

Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Constitucional



**OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A
PERSONAS DISTINTAS DE LOS PADRES, EN SALVAGUARDA DEL
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.
AREQUIPA, 2017.**

Tesis presentada por la Bachiller:

Vargas Calderón, Jenny Zelmy

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Constitucional

Asesor:

Mgter. Fernandez Salguero, James

**Arequipa –Perú
2018**

DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 07 de noviembre del 2018

Sr. Doctor

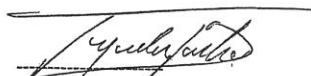
José Villanueva Salas

Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM

Presente.-

Por medio de la presente lo saludo cordialmente y a la vez hago de su conocimiento que la maestra **VARGAS CALDERÓN, Jenny Zelmy** ha levantado todas las observaciones realizadas a su Borrador de Tesis, denominado: "OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS DE LOS PADRES, EN SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, AREQUIPA, 2017.", (Expediente N° 20180000032838), por tanto soy de la opinión que puede pasar a la etapa de sustentación de la misma, salvo mejor opinión.

Atentamente,



Dr. Neil Tejada Pacheco
Docente Dictaminador

DICTAMEN 18-18-BT

DE: Dra. Ana María Amado Mendoza
Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM
Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM

PARA: Dr. Hugo Tejada Pradell
Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM

ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis
Bachiller: Vargas Calderón, Jenny

Recibido el Borrador de Tesis cuyo enunciado es: OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS DE LOS PADRES, EN SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, AREQUIPA, 2017, se hacen las siguientes observaciones:

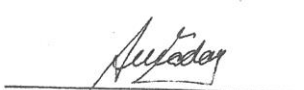
- En el resumen se consigna los principales hallazgos de la investigación, en la introducción se toma en cuenta la presentación del trabajo, así un alcance del contenido de la tesis;
- Por la problemática planteada, se recomienda realizar un análisis de las principales resoluciones a nivel de Poder Judicial y Tribunal Constitucional, así como la legislación que permitan tener las evidencias para sustentar los objetivos planteados en la investigación, teniendo en cuenta que son situaciones que requieren ser investigadas;
- En el caso del Derecho Comparado, se debe considerar el contexto social, por la temática planteada;
- Las encuestas o entrevistas sólo son referenciales de la investigación y no deben presentarse como resultados de la investigación.

Una vez superadas las observaciones el borrador podrá ser sustentado, salvo mejor parecer.

Arequipa, 03 de agosto 2018



Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Docente Dictaminador



Ana María Amado Mendoza
Docente Dictaminadora



Dedicatoria

Con cariño a mis padres, por la formación y ejemplo que siempre me inculcaron.



“La victoria que me apasionaría conseguir
es que cada niño del mundo crezca sano,
fuerte y tenga oportunidades”

Sergio Ramos

INTRODUCCIÓN

La tenencia de niños y adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico se regula mediante el Código de Niños y Adolescentes, artículos 81° al 87°. Dichas normas fueron reformadas a fines de setiembre del 2008 con la promulgación de la Ley N° 29269, introduciéndose con ella la modalidad de tenencia compartida. Sin embargo, en el Código inicial ni en la modificada, no se ha contemplado el derecho de los abuelos, familiares cercanos, así como terceras personas que amparan menores, de solicitar la tenencia de estos menores, cuando existe una relación fenecida de los padres, privándoseles a ellos de un contacto directo y frecuente con sus propios familiares. Lo que sí tenemos previsto en el Código Civil es el caso de tutela, que lleva implícitamente la tenencia de menores, sin embargo su naturaleza y sus alcances no son los mismos, tampoco se regula la posibilidad de conjugar estas instituciones familiares.

Debemos tener en cuenta que en el Perú se da una situación especial a nivel de la convivencia familiar, pues, en la mayoría de los hogares los abuelos son figuras que presentan una condición y cualidad especial, pues en múltiples oportunidades son quienes cuidan y tienen a los hijos ante la ausencia de uno de los progenitores, o ante la ausencia de ambos, sea porque éstos abandonaron a su hijo, o porque voluntariamente se lo entregaron, o simplemente no se hacen responsables de los menores. Similar situación sucede con los hermanos, tíos, padrinos y terceras personas de buen corazón que tienen a su cuidado a menores, a quienes los alimentan, educan y velan por todas sus necesidades. En todos estos casos, los abuelos, familiares y terceras personas referidas son los que se hacen responsables de estos menores, aunque en la realidad los padres continúen gozando de la patria potestad por no haberseles suspendido, donde existe la necesidad de que la tenencia y tutela se conjuguen al mismo tiempo.

