

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Casación N° 4881-2009 - Amazonas

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

Milagros Geraldine Lopez Callan

ASESOR:

Aldo Alesandro Santome Sanchez

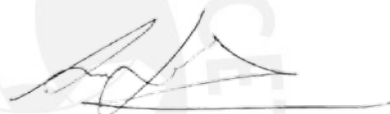
Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, SANTOME SANCHEZ, ALDO ALESANDRO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "**Informe Jurídico sobre la Casación N° 4881-2009 - Amazonas**", del autor(a) LÓPEZ CALLAN, MILAGROS GERALDINE, dejo constancia de lo siguiente:

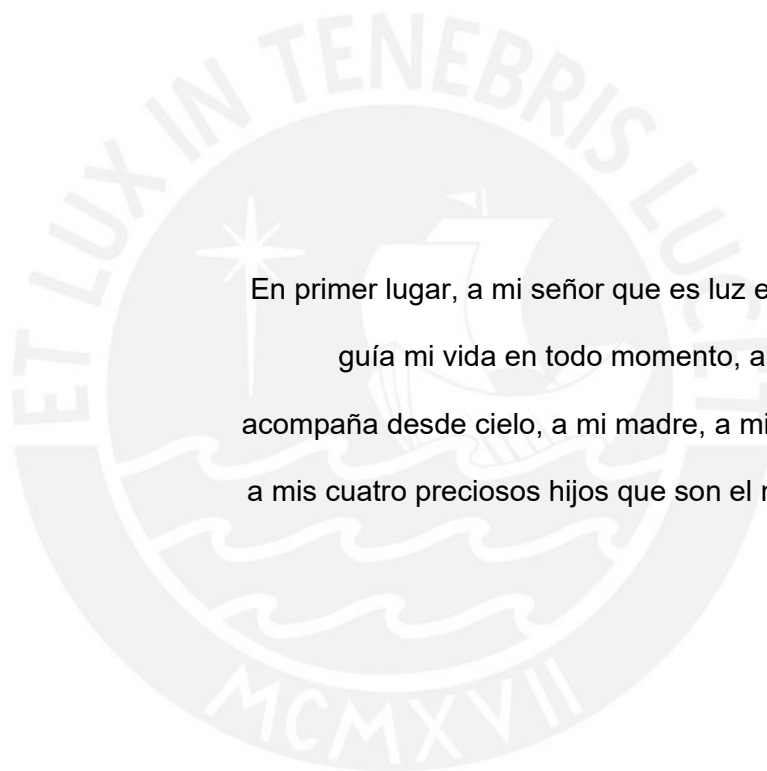
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 28/08/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 29 de agosto del 2024

SANTOME SANCHEZ, ALDO ALESANDRO	
DNI: 47750249	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5208-6489	

DEDICATORIA

En primer lugar, a mi señor que es luz en mi camino, que
guía mi vida en todo momento, a mi padre que me
acompaña desde cielo, a mi madre, a mi amado esposo y
a mis cuatro preciosos hijos que son el motor y motivo de
mi vida.



RESUMEN

Hoy en día son varios los casos en los que al fallecer uno de los padres, la tenencia de un menor es discutida ya que no necesariamente el padre que aún le sobrevive puede ser el más idóneo para continuar con su crianza. El presente informe, aborda el tema de la tenencia por parte de los abuelos y pretende exponer y analizar una situación que en la actualidad se presenta continuamente. Si bien es cierto la tenencia parte de un derecho derivado de la patria potestad, qué sucede cuando nos encontramos en situaciones que ameritan una aplicación más flexible de las normas en favor del bienestar de los niños y adolescentes.

Para ello, partimos de un análisis inicial de nuestra legislación nacional para luego pasar a estudiar de forma sistemática los principios recogidos en los tratados internacionales y que son de carácter vinculante. Asimismo, analizamos la casación Casación N° 4881-2009 - Amazonas a la luz de los conceptos de la tenencia, principio de interés superior del Niño o adolescente y derecho a la identidad.

Finalmente, con este informe pretendemos estudiar los conflictos que pueden generarse al no encontrarse de forma precisa los supuestos en lo que, a pesar de que uno de los padres sobreviva al hijo, muchas veces resulta más beneficioso para el menor que se otorgue su tenencia a sus abuelos. E incluso también a familiares con los que ha desarrollado un vínculo afectivo importante.

Palabras Clave

Patria potestad, tenencia, principio de interés superior del niño, derecho a la identidad.

ABSTRACT

Nowadays, there are several cases in which when one of the parents dies, the tenure of a child is disputed since the other parent may not necessarily be the most suitable one to continue with the child's upbringing. This report approaches the issue of grandparents' tenure and aims to expose and analyze a situation that constantly occurs today. While it is true that tenure is a right derived from parental authority, what happens when we find ourselves in situations that merit a more flexible application of the national legislation in favor of the well-being of children and adolescents?

Therefore, we begin with an initial analysis of our national legislation and continue to study the principles of binding international treaties systematically. Furthermore, we analyze the cassation in question in light of the concepts of tenure, the principle of the best interests of the child or adolescent, and the right to identity.

Our final objective is to study the conflicts that may arise when the assumptions are not precisely found. Instead of one of the parents being responsible for the child, it is usually more beneficial for the child to grant custody to the grandparents. In some cases, the child may be awarded to relatives with whom the child has developed a strong emotional bond.

Keywords

Parental authority, tenure, principle of the best interests of the child, right to identity.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	6
1.2. Presentación del caso	9
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	11
2.1. Antecedentes	11
2.2. Hechos relevantes del caso	11
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	14
3.1. Problema principal.....	14
3.2. Problemas secundarios.....	14
3.3. Problemas complementarios.....	14
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A.....	14
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	15
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	17
V. CUESTIONES TEORICAS PRELIMINARES.....	18
5.1. Patria Potestad.....	18
5.2. Tenencia.....	20
VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	21
6.1. Problema principal.....	21
6.1.1. La tenencia a la luz del Código Civil y Código de niños y adolescentes.....	21
6.1.2. La tenencia mediante una interpretación sistemática y flexible de las normas...22	
6.2. Problemas secundarios.....	27
6.3. Problemas complementarios.....	30
VII. CONCLUSIONES	33
VIII. BIBLIOGRAFÍA	35

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	CAS. N° 4881-2009- AMAZONAS
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Tenencia, Principio de Interés superior del Niño o adolescente
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	
Demandante / Denunciante	Delia Pisco Gonzales, Juan Bautista Grandez Silva y el Ministerio Público.
Demandado / Denunciado	Hugo Franklin Vasquez Ventura
Instancia administrativa o jurisdiccional	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Terceros	
Otros	<i>Patria Potestad, Tutela, orden de prelación en la tenencia</i>

I. INTRODUCCIÓN

El deber de todo padre es el de brindar un hogar, cuidar, proteger, educar y desarrollar una relación afectiva sana y que contribuya con el desarrollo de sus hijos.

No obstante, ese papel de padre o madre idóneo no se ejerce en ciertos casos en nuestra sociedad. En muchos casos incluso, señala Linn, se pueden ver situaciones en los que se produce un cambio de roles en hogares alterados. Hogares en donde “un padre emocionalmente inmaduro hace exigencias poco razonables a su hijo pequeño. De manera similar, una madre que sufre de esquizofrenia o depresión puede llevar a su hija pequeña a la cama con ella y esperar que la niña la cuide como si fuera la madre”.¹

Como señala Linn, “la actitud parental ideal” es una suma de actitudes positivas e incondicionales que terminarán generando en el hijo seguridad y estabilidad para su adecuado desarrollo emocional. Sin embargo, qué sucede cuando los padres no logran ejercer un papel idóneo. En muchos casos, son los abuelos e incluso otros familiares quienes llegan a tomar dicho lugar. En efecto, especialmente los abuelos, tienen un rol significativo en la vida familiar, más aún al momento de desempeñar un papel de padre en caso haga falta.

Asimismo, resalta Linn, que los abuelos juegan un rol importante en el ámbito familiar y no solo por factores culturales sino también porque contribuyen en gran manera con actitud de amor positivo e incondicional.²

En la actualidad, son muy recurrentes los casos en los que se cuestiona la capacidad de uno de los progenitores o ambos progenitores para garantizar el cuidado de un menor. A esto

¹ LINN, Louis. “Patrones de las relaciones humanas” En: YUNGANO, Arturo. “Manual teórico práctico de Derecho de Familia”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1989, pp.366.

² Ibidem.

debemos sumarle el incremento de los casos de infanticidios sucedidos en nuestro país a lo largo de los últimos años.³

Ante ello, han sido recurrentes los casos en los que los abuelos han solicitado la tenencia de sus nietos. Siendo que esta situación se dé por la muerte de uno de los padres y que el otro progenitor no pueda ofrecer las condiciones necesarias para el cuidado del menor. E incluso esta situación se genere porque el menor no ha vivido con dicho progenitor y no ha desarrollado un vínculo afectivo.

Siendo esta una problemática que no está contemplada en nuestra legislación de forma clara, han cobrado importancia varias sentencias casatorias que flexibilizan la aplicación de nuestra normativa primándose el interés superior del niño y el adolescente. Del mismo modo, cobra importancia el análisis del derecho a la identidad del menor en su aspecto dinámico ya que la tenencia también debe considerar los vínculos afectivos que ha desarrollado el menor y que son parte fundamental para su desarrollo psíquico, emocional y social en el futuro.

