi mami si me dice que no le diga nada a mi papá eso me enseña”.

Ello comprueba que con su madre ella se ve limitada a decir aquello que le dicen, por lo que no puede decir y hacer aquello que ella desea por órdenes de la madre. S.L.Q.F se siente más a gusto con su padre, con quien podrá contar con un nivel de vida adecuado que le permita desarrollarse conforme a una niña de su edad.

Conclusión.-

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia no garantizó el desarrollo integral de la niña. La integridad moral, psíquica, física y a su libre desarrollo y bienestar, se encuentra más garantizado con su progenitor, por lo que, es erróneo revocar la sentencia de primera instancia y declarar infundada la demanda otorgando a la demandada la tenencia de la niña y el régimen de visitas al demandante.

IV. CONCLUSIONES

1. La tenencia es el atributo de la patria potestad, derecho-deber recíproco entre padres e hijo, que concede a ambos progenitores o a uno de ellos, el derecho de vivir y tener consigo a su hijos y el derecho de los hijos de tener consigo a sus padres.
2. Los criterios establecidos en el artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes (ahora modificado por la Ley N° 31590) eran los siguientes: el primero, se priorizaba otorgar la tenencia al progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; el segundo, se daba preferencia a que el hijo(a) menor de

tres años permanezca con la madre; el tercero, a quien no se le otorgaba la tenencia del niño, niña y adolescente, se le otorgaba un régimen de visitas; el último, se escogía al que mejor garantice el derecho del niño, niña y adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

3. La interpretación correcta del artículo 84, inciso a) que hace referencia al criterio de permanencia para otorgar la tenencia a uno de los progenitores, debe ser supeditada a aquello que sea más favorable para el NNA; para lo cual, lo más relevante será garantizar su desarrollo integral lo que implica garantizar su integridad moral, psíquica, física y libre desarrollo y bienestar del NNA, **en atención al ISN**.
4. El régimen de visitas es el derecho del hijo de compartir con aquel progenitor con el que no vive, entendiéndose que debe primar la continuidad de relaciones entre padre e hijo, puesto que es necesario que no se desnaturalice la relación paterno/materno filial.
5. El Tercer Juzgado de Familia de Cusco, decidió otorgar la tenencia al demandante y el régimen de visitas a la demandada argumentando que el primero se encuentra en mejor situación económica y cuenta con el apoyo familiar necesario para velar por el cuidado, desarrollo y desenvolvimiento adecuado de la niña; asimismo, la opinión de la niña mediante su evaluación y declaración psicológica, la niña quien relató sentirse más a gusto con su progenitor con quien mantiene una buena relación afectiva.
6. La Sala Civil de la Corte superior de Justicia de Cusco determinó tres criterios para revocar la sentencia emitida por el 3° Juzgado de Familia de Cusco: en primer lugar, el reconocimiento tardío de la niña por parte del progenitor; en segundo lugar, el mayor tiempo de convivencia con la madre, lo mismo que era acorde al artículo

84, inciso a) del Código de niños y adolescente; en tercer y último lugar, la edad y sexo de la niña.

7. La Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de Casación, casa la sentencia de vista y actuando en sede de instancia confirma la sentencia de primera instancia, basándose en cuatro argumentos: en primer lugar, que existe riesgo en el domicilio de la demandada quien convive con personas que consumen bebidas alcohólicas todos los días; en segundo lugar, la progenitora le hacía presenciar a su hija comportamientos propios de adultos que podrían influir en un comportamiento negativo para su desarrollo integral; en tercer lugar, la niña se siente más a gusto con su padre con quien mantenía una buena relación afectiva; y en cuarto lugar, el progenitor es quien puede brindarle mejores condiciones de vida a la niña.
8. La normativa en los procesos judiciales de tenencia no es imperativa, por el contrario es flexible y se adecua a lo que favorece al NNA, tomando en cuenta su interés superior; por lo cual, **el tiempo de permanencia del NNA con uno de los progenitores es un criterio que debe ser evaluado con los demás criterios y no prevalece por sobre los otros por lo que no es determinante, por sí solo, para otorgar la tenencia,** su aplicación podrá variar dependiendo del caso concreto .
9. Consideramos que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco aplicó de manera incorrecta el literal a) del artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes, puesto que si bien es con la madre con quien permaneció mayor tiempo, ello no resulta ser lo más favorable para la niña. Asimismo, aplicó como criterios el reconocimiento tardío y la edad y sexo de la niña, los cuales no eran impedimentos legales para otorgar la tenencia de la niña al padre. Por ende, los criterios establecidos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco no fueron acorde al ISN, no se

ha analizado el caso en concreto y la situación particular en la cual se encontraba la niña.