En nuestro país, no son pocos los hogares donde personas distintas que los progenitores, en la práctica, terminan ejerciendo la tenencia de hecho, interviniendo activamente en la cobertura de las principales necesidades de los menores, sean éstos de carácter material, emocional, y sobre todo afectivo. Por ello, entre los niños y las personas que ejercen la tenencia de hecho surge un alto grado de emparentamiento emocional, por lo que la variación o ruptura de esta

situación podría tener consecuencias muy perjudiciales para los menores, vulnerándose el principio del interés superior del niño. Por ello, estas personas que tienen la tenencia de hecho de los menores, deberían gozar del derecho para solicitar el reconocimiento legal de tenencia, con la finalidad de ejercer y cumplir a cabalidad con los derechos y obligaciones que la ley otorga por la tenencia.

Al respecto, desde hace algunos años la Corte Suprema de Justicia de la República viene desarrollando una mejor práctica jurisdiccional en materia de familia, y viene destacando la preeminencia del interés superior del menor frente a otras situaciones, así tenemos la casatorias N° 4774-2006-La Libertad, 4881-2009-Amazonas en los que se ha concedido la tenencia de menores a los abuelos, en la segunda inclusive la tutela sin suspender la patria potestad a los padres, claro está bajo ciertos parámetros y criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema. También tenemos la Casación N° 4710-2006-ICA, mediante la cual se declara improcedente el recurso de casación, donde la Sentencia de Vista concedía la tenencia a los tíos, con lo que la tenencia otorgada a los tíos quedará consentida y vigente, así también la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 2165-2002-HC/TC, donde se entrega la tenencia de una menor a una tercera persona.

Es en este marco, que nos hemos planteado la presente investigación “Otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres”, con la finalidad de analizar desde el punto de vista jurídico la procedencia del otorgamiento de la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres, permitiendo conjugar la tutela y tenencia. Por ello, el trabajo se ha efectuado centrándonos en discutir sobre la naturaleza jurídica de la tenencia de niños y adolescentes, de determinar si la tenencia de niños y adolescentes es derecho exclusivo de los padres, determinar si nuestro ordenamiento jurídico regula el otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres y ver si existe la posibilidad de conjugar la tutela y la tenencia de menores y adolescentes.

Asimismo, como hipótesis nos hemos propuesto que es probable que en salvaguarda del interés superior del niño y del adolescente, pueda otorgarse la tenencia del menor a personas distintas que los padres, conjugando la tutela y la

tenencia, siempre que se encuentren taxativamente regulados la priorización de derechos y los parámetros de su procedencia y/o otorgamiento.

En ese sentido a este tiempo consideramos logrado los objetivos planteados, y los resultados de nuestra investigación que presentamos estructurado en seis capítulos: Capítulo I, referido a la protección constitucional de la niñez y la adolescencia en el Perú; en el Capítulo II, referido a la tenencia de menores en el Perú; Capítulo III, referido a la tutela en nuestro país; en el Capítulo IV, referido al principio del interés superior del niño en la tenencia de niños y adolescentes; en el Capítulo V, referido a los resultados sobre la procedencia del otorgamiento de tenencia a personas distintas que los progenitores, y en el Capítulo VI, se presentan las entrevistas a Jueces de Familia de Arequipa, referencia que apoya nuestros resultados. De igual manera en la parte final se acompañan las conclusiones, recomendaciones, el proyecto de ley, la bibliografía consultada y los anexos donde se observa el proyecto de tesis y los instrumentos utilizados.

Finalmente quisiera agradecer el apoyo de todas y cada una de las personas e instituciones que me brindaron su apoyo en la ejecución del presente trabajo de investigación, pues con su apoyo hoy en día sale a la realidad.

Jenny Vargas

RESUMEN

A través de la presente investigación se ha constatado que, actualmente, la tenencia de niños y adolescentes no se concibe solamente como el derecho que tienen los padres de tener consigo a sus hijos, sino más bien como una relación personal que debe existir entre padres e hijos, un derecho-deber de los padres de cuidar de sus hijos y de los hijos de vivir con sus padres.