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La resolución Casatoria N° 4881-2009- AMAZONAS, es de notable relevancia jurídica ya que precisa respecto de la tenencia, en casos en los que uno de los padres fallezca, un análisis más amplio y flexible que la norma interna contemplada en el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes. En tal sentido, la presente resolución, desarrolla un análisis vasto que va desde la importancia de una interpretación flexible de las normas en temas de menores, análisis del vínculo materno filial y análisis de los vinculo afectivos importantes que constituyen la base para las futuras relaciones de las personas. Finalmente, resolviéndose

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI). "Homicidios en el Perú, Contándolos uno a uno, 2021", pp. 36, Consulta: 28 de junio de 2024.

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1927/libro.pdf

que en estos casos la tenencia puede ser otorgada a los abuelos maternos a razón de garantizar lo mas beneficioso para el menor.

En efecto, la presente sentencia casatoria en su noveno considerando señala respecto del artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, que se debe considerar que, según esta disposición, el juez tiene la facultad de determinar la tenencia para garantizar lo más beneficioso para el menor. Se establece que en este caso debe primar el principio de interés superior del niño.

Por consiguiente, la tenencia no debe considerarse exclusivamente entre padres e hijos. Sino incluso incluyendo a los abuelos o parientes con quienes el menor mantiene un vínculo afectivo y con quienes se garantice mejores condiciones para el menor. Evitando con ello, una alteración a la estabilidad emocional, bienestar físico, psíquico y social.

Por otra parte, esta resolución tiene relevancia en el ámbito social ya que hace extensiva la posibilidad de que los abuelos puedan obtener la tenencia de sus nietos en situaciones particulares. Situaciones en la que muchos padres adolecen de las condiciones psíquicas, morales y de diversos indoles que garanticen el bienestar del menor. Siendo, esta opción de entregar la tenencia a los abuelos, una posible solución ante este problema constante en la sociedad peruana. Problema que incluso tiene desenlaces fatales, en los que en muchos menores son muertos a manos de los padres o por descuido de estos. Así como, son diversos los casos de menores que a pesar de estar bajo la tenencia de alguno de los padres se encuentren en estado de abandono.

Por otro lado, esta resolución tiene relevancia académica debido a que abre un análisis más amplio respecto a la naturaleza de la tenencia. De este modo, esta no debe ser vista

solamente como un “derecho de los padres a tener en compañía a sus hijos”⁴ sino al derecho de los hijos a crecer en un entorno familiar apropiado que favorezca y garantice su mejor desarrollo. Es decir, primándose el interés superior del niño y el adolescente. Por ello, consideramos pertinente detallar algunas ideas propias del Código de los Niños y Adolescentes.

Según el artículo IX, respecto del Interés superior del niño y del adolescente, se indica que en cualquier decisión relacionada con los niños y adolescentes que tome “el Estado a través de sus poderes (...) y otras instituciones, así como en las acciones de la sociedad, se deberá tener en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y garantizar el respeto a sus derechos.”⁵

Asimismo, el artículo 8º señala que los niños y adolescentes tienen el derecho a vivir, crecer y desarrollarse dentro de su familia; y aquellos que no tienen una familia natural tienen el derecho a crecer en un entorno familiar adecuado. Asimismo, se resalta que no se debe separar a los niños y adolescentes de su familia, “excepto en circunstancias especiales establecidas en la ley y con la exclusiva finalidad protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”⁶

Podemos afirmar, que en materia de tenencia, es importante considerar que todas las decisiones que se tomen respecto de menores tienen directrices muy claras. Siendo, en primer lugar, que la decisión debe ser lo que más beneficie al menor y garantice su normal y adecuado desarrollo. Del mismo modo, si bien es cierto que nuestra legislación recalca la importancia de la vida de los menores dentro de una familia, esto se centra en que debe darse un entorno familiar apropiado, que brinde las mejores condiciones para su normal desarrollo.

⁴ Ley Nº 27337.- Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 74º, inciso e.

⁵ Op Cit, Artículo IX.

⁶ Op Cit., Artículo 8º.

En esta dirección, la jurisprudencia, ha considerado viable el otorgamiento de la tutela a los abuelos, otros familiares o incluso terceros.

Esta visión más flexible de la tenencia, mediante la cual la tenencia de un menor puede ser concedida no solo a los padres biológicos sino también a los abuelos u otros familiares con los que el menor haya desarrollado un vínculo afectivo, ya es recogida por otras legislaciones como la española. Señalándose en el artículo 103° del Código Civil Español que, en casos excepcionales, los hijos pueden ser confiados a los abuelos, familiares u otras personas que lo acepten, y si no hay tales opciones, a una institución adecuada, otorgándoles las funciones de tutela que se ejercerán bajo la autoridad del juez.

Es importante resaltar que en la legislación española ya se haya estipulado estos supuestos de otorgamiento de tenencia de forma clara. Por cuanto, creemos que este es un camino que nuestra legislación también debería seguir a fin de evitar interpretaciones inapropiadas especialmente en materia de menores.

1.2. Presentación del caso

En la presente resolución, se analiza la posibilidad de otorgar la tenencia de la menor F.K.V.G a los abuelos maternos, luego de quedar esta huérfana de madre. En ese sentido, se analiza la capacidad del padre y la de los abuelos para garantizar el cuidado de la menor. Por esta razón, se toman en consideración dos criterios importantes.

El primer criterio, mencionado en el sétimo considerando de la resolución, es el principio de interés superior del niño como “unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.⁷ Así también, esta resolución en su sexto considerando indica, que el juez debe tener como norte dicho el principio y en base a este otorgar la tenencia a quien garantice las mejores condiciones de cuidado y desarrollo de la menor.

⁷ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 4881-2009-AMAZONAS. Considerando Sétimo.

El segundo criterio, indicado en el octavo considerando de la resolución es el de preservar el vínculo afectivo desarrollado por la menor y sus abuelos. Respecto de esto, la sala considera de notable relevancia el vínculo afectivo desarrollado entre la menor y sus abuelos maternos. Considerando este vínculo como una continuidad de la relación afectiva madre-niño y a la vez decisiva para el normal desarrollo de la menor. Por esta razón, considera que separar a la menor de sus abuelos implicaría una alteración a su desarrollo social y emocional contraviniendo el principio de interés superior del niño. En consecuencia, la sala declara fundados los recursos de casación otorgándose finalmente la tenencia a los abuelos maternos de la menor.

Finalmente, nuestra posición es que el derecho a tenencia descrito en nuestra legislación debe flexibilizarse primándose el interés superior del menor y no solamente como un atributo de la patria potestad, el cual es contemplado bajo una interpretación en estricto en nuestra normativa. Asimismo, planteamos que en esta línea de ideas es legítimo que los abuelos puedan solicitar la tenencia de sus nietos y se les sea otorgada en consideración con los criterios antes descritos. Asimismo, es importante considerar que se encuentran incursos en este análisis otros aspectos como la identidad dinámica del menor; tema que desarrollaremos más adelante

Respecto de esto, la sala precisa en su octavo considerando, que el amor recíproco entre el recién nacido y la madre son la base sobre la que se establece la relación materno filial como vínculo afectivo. En este caso, tras el fallecimiento de la madre, este vínculo continuó con los abuelos maternos ya que fueron ellos quienes respondieron a las conductas innatas de la niña brindándole las atenciones y cuidados que necesitaba. Esto es de gran importancia para la sala, ya que considera que este vínculo es fundamental para el desarrollo de las relaciones que el ser humano establecerá con otras personas a lo largo de su vida. Por lo tanto, separar

a la menor de este vínculo afectaría negativamente su desarrollo emocional y social, contraviniendo el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes.⁸

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

En el año 2007, la señora Mabel Grandez Pisco, denuncia al padre de su recién nacida hija, Hugo Franklin Vasquez Ventura, solicitándole una pensión de Alimentos. Dicha pensión fue otorgada según consta en el expediente N°2007-191. Asimismo, se consigna también que el demandado ya había sido objeto de denuncia anteriormente por el delito de abandono de mujer en estado de gestación, pero fue absuelto en ese momento debido a la falta de evidencia sobre el estado crítico o de riesgo de la demandante Mabel Grandez Pisco, según se detalla en la resolución objeto de este informe.

Posteriormente, el 2 de septiembre de 2007, al cumplir 7 meses de edad, la menor F.K.V.G. queda huérfana de madre a causa de su suicidio. Desde aquel momento, la menor queda bajo los cuidados de sus abuelos maternos. Asimismo, se hace mención que el demandado Hugo Franklin Vásquez Ventura, estaba siendo investigado por el delito de instigación al suicidio de la madre de la menor. Por ello, mediante acta fiscal se dispone la custodia de la menor en los abuelos maternos (Delia Pisco Gonzales y Juan Bautista Grandez) hasta que culmine dicha investigación.

2.2. Hechos relevantes del caso

Delia Pisco Gonzales y Juan Bautista Grandez Silva, abuelos de la menor, interponen una demanda por la tenencia de la menor F.K.V.G. contra el padre biológico Hugo Franklin Hugo Franklin Vasquez Ventura.