10. El ISN se encuentra amparado en la doctrina de la protección integral, la que desplaza a la doctrina de la situación irregular. Ahora todo NNA pasará a ser visto como un sujeto de derechos, sin distinción alguna, dejarán de ser vistos como meros objetos, para ser sujetos activos y partícipes en la protección de sus derechos.
11. El castigo físico y humillante ha sido erróneamente ejercido y aceptado socialmente como una práctica necesaria e imprescindible, para lograr un cambio de conducta positivo en los niños; sin embargo, resulta ser una forma equivocada de disciplinar a los hijos, por lo que debe ser erradicada.
12. De los siete elementos señalados en la Observación General N° 14, para evaluar y determinar el interés superior del niño considero importante analizar en el presente caso, únicamente tres: la opinión; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; y el cuidado, protección y seguridad.
13. Para una correcta aplicación del interés superior del niño debemos realizar una ponderación de derechos, analizando cada caso en concreto, efectuando una aplicación del juicio de adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

En este caso se ha priorizado la integridad de la niña para la decisión tomada al momento de la ponderación, si bien también tiene derecho a mantener relaciones con su madre, su derecho a la integridad está siendo vulnerado. Conforme hemos señalado, se ve expuesta a peligros al estar en el ambiente materno, puesto que vive con personas que consumen bebidas alcohólicas; presencia conductas propias de adultos que puede imitar a futuro, siendo

perjudicial para ella; asimismo, ha recibido castigo físico que también afecta su integridad.

14. Para una adecuada participación de un NNA deberá ser informado sobre todos los asuntos que le afecten y demás de su interés, para que con ello, pueda emitir una opinión, expresando sus ideas y de ser posible dando propuestas o soluciones, tan pronto su opinión sea emitida, deberá ser escuchado, esto es que al momento de ser transmitida sea respetada y, por último, deberá incidir en las decisiones, esto es tomarse en consideración su opinión.

15. No existe un mínimo de edad para que el NNA manifieste su opinión, por lo que no existe un límite de edad para que pueda expresarse; deberá evaluarse caso por caso, teniendo en cuenta que los niveles de comprensión del NNA no van ligados a la edad biológica.

Cada NNA podrá tener el grado de madurez, esto es la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. En este caso, S.L.Q.F contaba con 5 años al momento de su declaración y de la realización de su evaluación psicológica; pese a su corta edad he considerado que la niña mantiene un juicio propio, libre de manipulaciones, por lo que, lo declarado por ella debe ser tomado en cuenta, respetando su derecho a la opinión, aquello que no realizó la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

16. La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia no garantizó el desarrollo integral de la niña; la integridad moral, psíquica, física y el libre desarrollo y bienestar de S.L.Q.F se encuentra más garantizado con su progenitor.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Llanos, Benjamin

2009

La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. Derecho & Sociedad, (32), 191-197. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/articulo/view/17425>

Aguilar Llanos, Benjamin & Huaita Alegre, Marcela

2022

¿Cuáles son las implicancias de la nueva ley que regula la tenencia compartida? Facultad de Derecho: Ventana Jurídica. Recuperado a partir de <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/cuales-son-las-implicancias-de-la-nueva-ley-que-regula-la-tenencia-compartida/>

Afandor C, M. I.

2002

El derecho a la Integridad Personal- Elemento para su análisis. Reflexión Política, 93.

Agurtzane Goiriena Lekue

2005

Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, ISSN 1575-3379, N° 16, 2005, págs. 52-57.

Asamblea General de las Naciones Unidas

1989

Convención sobre los Derechos del Niño y el Adolescente.

Arias Gallegos

2012

Algunas consideraciones sobre la familia y la crianza desde un enfoque sistémico, pp: 41.

Barletta Villaran, María Consuelo

2005

Los efectos jurídicos de la separación judicial y divorcio por causal en la patria potestad. Derecho PUCP. Lima, 2002, número 55, pp. 419-435.

2018

Derecho de la niñez y adolescencia. Colección Lo Esencial del Derecho 29. Fondo Editorial PUCP: pp 110

Canales Torres, Claudia

2012

Patria Potestad y Tenencia. Diálogo en la Jurisprudencia. pp: 20

2022

El abogado del niño: revaloración del interés superior del niño/nña y adolescente. Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 113. ISSN 2305-3259. pp: 47.