Nuestra legislación regula la tenencia como un atributo de la patria potestad, haciéndonos entender que su ejercicio está reservado a los padres, sin embargo, existen casos de abuelos, hermanos mayores, tíos, padrinos y terceras personas que se ocupan del cuidado de niños y adolescentes, ejerciendo la tenencia de hecho, aunque legalmente no tienen reconocidos dicho derecho, por lo que se les hace difícil gestionar adecuadamente la educación de estos menores, para poder llevarlos de viaje o autorizar un viaje, para tratamientos médicos especializados que necesiten, autorización para trabajar, defender los derechos del menor, etc. lo que perjudica definitivamente al menor, por lo que a fin de velar por el interés superior de los menores, sea procedente otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres.

En la legislación peruana no encontramos una norma expresa que posibilite el otorgamiento de tenencia de menores a personas distintas que los padres. Por ello, nuestra legislación debería adecuarse a la evolución del Derecho de Familia y contemplar esta posibilidad, en perfecta correlación con los fallos jurisprudenciales que se vienen dando a nivel del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, otorgando la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, sin suspender la patria potestad de los padres, conjugando la tenencia con la tutela. De igual manera, los Jueces de Familia de Arequipa han ratificado este parecer. Asimismo, en ese sentido también se encamina la legislación comparada. Ello obedece los mandatos del principio del interés superior del niño, a fin de velar por lo más conveniente y favorable para los niños.

Palabras Clave: Tenencia de niños y adolescentes, principio del interés superior del niño.

ABSTRACT

Through the present investigation it has been verified that, currently, the possession of children and adolescents is not only conceived as the right that parents have to have their children with them, but rather as a personal relationship that must exist between parents and children, a right-duty of parents to take care of their children and children to live with their parents.

Our legislation regulates tenure as an attribute of parental authority, making us understand that its exercise is reserved for parents, however, there are cases of grandparents, older brothers, uncles, godparents and third parties who take care of children and adolescents, exercising the de facto tenure, although legally they do not have this right recognized, so it is difficult for them to properly manage the education of these minors, to take them on a trip or authorize a trip, for specialized medical treatments they need, authorization to work, defend the rights of the minor, etc. what definitely harms the child, so in order to ensure the best interests of children, it is appropriate to grant the possession of children and adolescents to people other than parents.

In the Peruvian legislation we do not find an express norm that allows the granting of minors to people other than the parents. For this reason, our legislation should be adapted to the evolution of family law and contemplate this possibility, in perfect correlation with the jurisprudential rulings that are being given at the level of the Judicial Power and the Constitutional Court, granting the possession of children and adolescents to different persons. Parents, without suspending parental authority of parents, combining tenure with guardianship. Similarly, the Judges of Family of Arequipa have ratified this opinion. Likewise, comparative legislation is also moving in this direction. This obeys the mandates of the principle of the best interests of the child, in order to ensure the most convenient and favorable for children.

KEYWORDS: Tenure of children and adolescents, principle of the best interests of the child.

INDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | |
| RESUMEN | |
| ABSTRACT | |
| CAPÍTULO I LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN EL PERÚ | 1 |
| 1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA | 1 |
| 1.1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA | 1 |
| 1.2. TIPOS DE FAMILIA EN NUESTRO PAÍS | 3 |
| 1.2.1. Entidades familiares explícitas | 4 |
| 1.2.2. Entidades familiares implícitas | 4 |
| 1.3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA | 5 |
| 1.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA | 7 |
| 2. EL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL PERÚ | 9 |
| 2.1. DEFINICIÓN DEL NIÑO Y ADOLESCENTE | 9 |
| 2.2. PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES | 10 |
| 2.3. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES | 11 |
| 2.3.1. El principio de protección especial del niño. | 11 |
| 2.3.2. El principio del interés superior del niño. | 13 |
| 2.3.3. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella. | 14 |
| 2.3.4. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. | 15 |
| CAPÍTULO II LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ | 17 |
| 1. LA PATRIA POTESTAD | 17 |
| 1.1. DEFINICIÓN DE LA PATRIA POTESTAD | 17 |
| 1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD | 18 |
| 1.3. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD | 19 |
| 1.4. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD | 20 |
| 1.5. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD | 21 |