⁸ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 4881-2009-AMAZONAS. Considerando Octavo.

En primera instancia, la tenencia de la menor F.K.V.G. se concedió a sus abuelos. Se menciona que el juez dictó la sentencia después de llevarse a cabo un “informe social del equipo multidisciplinario”. El cual, junto con otras pruebas, permitió determinar lo más beneficioso para la menor, como se describe en la casación objeto del presente informe.

El informe realizado al demandado, que consta en la página ciento sesenta y dos, estableció que él vivía solo en una habitación muy pequeña, sin muchas comodidades, sin servicios elementales propios, y que su trabajo no le permitía establecerse en un lugar fijo. Esto se debía a que era policía y estaba sujeto a cambios por decisión personal o por necesidad de servicio; tal como se menciona en la casación en mención. Ante esto, lo demandantes mencionan la intención del padre de llevarse la niña a Chiclayo y ponerla al cuidado del abuelo paterno y la esposa de este último.

En segunda Instancia, el 26 de agosto de 2009, la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas revocó la sentencia de primera Instancia declarando infundada la demanda de tenencia y tutela de la menor.

Delia Pisco Gonzales y Juan Bautista Grandez, abuelos maternos de la menor, interpusieron un recurso de casación por infracción al artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Asimismo, el Ministerio Público interpone un recurso de casación por las siguientes causales:

- a) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y
- b) Interpretación erróneas del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes” según se consta en la referida Casación.

El 27 de enero de 2010, la Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación interpuesto por los demandantes Delia Pisco Gonzales, Juan Bautista Grandez y el Ministerio Público.

A dicha fecha la menor F.K.V.G, ya tenía 3 años de edad y había desarrollado un vínculo afectivo con sus abuelos maternos ya que fueron ellos quienes le brindaron el cuidado y protección desde la muerte de su madre. Asimismo, debemos mencionar que a la fecha la niña no conocía a su padre.

El 05 de abril de 2011, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en primer lugar, declaró FUNDADOS los recursos de casación interpuestos por los abuelos de la menor y el Ministerio Público. Por consiguiente, se declaró NULA la sentencia de vista expedida por la sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas de fecha 26 de agosto de 2009. Así mismo, en segundo lugar, CONFIRMARON la decisión apelada que declaró fundada la demanda de tenencia y tutela de la menor. En consecuencia, se otorgó la tenencia y tutela de la menor a los abuelos maternos Delia Pisco Gonzales, Juan Bautista Grandez.

Cabe precisar que la sala también menciona que este otorgamiento de la tenencia y tutela de la menor a los abuelos no restringe de ninguna manera la posibilidad de que se establezca un régimen de visitas a favor de padre con el fin de que pueda formar un vínculo afectivo con la menor.

De igual modo, es importante precisar, tal como se establece en el artículo 82 del Código de niños y adolescentes, que la sentencia firme de tenencia puede variar en el tiempo dependiendo de las circunstancias que así lo ameriten.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema principal se centra en la falta de una normativa clara que contemple los supuestos en los que, con el fin de garantizar el interés superior de los menores, se otorgue la tenencia a otros familiares fuera de los progenitores. En este caso, por ejemplo, a los abuelos. Ello, principalmente debido a que, en la actualidad, la solución frente a este tipo de casos depende más de la interpretación de los magistrados que de una normativa que contemple clara y específicamente dicho supuesto.

Asimismo, se derivan de forma accesoria, la determinación del derecho a la tenencia dentro de nuestra legislación, ya que la tenencia nace esencialmente como un atributo de la patria potestad y es contemplada en estricto de esa manera en nuestra normativa.

3.1. Problema principal

¿Puede otorgarse la tenencia a los abuelos y legitimidad activa para solicitar la tenencia y custodia de sus nietos?

3.2. Problemas secundarios

¿Cómo se debe aplicar el principio de Interés superior del niño respecto a las normas de tenencia?

¿Es el vínculo afectivo desarrollado, entre la menor y otros familiares fuera de los progenitores, el sustento que puede justificar la tenencia a favor de estos últimos?

3.3. Problemas complementarios

¿Cuál es el papel que juega el derecho a la identidad de los menores en el otorgamiento de la tenencia?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Creemos viable que si se puede otorgar la tenencia a los abuelos. Así como, si tendrían legitimidad activa para demandar la tenencia y custodia de sus nietos.

En primer lugar, actualmente nuestra normativa no contempla clara y específicamente los supuestos en los que los abuelos soliciten y se les otorgue la tenencia de sus nietos.

No obstante, nuestra jurisprudencia ya lo ha ido desarrollando, basándose principalmente en el principio de interés superior del niño consignado en el artículo IX del título preliminar del Código de niños y adolescentes y en el artículo 3.1 de la Convención de derechos del niño. Por consiguiente, los jueces están facultados a otorgar la tenencia a los abuelos que la soliciten a la luz de garantizar lo más favorable para el menor. Considerándose que en estos casos siempre debe prevalecer el interés superior del niño.⁹

El principio de Interés superior del niño debe interpretarse, según explica la Sala suprema, “como instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social”.¹⁰ Asimismo, señala la sala, que las organizaciones públicas o privadas tienen la obligación de verificar si se ha aplicado este criterio al tomar decisiones sobre un niño. Considerándolo importante porque asegura que el interés del niño a largo plazo será tenido en cuenta. Asimismo, es importante resaltar que hace mención que este principio “debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.¹¹

En consecuencia, el vínculo afectivo es determinante al momento de analizar cada caso. En especial, ya que su continuidad garantiza el normal desarrollo de la vida del menor. E incluso

⁹ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Casación N° 4881-2009- Amazonas. Considerando Noveno

¹⁰ Op Cit, Considerando Séptimo

¹¹ Ibid.

la identidad dinámica ¹²que ha venido formando al haber desarrollado un vínculo afectivo con sus abuelos.

En el presente caso de estudio, la Corte Suprema sustenta también su decisión respecto que no debe romperse el vínculo afectivo desarrollado por la menor, desde sus primeros meses de vida, con sus abuelos maternos a fin de conservar el vínculo afectivo madre-niño.

Entendiéndose como un vínculo afectivo madre-niño como aquel que se consolida cuando concurre un amor recíproco entre el niño recién nacido y su madre. Asimismo, hace hincapié en que dicho vínculo afectivo continuó con los abuelos maternos quienes respondieron a las necesidades de la niña en sus primeros meses de vida; constituyendo este vínculo “la base sobre la cual se desarrollaran los demás vínculos que establecerá el ser humano con las demás personas a lo largo de su vida”.¹³

En los casos en los que, a la muerte de uno de los padres, y a falta de garantía del bienestar del menor por parte del progenitor que le sobrevive, debe primar el interés superior del niño o adolescente al momento de otorgarse la tenencia. Por tal razón, debe considerarse a los abuelos con legitimidad activa para solicitar la tenencia y asimismo otorgársela sustentándose en el vínculo afectivo que ha desarrollado con el menor. Vínculo que se ha ido desarrollando mediante la convivencia, los cuidados del menor y su bienestar.

El pleno Jurisdiccional distrital de familia del año judicial 2014 consideró entre sus temas en discusión la posibilidad de que los abuelos, tíos u otras personas con legítimo interés puedan solicitar la tenencia de un menor en caso fallezca uno de los padres. Ante ello, se discutió si

¹² SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 3797-2012 Arequipa, Sobre Identidad Dinámica.

¹³ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Considerando Octavo de Casación N° 4881-2009- Amazonas.

era posible el otorgamiento de la tutela ,a los abuelos u otros familiares, o si se debía requerir previamente el nombramiento de un tutor. ¹⁴

Desarrollándose votación a favor de la ponencia que señalaba que se debe dotar de legitimidad activa los abuelos, tíos u otras personas con interés legítimo para solicitar la tenencia; en cumplimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Concluyéndose así, que de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño y el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema, algunos normas procesales y principios deben ser flexibilizados de forma que le sea más beneficioso al menor.¹⁵

Asimismo, resulta pertinente mencionar que lo que se busca con esta interpretación más flexible en temas de tenencia es básicamente que los procesos judiciales no terminen perjudicando a los menores. En nuestro caso de estudio, la menor concebía como figuras paternas a quienes la atendieron, cuidaron y protegieron desde que quedó huérfana de madre. Esta menor, como en otros casos, no tuvo cercanía ni los cuidados de su padre. Finalmente, el requerimiento de pasar por la solicitud de nombramiento de un tutor terminaría dilatando más los tiempo y generando inseguridad respecto de la situación de la menor.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Considero razonable la decisión de la Corte Suprema sustentada principalmente en el principio de Interés superior del niño. Asimismo, considero que si bien es importante el desarrollo que se hace al explicar la importancia del vínculo afectivo madre-niño y su continuidad a través de los abuelos, es a la vez un supuesto que deja nuevamente a criterio del juzgador los casos en los que no son necesariamente los abuelos maternos quienes

¹⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia Año Judicial 2014. pp. 3, Consulta: 28 de junio de 2024.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1fff6580496410e59cf29e59503a36a7/familia+lima+2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1fff6580496410e59cf29e59503a36a7>

¹⁵ Ibidem

solicitan la tenencia. A mi consideración, este tipo de casos quedan aún bajo un amplio criterio por parte de los jueces.