Comité de los Derechos del Niño

2006

Observación General N° 8 (2006) El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)

2009

Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado

2013a

Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial(artículo 3, párrafo 1)

2013b

Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud

Corte Interamericana de Derechos Humanos

2018

Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2019

Cillero Bruñol, Miguel

1999

El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile, número 1.

Del Aguila Llanos, Juan Carlos

2019

Patria potestad, tenencia y régimen visitas. Doctrina y jurisprudencia. Editorial Ubi Lex Asesores SAC.

Defensoría del Pueblo

2009

¡Adiós al castigo! La Defensoría del Pueblo contra el Castigo Físico y Humillante a Niños, Niñas y Adolescentes. Adjuntía para la niñez y la adolescencia de la Defensoría del Pueblo.

Díaz Aguilar, Lesly; Najarro Laura, Shadia; Sarango Valdez, Carlos
2019

Participación de las Organizaciones de Infancia y Rol del Estado: Caso Aprobación de la Ley 20402. II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes en Colectivos Vulnerables. Concurso Internacional de Ponencias.

Enfoque Derecho

2021

Infografía Derecho a la Integridad. Recuperado a partir de <https://www.enfoquederecho.com/2021/10/07/infografia-derecho-a-la-integridad/>

Garcés Peralta, Carolina

2021

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el Perú: el camino hacia su efectiva aplicación y hacia el real reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado a partir de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/17629>
8

Hart Roger A.

1993

La participación de los niños. De la participación simbólica a la participación auténtica. Ensayos Innocenti. No. 4. UNICEF.

Hartenstein, Jaimee L.

2016

Tender Years Doctrine. The Willey Blackweell Encyclopedia of Family Studies. Recuperado a partir de https://www.researchgate.net/publication/314942512_Tender_Years_Doctrine

Herrera Arana, Patricia & Torres Maldonado, Marco Andrei
2018

Código de los Niños y Adolescentes Comentado. Juristas Editores E.I.R.L. Primera Edición: mayo 2018.

Herencia Espinoza, Silvia Jenifer
2021

El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado y su concreción en la jurisprudencia nacional. Persona Y Familia, (10), 85-104. <https://doi.org/10.33539/peryfa.2021.n10.2485>

Miranda Cerna, Paola Geraldine
2023

Conmemorando el Día internacional de la lucha contra el maltrato infantil en la región más violenta del mundo. IDEHPUCP. Recuperado a partir de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/conmemorando-el-dia-internacional-de-la-lucha-contra-el-maltrato-infantil-en-la-region-mas-violenta-del-mundo/>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP)
2018

Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP. Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

2021

“Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030 – PNMNNA”. 1º edición digital.

Ministerio de Educación. Programa de Educación Básica para Todos.

2010

Guía de orientaciones para el buen trato a niños y niñas en el Nivel Inicial. Primera Edición. Recuperado a partir de https://www.dreapurimac.gob.pe/inicio/images/ARCHIVOS2017/a-educa-inicial/guia_del_buen_trato.pdf

Ministerio de Salud.

2010

Consumo de alcohol en niños y adolescentes puede generar enfermedades, intoxicaciones y dependencia. Recuperado a partir de <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/36857-consumo-de-alcohol-en-ninos-y-adolescentes-puede-generar-enfermedades-intoxicaciones-y-dependencia>

O' Donnell, D.

2008.

La Convención sobre Derechos del Niño: Estructura y Contenido. Boletín Instituto Interamericano del Niño, 230.

Organización Mundial de la salud

2021

Castigos corporales y salud. Recuperado a partir de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/corporal-punishment-and-health#:~:text=Est%C3%A1%20demostrado%20que%20los%20castigos,un%20riesgo%20inherente%20de%20escalada.>

Oviedo Fierro, Sara

2009

Participación y ciudadanía como derechos básicos para la infancia y la adolescencia. Por los Derechos de la Infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Editorial Bosch S.A.

Parthenon

2017

Diccionario jurídico Derecho a la integridad física. Recuperado a partir de <https://www.parthenon.pe/actjur/diccionario-juridico/derecho-a-la-integridad-fisica/>

Poder Judicial

2005

Casación N° 3172-2005, Lima

2009

Casación 2885-2009, La Libertad

2011

Casación 1821-2011, Lima

2013

Casación 4429-2013, Lima

2016a

Expediente N° 00041-2016-0-1001-JR-FC-03

2016b

Casación N° 1303-2016 Cajamarca

2016c

Casación N° 1006-2017, Lima

2016d

Protocolo de Participación Judicial del niño, niña y adolescente,
aprobado mediante Resolución Administrativa N° 228-2016-CE.PJ

2019

Exp. 00824-2019-1618-JM-FC-01

Poder Legislativo

2000

Ley 27337. Código de los niños y adolescentes.