| | | |
|--|--|----|
| 2. | TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES | 23 |
| 2.1. | DEFINICIÓN DE TENENCIA | 23 |
| 2.2. | TIPOS DE TENENCIA..... | 24 |
| 3. | EL PROCESO DE TENENCIA EN EL DERECHO PERUANO | 25 |
| 3.1. | EL PROCESO DE TENENCIA..... | 25 |
| 3.2. | COMPETENCIA Y TITULARIDAD..... | 26 |
| 3.3. | LAS REGLAS A TENER EN CUENTA EN EL PROCESO DE TENENCIA | 26 |
| CAPÍTULO III LA TUTELA EN EL DERECHO PERUANO | | 28 |
| 1. | LA TUTELA | 28 |
| 1.1. | DEFINICIÓN DE TUTELA | 28 |
| 1.2. | SUJETOS DE LA TUTELA..... | 28 |
| 1.2.1. | EL TUTOR | 29 |
| 1.2.2. | EL PUPILO | 29 |
| 1.3. | CLASES DE TUTELA..... | 29 |
| 1.3.1. | TUTELA TESTAMENTARIA | 29 |
| 1.3.2. | TUTELA LEGÍTIMA O LEGAL..... | 30 |
| 1.3.3. | TUTELA DATIVA | 32 |
| 1.4. | CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA..... | 33 |
| 1.5. | LOS DEBERES DEL TUTOR | 35 |
| 1.6. | LA PROTECCIÓN ESTATAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES..... | 36 |
| 1.6.1. | ANTECEDENTES | 36 |
| 1.6.2. | LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES O EN RIESGO DE PERDERLOS | 38 |
| CAPÍTULO IV PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES | | 43 |
| 1.1. | INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO..... | 43 |
| 1.2. | CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO | 44 |

| | | |
|--|--|----|
| 1.3. | FUNCIONES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO | 46 |
| 1.4. | LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO | 48 |
| 1.4.1. | A NIVEL DE NORMAS INTERNACIONALES | 48 |
| 1.4.2. | A NIVEL DE NORMAS NACIONALES..... | 50 |
| 1.5. | EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES | 51 |
| CAPÍTULO V RESULTADOS SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES | | |
| | | 54 |
| 1. | A MODO DE INTRODUCCIÓN..... | 54 |
| 2. | NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO | 54 |
| 2.1. | REGULACIÓN DE LA TENENCIA A NIVEL CONSTITUCIONAL | 54 |
| 2.2. | REGULACIÓN DE LA TENENCIA A NIVEL LEGAL..... | 59 |
| 2.3. | LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SEGÚN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO..... | 62 |
| 3. | EL STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO | 64 |
| 3.1. | FUENTE NORMATIVA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO | 64 |
| 3.2. | STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO..... | 69 |
| 4. | ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES | 73 |
| 5. | OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES, EN SALVAGUARDA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE | 80 |
| 5.1. | OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS A LOS PADRES EN NUESTRA LEGISLACIÓN | 80 |
| 5.1.1. | A NIVEL CONSTITUCIONAL..... | 80 |
| 5.1.2. | A NIVEL LEGAL | 81 |
| 5.2. | EL DERECHO COMPARADO EN EL OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES | 85 |
| 5.2.1. | CASO DE ESPAÑA | 85 |
| 5.2.2. | CASO DE CHILE..... | 86 |

| | | |
|---|--|-----|
| 5.3. | EL PROCESO DE TENENCIA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA | 89 |
| 5.3.1. | DEMANDAS QUE INGRESARON A LOS JUZGADOS DE FAMILIA DURANTE EL AÑO 2013-2016 | 89 |
| 5.3.2. | CALIFICACIÓN DE LAS DEMANDAS DE TENENCIA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA DURANTE EL AÑO 2013-2016 | 91 |
| 5.3.3. | CAUSAL DE IMPROCEDENCIA DE LAS DEMANDAS DE TENENCIA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA DURANTE EL AÑO 2013-2016. | 93 |
| 5.4. | OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES EN LA JURISPRUDENCIA | 98 |
| 5.4.1. | OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE MENORES A LOS ABUELOS | 98 |
| 5.4.2. | OTORGAMIENTO DE TENENCIA A TÍOS..... | 117 |
| 5.4.3. | OTORGAMIENTO DE TENENCIA A PERSONA NO FAMILIAR | 121 |
| CAPÍTULO VI ENTREVISTA A JUECES DE FAMILIA DE AREQUIPA REFERENCIA QUE APOYA NUESTROS RESULTADOS | | 125 |
| 1. | GENERALIDADES..... | 125 |
| 2. | RESULTADOS DE LA ENTREVISTA..... | 126 |
| 2.1. | STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO..... | 126 |
| 2.2. | ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO | 128 |
| 2.3. | LA TENENCIA COMO DERECHO DE LOS PADRES | 131 |
| 2.4. | LA TENENCIA COMO DERECHO DE LOS HIJOS | 134 |
| 2.5. | LEGISLACIÓN PERUANA Y EL OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PROGENITORES..... | 136 |
| 2.6. | LA TUTELA Y TENENCIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN | 140 |
| 2.7. | JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES | 144 |
| 2.8. | JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES | 146 |
| 2.9. | EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES Y LA POSIBILIDAD DE OTORGAR TENENCIA A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES | 149 |
| 2.10. | ARTÍCULO 84° DEL CNA Y LA POSIBILIDAD DE OTORGAR TENENCIA A TERCERAS PERSONAS QUE PROHIJARON AL MENOR | 152 |