En consecuencia, considero que es perjudicioso para los menores, que se encuentran en los supuestos en los que no hay garantía de su bienestar por parte de uno o ambos progenitores, que la norma no contemple claramente y con precisión que pueda otorgársele su tenencia y tutela a los abuelos. De igual modo, que no se contemple a otros parientes con los que el menor haya estado conviviendo y le hayan prestado cuidado y con los que haya desarrollado un vínculo afectivo.

V. CUESTIONES TEORICAS PRELIMINARES

5.1. Patria Potestad

La patria potestad, según Varsi, es definida en principio como “un derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos”.¹⁶ Asimismo, como señala, Benjamín Aguilar, la patria potestad bien podría ser la institución más importante dentro del Derecho de Familia. Considerándose como un deber derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.¹⁷

Así también señala Yungano, que los derechos y deberes derivados de la patria potestad forman un entramado complejo de vínculos personales, familiares y legales entre padres e hijos. Menciona también, que esta institución tiene sus raíces en el poder romano antiguo y ha evolucionado incorporando conceptos de protección del derecho germánico.

En efecto, esta definición ha ido teniendo una evolución historia. En la que hemos pasado de una institución referida a la patria potestad de carácter autoritario, basada en la autoridad

¹⁶ VARSÍ, Enrique. “Tratado de derecho de familia”. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, pp. 294.

¹⁷ AGUILAR, Benjamín. “La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida”. Derecho y Sociedad. Lima,32, pp.191-197.

paterna, a una de función social.¹⁸ Función en la que el Estado interviene cuando “es necesario corregir una deficiencia, suplir una omisión, salvar a los débiles de la irresponsabilidad de sus padres, de la ignorancia, de las enfermedades”¹⁹.

En consecuencia, en esta evolución, se ha ampliado el concepto de la patria potestad no limitándose a los derechos y deberes de guarda, vigilancia y educación, sino introduciendo el concepto de “interés del hijo”. Este concepto se puede visualizar, en el derecho comparado, en la reforma del Código Civil francés realizada en 2002. En la cual, la definición de autoridad parental ha variado de forma importante considerándose como finalidad de este conjunto de deberes y derechos el “interés del hijo”.²⁰

En dicha línea de ideas, la patria potestad está constituida por un conjunto de deberes y derechos que tienen como objeto central cuidar, proteger, educar y garantizar el normal desarrollo del hijo. En virtud de ello, el término “interés del hijo” constituye en un enfoque más adecuado para entender esta institución.

En nuestra legislación, el principio de interés superior del niño y adolescente, como principio rector es recogido en el artículo IX del título preliminar del Código de los niños y adolescentes. Así como, en el artículo 3.1. de la Convención de derechos del niño. Tratado internacional al cual nos encontramos adscritos y que es reconocido en nuestra legislación²¹, tratándose de un tratado internacional en materia de derechos humanos, con rango constitucional.²²

¹⁸ BORDA, Guillermo. “La familia hoy”. En ZANNONI, Eduardo y otros. “Derecho de Familia”. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores. 1991, pp.11-12

¹⁹ Ibidem.

²⁰ VARSÍ, Enrique. “Tratado de derecho de familia”. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, pp. 294.

²¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política del Perú. Artículo 55° y Cuarta disposición final y transitoria. Lima, 1993. Consulta: 03 de junio de 2024. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf?v=1594239946

²² RUBIO, Marcial. “Estudio de la constitución política del Perú”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, pp.64.

En conclusión, es de suma importancia tener en cuenta el principio del interés superior del niño al ejercer la patria potestad y al decidir sobre la tenencia.²³

5.2. Tenencia

La tenencia es descrita como el derecho y deber de los padres de tener a sus hijos en su compañía. Así lo describe Plácido, como un derecho-deber que implica además de la tenencia, vigilancia y corrección.²⁴

Se considera también, en caso de separación de los padres y de definirse la tenencia a favor de uno de ellos, ya sea por acuerdo de ambos padres o por decisión del juez, que ello no implica una privación de la patria potestad para el otro progenitor. Por tanto, este último seguirá ejerciendo los otros atributos de la patria potestad²⁵.

En esa misma línea, Aguilar señala que la tenencia, como atributo de la patria potestad, es un derecho-deber que significa “la vida en común”, el vivir bajo un mismo techo y que por ende constituye principalmente una relación personal entre padres e hijos y sobre la cual se podrán ejercer los demás atributos de la patria potestad. Por consiguiente, no debería entenderse como sinónimo de “guarda”. Entendiéndose guarda como el deber que obliga a los padres a la protección y cuidado de sus hijos. Por ello, señala, entre guarda y custodia si hay un concepto equiparado que constituye un deber.

Asimismo, también existe la crítica, de autores como Varsi, al uso del término tenencia, ya que dicho término alude o se asemeja a la figura de los Derechos reales. Igualmente, Aguilar sugiere que sería más adecuado cambiar el término "tenencia" por uno que refleje mejor el

²³ AGUILAR, Benjamín. “La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida”. Derecho y Sociedad. Lima,32, pp.191-197.

²⁴ PLÁCIDO, Alex. “Manual de derecho de Familia”. Lima. Gaceta Jurídica, 2001, pp.324.

²⁵ Ibidem.

concepto de relación personal entre padres e hijos, así como la convivencia y la corresponsabilidad de ambos padres en todo lo concerniente a los intereses del hijo.²⁶

En consecuencia, podemos afirmar que el término tenencia ha ido evolucionando desde una concepción inicial en la que se asemeja más a la guarda y por consiguiente a la cosificación del hijo. Para luego, pasar a comprender que su ejercicio implica en sí una relación de deber derecho tanto del padre a estar con sus hijos como el de los hijos a estar con sus padres. Así como los deberes de cuidado, protección y desarrollo de una relación de convivencia con los mismos.

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1. Problema principal

¿Puede otorgarse la tenencia a los abuelos y legitimidad activa para solicitar la tenencia y custodia de un menor?

6.1.1. La tenencia a la luz del Código Civil y Código de niños y adolescentes.

En principio, la tenencia ha sido comprendida como un derecho exclusivo de la patria potestad. Así se dispone también en el artículo 74 del Código de los niños y adolescentes.

En esa línea, explica Aguilar, la tenencia no podía extenderse a terceros, incluso si se trataba de familiares del menor. Y en caso se suscitara que un menor no viva con sus padres y se encontrará en poder de un tercero, se entendía que esta situación era de forma provisional mientras se dilucidara la situación del menor. Actuando este tercero, normalmente un familiar, como guardador o tutor.²⁷

Tal es el razonamiento que también conlleva el artículo 340 del Código civil, en los casos del divorcio por causal y en los que se confiere al juez la facultad para no otorgar la tenencia del hijo a ninguno de los padres, con el fin de asegurar el mejor interés del menor. En dichos

²⁶ AGUILAR, Benjamín. "La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida". Derecho y Sociedad. Lima, 32, pp.191-197.

²⁷ Ibidem.

casos el menor es guardado por un tercero que; en lo posible, conveniente y siguiendo un orden; debe ser alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Sin embargo, dicha interpretación restrictiva de la tenencia no consideraba supuestos más complejos pero que acontecen en nuestra sociedad. Al mismo tiempo, no ofrecía una interpretación adecuada en vista que nuestros operadores de justicia deben realizar una interpretación sistemática de nuestro cuerpo legal y flexible especialmente ya que se trata de niños y adolescentes, quienes tienen especial cuidado y prelación de intereses frente al estado²⁸.

Por ende, el principio de interés superior del niño amerita que las acciones o medidas adoptadas para proteger y garantizar los derechos de menores, sean resueltas por nuestros operadores de justicia adecuándose y flexibilizándose la interpretación de la normativa. Ello, ya que se trata de niños y adolescente a quienes se les debe priorizar y proteger; especialmente cuando estos se enfrentan a acciones o decisiones del Estado.

Podemos resaltar, en especial siendo el derecho de familia un instrumento para salvaguardar el derecho de niños y adolescentes y su entorno familiar, la importancia de los tratados internacionales que amparan los derechos de los niños y adolescentes y que son de estricto cumplimiento en nuestra legislación nacional.

6.1.2. La tenencia mediante una interpretación sistemática y flexible de las normas.

Hoy en día, son muchos los casos en los que los abuelos solicitan la tenencia de sus nietos. No obstante, dicho supuesto no está considerado en nuestra legislación de forma expresa y clara. Por ende, ha resultado necesario realizar una evaluación e interpretación más amplia por parte de nuestros jueces a fin de resolver dichos supuestos e impartir justicia.

²⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONCTITUCIONAL EXP. N° 03744-2007-PHC/TC. Fundamento 5.

Por ello, se ha partido de comprender que corresponde a los abuelos solicitar la tenencia de sus nietos. Como señala Varsi, nada lo impide ni restringe.²⁹ Según la Corte Suprema, no se debe realizar una interpretación restrictiva del artículo 81° del Código de los niños y adolescentes, por el contrario, debe realizarse una interpretación extensiva de este. Entendiéndose que “los abuelos pueden peticionar, estando a que el propósito central de este tipo de procesos es determinar los que sea más favorable al menor.”³⁰

Asimismo, también debe considerarse, que los abuelos no solo tienen vocación familiar, sino que conllevan un compromiso afectivo especialmente en los casos en los que existe convivencia, cuidado y manutención de los nietos³¹.