2008

Ley N° 29269: Ley que modifica los artículos 81 y 84 del código de
los niños y adolescentes incorporando la tenencia compartida

2015

Ley 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante
contra los niños, niñas y adolescentes

Ramirez Sanchez, Félix Ramírez

2022

¿El incumplimiento de régimen de visita es razón suficiente para
variar la tenencia? Dialogo con la Jurisprudencia, pp. 50-72, ISSN
1812-9586, agosto 2022, N° 287.

Rentería Durand, Maria Margarita

2016

Niñez, defensa y debido proceso. Editorial IPNA. Institut Peruano
de Derechos de los niños(a) y adolescentes.

Sosa Sacio, Juan Manuel

2018

La Libertad Constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad. Pensamiento Constitucional N° 23, pp. 177-203. ISSN 1027-6769.

Silvia, Santos

2010

Derechos humanos de los niños y adolescentes y la Legislación Internacional. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Tribunal Constitucional

2004

Expediente N° 2333-2004-HC/TC.

2004

Expediente N° 01643-2014-PA/TC

2009

Expediente N° 1817-2009-PHC/TC, fundamentos 14-15

2010

Expediente N.° 02892-2010-PHC/TC, fundamentos 5-6

UNICEF

s/f

Educando a niñas, niños y adolescentes sin violencia. Recuperado a partir de: <https://www.unicef.org/mexico/buentrato>

UNICEF

2022a

Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes. Serie de formación sobre el enfoque basado en los derechos de la niñez. Módulo 4.

2022b

Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en caso de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo. Chile.

Varsi Rospigliosi Enrique

2020a

Tratado de Derecho de Familia. Instituto Pacífico: Tomo IV, pp: 194.

2020b

Tratado de Derecho de Familia. Instituto Pacífico: Tomo III, pp: 389.

VI. ANEXOS

Anexo 1: Cuadro N° 1 - Cuadro resumen

Anexo 2: Cuadro N° 2- Cuadro resumen de criterios evaluados

Anexo 3: Cuadro N° 3- Cuadro resumen de ponderación de derechos

ANEXOS.

Anexo 1: Cuadro N° 1 - Cuadro resumen

	SENTENCIA	VISTA DE LA CAUSA	CASACIÓN
Tenencia otorgada a favor de	Progenitor	Progenitora	Progenitor
Criterios para otorgar la tenencia	<ul style="list-style-type: none"> - Mejor situación económica - Opinión de la niña - Red de apoyo familiar 	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento tardío - Convivencia- artículo 84, inciso a) CNA - Sexo femenino y edad 	<ul style="list-style-type: none"> - Entorno familiar de la demandada - Comportamiento inapropiado de la madre - Opinión de la niña - Mejores condiciones de vida con el demandante
Régimen de visitas	Progenitora	Progenitor	Progenitora
	Lunes a viernes 15:00 – 18:00 Fin de semana (02 domingos 09:00 – 18:00)	Sábados 09:00 am a 18:00 pm.	Lunes a viernes 15:00- 18:00 Sábados 10:00 domingo 10:00
Decisión	FUNDADA la demanda	REVOCAR Sentencia REFORMARLA y declara INFUNDADA la demanda	FUNDADO recurso casación CASARON sentencia de vista, CONFIRMAN sentencia de primera instancia

Anexo 2: Cuadro N° 2- Cuadro resumen de criterios evaluados

	SENTENCIA	SENTENCIA DE VISTA	CASACIÓN
Criterios evaluados	<ul style="list-style-type: none"> a. Opinión de la niña b. Preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones de la niña c. Cuidado, protección y seguridad de la niña 	<ul style="list-style-type: none"> a. Identidad de la niña 	<ul style="list-style-type: none"> a. Opinión de la niña b. Cuidado, protección y seguridad de la niña

Anexo 3: Cuadro N° 3- Cuadro resumen de ponderación de derechos

	SENTENCIA	SENTENCIA DE VISTA	CASACIÓN
Ponderación de derechos	Preservación del entorno familiar materno y el mantenimiento de relaciones de la niña con su madre < Integridad.	Identidad de la niña > Integridad	Preservación del entorno familiar materno y el mantenimiento de relaciones de la niña con su madre < Integridad.