Ahora bien, es importante mencionar la jurisprudencia respecto a este tema.

Casación N° 4881-2009- Amazonas

En el caso objeto de este informe se resuelve bajo las consideraciones que expondremos a continuación.

Según lo expuesto en el considerando sexto, se entiende que la tenencia es una institución cuyo propósito es asegurar que el menor esté bajo el cuidado de uno de los padres cuando estos se encuentran separados de hecho. Sin embargo, debe considerarse lo más favorable para el menor. En la búsqueda de este fin, el juez está facultado para resolver la tenencia considerando el interés superior del niño como criterio rector en sus decisiones.

Asimismo, en el considerando séptimo, la sala define al interés del niño como instrumento que tiende a asegurar el bienestar del menor en el plan físico, psíquico y social. Del mismo

²⁹ VARSÍ, Enrique. “Tratado de derecho de familia”. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 306.

³⁰ BUSTAMANTE, Emilia. “determinación de los alcances del principio de interés superior del niño en los procesos de tenencia”. En : Actualidad Jurídica. N° 221. Lima: Gaceta Jurídica, 2012. p.64.

³¹ VARSÍ, Enrique. “Tratado de derecho de familia”. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 306.

modo, se precisa que las organizaciones públicas y privadas están obligadas a considerar dicho principio como criterio al momento de decidir respecto de un menor ya que este garantiza que los intereses a largo plazo del niño sean tenidos en cuenta.

Ahora bien, en el considerando Octavo, se desarrolla la importancia del vínculo afectivo madre-niño. El cual es de vital importancia a lo largo de su vida ya que este constituye la base sobre la cual el ser humano podrá desarrollar vínculos con las demás personas a lo largo de su vida. Por ende, bajo tales consideraciones, fueron los abuelos quienes continuaron el vínculo materno filial, desde la muerte de la madre, y por consiguiente han sido las únicas personas con quienes la menor mantuvo contacto, cuidándola y atendiéndola en todo lo que necesitaba desde sus siete meses de nacida. Por ello, separar a la menor de los abuelos, podría afectar negativamente su desarrollo emocional y social; contraviniéndose lo previsto en el artículo IX del Título preliminar del Código de niños y adolescentes.

Finalmente, en el considerando noveno se concluye ,bajo el criterio de interés superior del niño, conceder la tenencia a los abuelos facultándose al juez a resolver la tenencia a fin de salvaguardar lo más favorable para la menor. Ello sin que se restrinja alguna fijación de régimen de visitas a favor del padre.

Casación N° 4774-2006- La libertad

En la presente resolución se resuelve otorgándose la tenencia a los abuelos del menor bajo la aplicación del principio superior del niño, consagrado en el artículo IX del Título preliminar del Código de Niños y Adolescentes. En dicho orden, la Sala consideró que lo más beneficioso para el desarrollo integral del menor era continuar bajo los cuidados de la abuela materna quien lo había cuidado desde la muerte de su madre.

Expediente N° 1432-2009, Segunda Sala Especializada en Familia de Lima.³²

En este caso la Sala especializada también resuelve otorgándose la tenencia a los abuelos considerándose dos aspectos.

En primer lugar, una interpretación extensiva del artículo 84 del Código de niños y adolescentes da posibilidad de otorgársele la tenencia al abuelo materno debido a que ha convivido mayor tiempo con el menor. En este caso, el abuelo ha brindado, cuidados y protección al menor por tres años desde la muerte de la madre sin que haya tenido contacto con el padre. Por ello, para evitarle un desequilibrio emocional al menor, se interpreta extensivamente el artículo en mención, otorgándose la posibilidad de solicitar la tenencia a los abuelos.

En segundo lugar, se aplica el criterio de interés superior del niño como criterio rector con la finalidad de continuar con la relación afectiva que se ha desarrollado en el hogar donde se ha cuidado al menor. En este caso la relación paternal desarrollada entre abuelo y nieto.

Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Lima- Año Judicial 2014

En este pleno casatorio se analizó el siguiente planteamiento: En caso de que uno de los padres fallezca, “¿los abuelos, tíos u otras personas con un interés legítimo tienen el derecho de solicitar la tenencia y custodia del niño, niña o adolescente, o es necesario solicitar primero el nombramiento de un tutor?”

Primeramente, resulta importante considerar que la mayoría, se encontró de acuerdo con la primera ponencia. Ponencia que esta a favor de otorgar legitimación activa a cualquier persona con un interés legítimo en resolver de la tenencia o custodia de un menor, respetando así la tutela jurisdiccional efectiva. Esta postura, señala la sala, está en línea con el nuevo

³² DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. Abuelo obtiene tenencia por tiempo de convivencia. Consulta: 28 de junio de 2024.
<http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/julio2013/DetalleBoletinDialogo-28-07-13.html>

enfoque promovido por la Convención sobre los Derechos del Niño y el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema, que aboga por la flexibilización de ciertos principios y normas procesales.

Ante ello, es importante describir las conclusiones plenarias.

En primer lugar, es de notable relevancia la flexibilización de normas, como principio del sistema de administración de justicia en especial en temas de familia. Asimismo, se considera imperioso que la justicia sea impartida de manera oportuna. Ello ya que un proceso de suspensión de la patria potestad en vía civil y posterior a ello un proceso de tutela generaría daños irremediables para los menores por el tiempo que conlleva el proceso.

En segundo lugar, se hace mención a la importancia del principio de interés superior del niño recogido en el artículo IX del Título preliminar del Código de niños y adolescentes. Así como la Observación 14 del Comité de derechos del niño. En este sentido se recogen varios derechos resguardados por la Convención de Derechos del Niños como son: el derecho a las relaciones familiares, derecho de todo niño a vivir en armonía, en paz, en unión. Así como a considerarse lo establecido por el Tercer Pleno Casatorio, que precisa el Principio de Flexibilización en las relaciones familiares.

En tercer lugar, se toma en consideración lo resuelto en la Casación N° 4881-2009 Amazonas, respecto a la importancia del Interés superior del niño como regla de interpretación y garantía dentro del trámite. Por ello, se menciona que se debe tener en cuenta todos los factores del contexto fáctico en el caso específico. Así como a pesar, de que la tenencia es un atributo de la patria potestad, en caso de falta de uno de ellos padres, la importancia de tomar medidas inmediatas con el fin de evitar el desamparo o perjuicio del menor. Para ello, se recalca nuevamente la necesidad de la flexibilización de las normas procesales y principios referidos en el Tercer Pleno Casatorios Civil de la Corte Suprema; interpretándose las normas sobre menores según les sea más beneficioso. Asimismo,

dotándose de legitimidad a los abuelos, tíos u otras personas con legítimo interés en resolver la tenencia del menor.

En conclusión, a la luz de todo lo desarrollado podemos afirmar que sí puede otorgarse la tenencia a los abuelos y legitimidad activa para solicitar la tenencia y custodia de sus nietos. Para ello resulta de vital importancia entender que nuestra legislación nacional debe interpretarse de forma sistemática, considerándose los tratados a los que estamos adscritos. Así como, debe realizarse una interpretación flexible debido a que en caso de niños y adolescentes el criterio rector que debe dirigir toda decisión es el principio de interés superior del niño. Por medio del cual toda decisión debe ser tomada según lo que más le favorezca al menor. Finalmente, en esa misma línea de ideas resulta importante conservar, las relaciones afectivas que haya desarrollado el menor con sus abuelos por medio de la convivencia, la protección y cuidados que le hayan brindados estos a la falta de sus padres.

6.2. Problemas secundarios

¿Cómo se debe aplicar el principio de Interés superior del niño respecto a las normas de tenencia?

El principio de interés superior del niño ha sido recogido por los tratados internacionales y nuestra legislación nacional por lo cual resulta de obligatorio cumplimiento al momento de tomar cualquier decisión que refiere a menores ya sea por instituciones públicas o privadas.

Para ello partiremos del concepto de dicho principio, “como instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social”. Constituyéndose como una obligación de las organizaciones públicas o privadas a considerar dicho criterio al momento de decidir respecto de un niño. Siendo este criterio una garantía de que su interés a largo

plazo será tenido en cuenta. Asimismo, este principio “debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.³³

El principio de interés superior del niño también “debe entenderse como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo y la calidad o nivel de vida adecuado”.³⁴ Asimismo, menciona la sala en la Casación N° 563-2011, que esto implica que los derechos de los menores deben ser interpretados de manera sistemática, ya que en su conjunto garantizan la adecuada protección de estos.

Entendiéndose así, que este principio abarca no solo el respeto por los derechos de los niños y adolescentes sino también busca garantizar una protección integral. Enfocándose, en que los menores deben llevar una vida de calidad, que les permita desarrollarse íntegramente tanto física, psíquica, emocional y socialmente. Como veremos mas adelante, el desarrollo integral del menor también esta relacionado con la construcción de su identidad en su aspecto dinámico por lo que es de gran relevancia comprender la gran importancia que recae en este principio.

Asimismo, el principio de interés superior del niño se encuentra recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1; tratado internacional al que Perú está adscrito. En este artículo se señala muy claramente la obligación de los estados y todas sus instituciones públicas o privadas a que se considere primordialmente el “interés superior del niño” cuando deba decidirse o actuase respecto de niños y adolescentes. La convención desarrolla así normativa vinculante para la legislación peruana que debe ser considerada al momento de interpretarse las normas y resolver casos concretos.

³³ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Considerando Séptimo de Casación N° 4881-2009- Amazonas.

³⁴ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 563-2011.

De igual forma, el principio de interés superior del niño se encuentra recogido dentro de nuestra legislación nacional. En el artículo 4° de la Constitución, se señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente”. En consecuencia, reconoce a los niños y a adolescentes con sujetos de cuidado especial y cuyo beneficio debe considerarse como prioridad para el estado.

Así también, el artículo IX del Código de niños y adolescentes en el que se señala que el Estado, a través de sus diversas instituciones, considera de manera relevante el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos.

En conclusión y a la luz de la jurisprudencia descrita líneas arriba, el principio de interés superior del niño se configura como criterio o norte al momento de que nuestros operadores de justicia tomen decisiones. Asimismo, tanto las instituciones privadas y públicas están obligadas a su consideración primordial al momento de decidir en temas respecto de menores.

¿Es el vínculo afectivo desarrollado, entre la menor y otros familiares fuera de los progenitores, el sustento que puede justificar la tenencia a favor de estos últimos?

Tal como hemos venido desarrollando, hemos podido observar, que en base al principio de Interés superior del niño y la conservación de las relaciones afectivas desarrolladas por el menor se puede afirmar que si es posible otorgar la tenencia a otros familiares del menor, como tíos o incluso terceros con legítimo interés.

Asimismo, han sido considerados también como aspectos relevantes la convivencia por mayor tiempo con un familiar y las medidas para evitar cualquier perjuicio o alteración al desarrollo emocional de un menor el sustento para concluir que si es posible considerar con legítimos intereses a otros familiares para solicitar la tenencia de un menor.

En tal sentido podemos mencionar a lo concluido en el Pleno Casatorio Jurisdiccional Distrital de Familia, Año Judicial 2014, en el cual se faculta a los jueces una interpretación de las

disposiciones legales, en materia de menores, de manera que más les beneficie. Así como, concluyen respecto de la posibilidad de solicitar la tenencia, en que se debe de dotar de legitimidad a los abuelos, tíos u otras personas con legítimo interés.

Así también podemos mencionar la Casación N° 4710-2006-Ica, en la cual se otorga la tenencia a los tíos en base al principio de interés superior del niño.

De igual modo, debemos mencionar la Sentencia del tribunal Constitucional STC N° 2165-2002-HC/TC Lima, en la cual se otorga la tenencia a una tercera persona, en base al principio de protección e interés legítimo del menor. Así como el principio de solidaridad prodigado por la solicitante a la menor que se encontraba en estado de abandono en manos de su madre biológica.

6.3. Problemas complementarios

¿Cuál es el papel que juega el derecho a la identidad de los menores en el otorgamiento de la tenencia?

En este punto, desarrollaremos la importancia de la identidad dinámica frente a la identidad estática considerando lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, tal como señala Marcial Rubio, el derecho a la identidad “es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quien y como es”. Explicándose así que se debe entender a la identidad de la persona en dos aspectos. El primero, el concerniente al aspecto físico y biológico. Aspecto que comprende lo referido a su herencia genética, sus características corporales, entre otros. El segundo aspecto que incluso, señala Marcial Rubio, son aquellos que van hasta los de mayor desarrollo espiritual

y comprenden lo relacionado a su desarrollo en diversos ámbitos como son sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, su reputación y otros.³⁵

Es decir, se debe comprender el derecho a la identidad dinámica como el derecho que protege la identidad que ha construido la persona de sí misma y que la hacen única e identificable por las otras personas de la sociedad. Esto quiere decir, que aquí conjugan todas sus costumbres, valores, creencias, su nombre y apellido y toda la construcción de su historia de vida.

Asimismo, tanto Morales Godo y Marcial Rubio hacen mención al maestro Fernández Sessarego como el que más ha desarrollado este derecho en Latinoamérica. Quien ha señalado que la identidad personal posee dos facetas: una faceta estática y una dinámica.

La primera de ellas, concernientes a los aspectos físicos y que ha recibido tradicionalmente tutela jurídica. La segunda, la faceta dinámica, que se manifiesta “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad.”³⁶

Asimismo, menciona Marcial Rubio que el aspecto dinámico ha sido desarrollado por la jurisprudencia italiana reconociendo un interés existencial de la identidad en su aspecto dinámico. El cual “consiste en que la persona no vea alterada o desnaturalizada la proyección social de su personalidad”.³⁷ Aquí señala Morales Godo, que el perjuicio a este aspecto dinámico de la identidad implicaría “una lesión al perfil social de la identidad personal.”

De la misma madera, nuestra jurisprudencia también hace mención a estas dos facetas del derecho a la identidad y con mayor relevancia al aspecto dinámico del derecho a la identidad en materia de niños y adolescentes.

³⁵ RUBIO, Marcial. “Estudio de la constitución política del Perú”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, pp.127.

³⁶ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 3797-2012- AREQUIPA.

³⁷ RUBIO, Marcial. “Estudio de la constitución política del Perú”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, pp.127.

Casación N°3797-2012- Arequipa

Se desarrolla el derecho a la identidad es su aspecto dinámico y proyectivo. Considerándose así que, en temas de impugnación de la paternidad de una persona, cuando existan situaciones especiales límites en las que se observe la identidad de una persona el juez debe analizar tanto el aspecto estático como el dinámico. No obstante, se hace una importante precisión en su undécimo considerando, respecto a los casos de impugnación de paternidad. Se explica en dicho considerando, que en situaciones en las que se impugna la paternidad de una persona, esta no puede resolverse solamente en función al dato genético. Debe considerarse que todo ser humano construye y desarrolla su vida en función a todo lo vivido a lo largo de sus años. Esto está construido por sus vivencias, su nombre, su familia, como es reconocido por su entorno. Por ello es muy cierto que es “la propia historia del individuo” lo que lo identifica.³⁸

En conclusión, podemos observar a la luz de la doctrina y la jurisprudencia que el derecho a la identidad de los menores juega un papel importante en el otorgamiento de la tenencia. Ello, debido a que el establecimiento de un proyecto de vida del menor mediante la convivencia, sus relaciones afectivas, sus costumbres, su ideología, su identidad cultural, sus valores y otras características personales son aquello que constituye su identidad. Por ello, separarlo de este ámbito implicaría una vulneración a su persona, al proyecto de vida que ha venido desarrollando dentro de su entorno familiar. Ello independientemente de las implicancias emocionales que acarrearían separarlo de las personas a quienes considera sus figuras paternas.

³⁸ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 3797-2012- AREQUIPA.

VII. CONCLUSIONES

1. En conclusión, el termino tenencia ha ido evolucionando desde una concepción inicial en la que se asemeja más a la guarda y por consiguiente a la cosificación del hijo. Para luego, pasar a comprender que su ejercicio implica en sí una relación de deber derecho tanto del padre a estar con sus hijos como el de los hijos a estar con sus padres. Así como los deberes de cuidado, protección y desarrollo de una relación de convivencia con los mismos.

2. Concluimos también, que la tenencia no debe considerarse exclusivamente entre padres e hijos. Sino incluso incluyendo a los abuelos o parientes con quienes el menor mantiene un vínculo afectivo y con quienes se garantice mejores condiciones para el menor. Evitando con ello, una alteración a la estabilidad emocional, bienestar físico, psíquico y social. Por esta razón, es de relevancia esta interpretación flexible del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, en virtud de la cual el juez debe decidir sobre la tenencia, asegurando lo más beneficioso para el menor.

3. A la luz de todo lo desarrollado podemos afirmar que sí puede otorgarse la tenencia a los abuelos y legitimidad activa para demandar la tenencia y custodia de sus nietos. Para ello resulta de vital importancia entender que nuestra legislación nacional debe interpretarse de forma sistemática, considerándose los tratados a los que estamos adscritos. Así como, debe realizarse una interpretación flexible debido a que en caso de niños y adolescentes el criterio rector que debe dirigir toda decisión es el principio de interés superior del niño. Por medio del cual, toda decisión debe ser tomada según lo que más le favorezca al menor. Finalmente, en esa misma línea de ideas resulta importante conservar, las relaciones afectivas que haya desarrollado el menor con sus abuelos por medio de la convivencia, la protección y cuidados que le hayan brindados estos a la falta de sus padres.

4. A la luz de la jurisprudencia descrito en este informe, el principio de interés superior del niño se configura como criterio o norte al momento de que nuestros operadores de justicia tomen decisiones. Asimismo, tanto las instituciones privadas y públicas están obligadas a su consideración primordial al momento de decidir en temas respecto de menores.

5. Finalmente, podemos afirmar que a la luz de la doctrina y la jurisprudencia que el derecho a la identidad de los menores juega un papel importante en el otorgamiento de la tenencia. Ello, debido a que el establecimiento de un proyecto de vida del menor mediante la convivencia, sus relaciones afectivas, sus costumbres, su ideología, su identidad cultural, sus valores y otras características personales son aquello que constituye su identidad. Por ello, separarlo de este ámbito implicaría una vulneración a su persona, al proyecto de vida que ha venido desarrollando dentro de su entorno familiar. Ello independientemente de las implicancias emocionales que acarrearían separarlo de las personas a quienes considera sus figuras paternas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Benjamín. “La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida”.

Derecho y Sociedad. Lima.

BORDA, Guillermo. “La familia hoy”. En ZANNONI, Eduardo y otros. “Derecho de Familia”.

Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores. 1991.

BUSTAMANTE, Emilia. “determinación de los alcances del principio de interés superior del

niño en los procesos de tenencia”. En: Actualidad Jurídica. N° 221. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política del Perú. Artículo 55° y Cuarta

disposición final y transitoria. Lima, 1993. Consulta: 03 de junio de 2024. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf?v=1594239946

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Aprobado por la Asamblea General de

las Naciones Unidas el 2 de noviembre de 1989.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia Año

Judicial 2014. pp. 3, Consulta: 28 de junio de 2024. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1fff6580496410e59cf29e59503a36a7/familia+lima+2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1fff6580496410e59cf29e59503a36a7>

DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. Abuelo obtiene tenencia por tiempo de convivencia.

Consulta: 28 de junio de 2024.

<http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletinesdialogo/julio2013/DetalleBoletinDialogo-28-07-13.html>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI). “Homicidios en el Perú,

Contándolos uno a uno, 2021”, pp. 36, Consulta: 28 de junio de 2024. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1927/libro.pdf

LINN, Louis. "Patrones de las relaciones humanas" En: YUNGANO, Arturo. "Manual teórico practico de Derecho de Familia". Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1989.

PLÁCIDO, Alex. "Manual de derecho de Familia". Lima. Gaceta Jurídica, 2001.

RUBIO, Marcial. "Estudio de la constitución política del Perú". Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Casación N° 3797-2012 Arequipa, Sobre Identidad Dinámica.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 4881-2009-AMAZONAS.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 563-2011.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 03744-2007-PHC/TC.

VARSÍ, Enrique. "Tratado de derecho de familia". Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.

YUNGANO, Arturo. "Manual teórico practico de Derecho de Familia". Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1989..

[ENTRE CORCHETES]

Comentarios y anotaciones

NIEGAN TENENCIA A PADRE Y SE LA CONCEDEN A ABUELOS MATERNOS PARA CONSERVAR VINCULO AFECTIVO CON LA MENOR

CAS. N° 4891-2009-AMAZONAS

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

DEMANDANTES J.B.G.S., D.P.G. y el Ministerio Público

DEMANDADA H.F.V.

MATERIA Tenencia y tutela de menor

FECHA 3 de abril de 2011 (El Peruano, 30/01/2012)

CRITERIO DEL TRIBUNAL

Corresponde entregar la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos, pues aljar a la menor de estos -quienes desde el deceso de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella, siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado las atenciones y cuidados que todo niño necesita- implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social, lo cual no se condice con el principio de interés superior del niño.

BASE LEGAL:

Código de los Niños y Adolescentes: arts. 31.1º y 31

CAS. N° 4891-2009-AMAZONAS

Lima, cinco de abril de dos mil once -

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:

Con el acompañamiento, vista la causa número cuatro mil ochocientos ochenta y uno de dos mil nueve, en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

Se trata de los recursos de casación interpuestos por D.P.G. y J.B.G.S., así como el Ministerio Público contra la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de

Amazonas, su fecha veintiséis de agosto de dos mil nueve, que revocando la sentencia apelada declara infundada la demanda de tenencia y tutela de menor.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HAN DECLARADO PROCEDENTES LOS RECURSOS

Esta Sala Suprema, mediante resoluciones de fecha veintisiete de enero de dos mil diez, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por D.P.G. y J.B.G.S. por infracción normativa del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; así mismo declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público por las causales de: a) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y, b) Interpretación

FALLO ANTERIOR

"Se en el presente caso las instancias inferiores han constatado el fallecimiento de la madre de la menor e hija de los accionantes, y estas peticiones de tenencia de la menor, resulta que el poder de legítimos para cuidar, puesto que prevalece el interés superior del niño y el respeto a sus derechos" (Cas. N° 4891-2009-Amazonas, El Peruano, 30/01/2012).

errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.

III. CONSIDERANDO

Primero.- Que, respecto a la causal denunciada por D.P.G. y J.B.G.S. **Infracción normativa del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, aducen los recurrentes que en la sentencia de vista se ha inaplicado la norma denunciada toda vez que se ha omitido valorar el informe social practicado a los recurrentes, obrante a fojas ciento cinco, donde se señala que la situación moral y económica de los demandantes es buena y reúne todas las condiciones para asumir la crianza de su nieta F.K.V.G.; así como el informe social practicado al demandado, corriente a fojas ciento sesenta y dos, donde se establece que aquel vive solo y en un cuarto muy pequeño, sin mayores comodidades, sin servicios elementales propios y su trabajo no le permite estabilizarse en un lugar determinado ya que en su calidad de policía está sujeto a un cambio por voluntad personal o por necesidad de servicio; agregan que entregarle la niña sería poner en riesgo su estabilidad emocional, más aún que piensa llevarla a Chiclayo al poder de los abuelos (paternos), con quienes la niña no ha tenido una relación afectiva permanente; señalan como fundamento adicional el informe social emitido con ocasión de una denuncia interpuesta contra el demandado por M.G.P. –madre de la menor– por delito de abandono de mujer en estado de gestación. En consecuencia, la sentencia de vista habría obviado por completo estos informes, lo cual contradice lo actuado en primera instancia donde el juez de la causa a fojas setenta y ocho, antes de emitir su fallo, declara que para tener mayores elementos de juicio es necesario un informe social del equipo multidisciplinario, el que amado con otros medios probatorios permitirían dilucidar lo más favorable para la menor. Aseguran que tampoco ha sido valorado por la Sala Superior que la niña viene conviviendo con los recurrentes cerca de tres años, esto es desde el deceso de su madre.

Segundo.- Que, en cuanto a las causales denunciadas por el Ministerio Público: **a) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, argumenta dicha entidad que la Sala Superior inaplicó la citada norma, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 84 del mismo cuerpo legal, esto es, que la menor F.K.V.G. desde el fallecimiento de su madre, cuando tenía siete meses de edad, quedó bajo la protección y cuidado de sus abuelos maternos, con quienes tiene

una excelente relación afectiva y condiciones socioeconómicas favorables para su desarrollo integral y, atendiendo al principio del Interés Superior del Niño, no resulta favorable para la menor permanecer al lado de su padre

por cuanto no lo conoce, además de que este fue sentenciado al pago de una pensión alimenticia a favor de su hija (Expediente N° 2007-191), por lo cual y en virtud a lo previsto en el artículo 97 del precitado Código, está impedido de iniciar un proceso de tenencia; asimismo, viene siendo investigado como presunto instigador del suicidio de M.G.P. –madre de la menor– y ha sido procesado por delito de abandono de mujer en estado de gestación, si bien fue absuelto por no haberse comprobado el estado crítico de la demandante, ello no escusa el hecho de haberla abandonado; refiere que la Sala Superior al emitir resolución no tomó en cuenta lo señalado por el emplazado al contestar la demanda, en el sentido de que en caso de obtener la tenencia de la menor la misma quedaría bajo los cuidados de la madre política de este y de su padre biológico a quienes la niña no conoce, resaltando que la primera de las nombradas no tiene vincu-

44 El interés superior del niño implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización (Considerando quinto). 99

lo consanguíneo con la menor, lo cual desnaturaliza lo dispuesto en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes; y, **b) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, expone que la Sala Superior interpretó erróneamente lo dispuesto en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, al sostener que reconocér la tenencia y tutela de la menor F.K.V.G. a favor de sus abuelos maternos significaría desconocer los derechos y deberes de padre e hijo y no darle la oportunidad de tener una relación paterno filial con su menor hijo, lo cual le corresponde por su naturaleza de padre. El hecho que la niña permanezca bajo la tutela de sus abuelos maternos de ningún modo significa desconocer los derechos del padre biológico, por el contrario, sin descuidarlos bien pudo integrarse la sentencia fijándose régimen de visitas abierto. En cuanto a lo afirmado por la Sala, cuando señala que la tenencia es un atributo de la patria potestad y por ende solo le corresponde a los padres, –no pudiendo ser incluídos otros familiares via interpretación extensiva de la norma–, lo considera una interpretación errónea por cuanto no tomó en cuenta los criterios uniformes establecidos en las sentencias casatorias números 4774-2006-La Libertad de fecha cuatro de abril de dos mil siete 3172-2005-Lima del veintitrés de julio de dos mil siete y 4710-2006-Ica del treinta de marzo de dos mil siete.

Tercero.- Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la apelada que declara fundada la demanda de tenencia y tutela de menor interpuesta por J.B.G.S. y D.P.G., declarándola infundada por considerar

que la institución familiar de tenencia fija la relación exclusiva entre padre e hijo más no entre abuelos y nieto, y si bien el impugnante antes del fallecimiento de la madre del menor fue sentenciado a pasar alimentos y su trabajo en calidad de miembro de la Policía Nacional del Perú le impide tener un lugar fijo de residencia, ello no es óbice para limitar la relación paterno filial que le corresponde por naturaleza.

Cuarta.- Que, habiéndose declarado procedentes los recursos de casación por la causal referida a la infracción normativa material, cabe hacer las siguientes precisiones: la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 apartado 1) señala: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", por su parte el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dispone: "Interés superior del niño y del adolescente. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público,

44 Si bien la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo custodia de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, sin embargo, la figura en comento también faculta al juez a resolver la tenencia teniendo como norte el interés superior del niño (Considerando sexto). 77

los gobiernos regionales,

gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Por último su artículo 81 prescribe: "Tenencia: Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente".

Quinta.- Que, se observa que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, en ese sentido, este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectoros para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que



NUESTRA OPINIÓN

La sentencia casatoria transcrita realiza una aplicación idónea del interés superior del niño, niña y adolescente, al otorgar la tenencia y tutela de una menor de edad a sus abuelos maternos en atención a que había vivido con ellos a la muerte de la madre, es decir, desde los ocho meses, y por cuanto existía un vínculo afectivo con ellos, quienes le vienen brindando las condiciones adecuadas para su desarrollo, a diferencia de su padre, quien no reúne las mejores condiciones para cuidarla.

En los hechos, si se otorgara la tenencia al padre sería el abuelo paterno de la menor quien junto con su esposa se haría cargo de ella. En efecto, el padre no puede cuidar de su hija de manera adecuada, pues según el mismo manifestó su trabajo como policía lo obliga a cambiar constantemente de domicilio. Así también, se verifica que vive en un cuarto solo muy pequeño y sin baño propio, y que no ejerce su profesión.

En tal caso, la hija tendría que quedarse con su abuelo paterno y con la esposa de este, quien no tiene vínculo biológico con la menor. Esta situación no es la más adecuada para la niña, pues no existe vínculo afectivo ni con el padre ni con el abuelo paterno y la esposa de este.

En cambio, con los abuelos maternos ha vivido durante más de tres años desde que tenía solo siete meses de nacida, a la muerte de su madre por suicidio, por lo que se verifica con ellos un vínculo afectivo, pues fueron las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y que se encargaron de su cuidado. Por ello, se indica que alejarse de sus abuelos maternos implicaría la pérdida de su estabilidad emocional y de un hogar constituido y permanente.

De tal manera que se otorga la tenencia y tutela a los abuelos maternos y no así al padre. Esta medida no impide que el vínculo afectivo continúe entre este y la menor se vaya formando progresivamente a través del régimen de visitas.

Como es notorio, la sentencia casatoria se basa en la aplicación del principio del interés superior de la menor, el cual se encuentra consagrado en el

artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Por ello, caso la sentencia de vista y declara fundada la demanda de tenencia y tutela de menor.

El criterio contrario de la Sala Superior invocaba que la tenencia es exclusiva entre padre e hijo, no entre abuelos y nieto, ya que la tenencia es un atributo de la patria potestad y por ende solo le corresponde a los padres no pudiendo incluirse otros familiares a través de una interpretación extensiva del artículo XI del Código de los Niños y Adolescentes.

Esta argumentación parece, a primera vista, acertada, ya que de la revisión de dicho artículo y de los siguientes se verifica que se emplean solo los términos "padres", "padre", "madre" y "progenitor". Esto a diferencia de lo previsto para el régimen de visitas en el artículo 88 del mismo código, en donde se prevé que si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

De modo que se podría concluir que sólo a los padres les correspondía solicitar y obtener la tenencia de sus hijos mas no así a los demás parientes. Pero esta es una interpretación estricta de lo dispuesto en el artículo 81.

Con todo, sería mejor optar por una interpretación extensiva o por la analogía de lo dispuesto para el régimen de visitas, en casos en que el interés superior del niño aconseje que se otorgue la tenencia a otros parientes como ocurre en el supuesto descrito en la sentencia.

permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, "el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares", sin embargo, debe tenerse en cuenta que la calificación de "superior" en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración. En todo caso, se busca destacar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Se trata de determinar la preeminencia de los derechos de la infancia en su confrontación con otros derechos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas

o disposiciones de las que pueda resultar tal situación.

Sexto.- Que, a mayor abundamiento resulta pertinente indicar que si bien la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, sin embargo, la figura en comento también faculta al juez a resolver la tenencia teniendo como norte el interés superior del niño.

Sétimo.- Que, de lo expuesto se observa que en el presente caso debe ponderarse la condición del padre y abuelos de la menor para determinar la tenencia de aquella; en ese sentido, corresponde emitir pronunciamiento sobre la causal invocada por D.P.G. y J.B.G.S. respecto a la prevalencia en las decisiones judiciales del interés superior del niño; al respecto conviene precisar que en cuanto a los alcances del citado principio esta Suprema Sala considera que el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social, así constituye una obligación de las organizaciones públicas o privadas a examinar si dicho criterio está realizado en el momento en que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe agregarse que tal principio debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. En ese sentido, se observa que la madre de la menor falleció el día dos de setiembre de dos mil siete a consecuencia de un suicidio, esto es, cuando la menor contaba con siete meses y diecisiete días de nacida, pasando inmediatamente mediante acta fiscal bajo la custodia de los abuelos maternos impugnantes, disponiéndose además su permanencia en la jurisdicción y con los citados abuelos hasta la culminación de la investigación, situación de hecho que se mantiene a la actualidad, de lo que se advierte que la menor vive con ellos por el lapso de tres años, siete meses y tres días; por otro lado, se tiene del informe social de fojas ciento tres practicado a los recurrentes, el cual concluye que las condiciones sociales, morales y económicas de esa familia son óptimas para el crecimiento y desarrollo que todo niño merece; anudado a ello, el informe

“La relación afectiva madre-niño se consolida como un vínculo afectivo cuando existe un amor recíproco entre el recién nacido y su madre, siendo que en este caso al fallecimiento de la madre, la continuidad del vínculo lo tuvieron los abuelos maternos al ser las personas quienes respondían a las conductas innatas de la niña, debiendo acotarse que este vínculo constituye la base sobre la cual se desarrollarán los demás vínculos que establecerá el ser humano con las demás personas a lo largo de [su] vida (Considerando octavo).”

social practicado al demandado da cuenta que el padre de la menor no reúne las condiciones adecuadas para exigir la tenencia de la menor, por cuanto no cuenta con un ambiente adecuado para la niña, esto es, no cuenta con baño propio, utiliza un solo cuarto el cual es muy pequeño, come en pensión, además debe tenerse en cuenta que el propio emplazado en la visita social manifestó "que por razones de trabajo como policía, tiene que estar cambiando de un lugar a otro (...)", lo que implica que no reside en un mismo domicilio, por lo que la menor se quedaría al cuidado de su abuelo paterno conjuntamente con la esposa de aquél, quien no tiene ningún vínculo filial con la menor y la relación afectiva deviene esporádica, lo cual desencadenaría en la pérdida de la estabilidad emocional que hasta la actualidad mantiene bajo el cuidado de los recurrentes, quienes según el informe social de fojas ciento tres le brindan un hogar constituido y permanente, se encuentra bien de salud y con los cuidados adecuados para su edad.

Octavo.- Que, en cuanto a las causales denunciadas por el representante del Ministerio Público, corresponde en primer término pronunciarse sobre la inaplicación del principio del interés superior del niño en la sentencia de visita; en ese sentido, se debe precisar que la relación afectiva madre-niño se consolida como un vínculo afectivo cuando existe un amor recíproco entre el recién nacido y su madre, siendo que en este caso al fallecimiento de la madre, la continuidad del vínculo la tuvieron los abuelos maternos al ser las personas quienes respondían a las conductas innatas de la niña, debiendo acotarse que este vínculo constituye la base sobre la cual se desarrollaran los demás vínculos que establecerá el ser humano con las demás personas a lo largo de vida; siendo ello así, resulta claro que el alejar a la menor de la presencia de los abuelos maternos, quienes desde el deceso de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado las

atenciones y cuidados que todo niño necesita, implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social lo cual no se condice con lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes[1].

Noveno.- Que, por último, en cuanto a la causal de interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes[2], se debe tener en cuenta que en virtud a esta disposición el juez se encuentra facultado a resolver la tenencia a fin de salvaguardar lo favorable para el menor, siendo en este caso que debe prevalecer el principio del interés superior del niño, en esa línea resulta claro que corresponde entregar la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos, sin que ello implique alguna restricción para fijar un régimen de visitas a favor del padre y de esa manera pueda formar progresivamente un vínculo afectivo con la menor.

IV. DECISIÓN: Por estos fundamentos y de conformidad con lo regulado en el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil: a) Declararon **FUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por J.B.G.S., D.P.G. y el Ministerio Público, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, su fecha veintiséis de agosto de dos mil nueve que revocando la apelada declara infundada la demanda; b) **Actuando en sede de Instancia: CONFIRMARON** la apelada que declaró fundada la demanda de tenencia y tutela de menor, con lo demás que contiene. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por J.B.G.S., D.P.G. y el Ministerio Público, con H.F.V.V. sobre tenencia y tutela de menor, y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo señor Vinatea Medina.- **SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, WALDE JAUREGUI, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO**

[ENTRE CORCHETES: ANOTACIONES]

[1] Código de los Niños y Adolescentes

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

[2] Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 81.- Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parámetro del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.