| | |
|--------------------------------------|-----|
| CONCLUSIONES | 154 |
| RECOMENDACIONES | 156 |
| PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY | 157 |
| BIBLIOGRAFÍA | 169 |
| ANEXOS | 176 |
| ANEXO 01. Proyecto de Tesis | 177 |
| ANEXO 02. CÉDULA DE ENTREVISTA | 197 |



CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN EL PERÚ

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

En la Constitución no encontramos una definición de la familia. Sin embargo, en su artículo 4° establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a éstos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 4).

A nivel de normas internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (DUDH, 1948, artículo 16.3). Similarmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (CADH, 1969, artículo 17.1). Estas normas han sido ratificadas por nuestro país, por lo que, en virtud al artículo 55° de la Constitución, forman parte de nuestro derecho interno.

A partir de las normas citadas, podemos decir que la familia es reconocida por nuestra norma constitucional como una institución natural y fundamental de la sociedad, merecedora de una protección especial por parte del Estado y de la sociedad. Sin embargo, a partir de ello aún no podemos entender cabalmente a la familia, por lo que será necesario buscar su definición en fuentes jurisprudenciales o doctrinales.

El Tribunal Constitucional señala que “la acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos” (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 6). Sin embargo, el mismo Tribunal aclara que “desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, que han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias, por lo que a la fecha se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7).

Por ello, en nuestros tiempos ya no podemos hablar de un solo tipo de familia, pues ésta ha sufrido serias transformaciones. Por lo que consideramos más acordes las definiciones efectuadas por Cornejo Chávez y Alex Plácido, quienes señalan que la familia puede ser definida desde diferentes ámbitos.

Cornejo Chávez (1999), sostiene que la familia puede ser entendida en un sentido amplio, como “el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad” y en un sentido restringido, como:

- El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente solo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Ésta es la llamada familia nuclear.
- La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y
- La familia compuesta, que es la familia nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de familia” (pp. 13-14).

Alex Plácido (2010) manifiesta que “no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.

- a.- Familia en sentido amplio (familia extendida). En el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco.
- b.- Familia en sentido restringido (familia nuclear). En el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad.
- c.- Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia solo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta” (pp. 15-16).

En el presente trabajo, cuando nos referimos a la familia, estaremos refiriéndonos en su sentido amplio, entendiendo a ésta como ese conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o afinidad, toda vez que los problemas de cuidado y tenencia de niños y adolescentes, ya no es solo problema de los padres, sino un problema que engloba a otros miembros de la familia.

1.2. TIPOS DE FAMILIA EN NUESTRO PAÍS

Como bien ha señalado el Tribunal Constitucional, debido a los cambios socioculturales en nuestro país la estructura de la familia tradicional o familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, ha experimentado

cambios y transformaciones. Así, a la fecha han surgido “familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7).

Teniendo en cuenta esta diversidad de formas de organización familiar, Varsi Rospigliosi (2011), teniendo en cuenta su reconocimiento legal, agrupa a las entidades familiares “en dos grupos: explícitas e implícitas” (p. 61).

1.2.1. Entidades familiares explícitas

Son aquellas entidades familiares expresamente reguladas por el derecho de familia. En este grupo encontramos a:

- Las familias nucleares, que es la familia conformada por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad;
- La familia extendida, compuesta por la familia nuclear y parientes de otras generaciones, incluyendo a los padres, hijos, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos, entre otros;
- La familia compuesta, que es la familia nuclear o extendida unida a una o más personas, que no tiene parentesco con el jefe de familia; y
- Las uniones de hecho, que constituyen una unión monogámico heterosexual, sostenida por quienes no ostentan impedimento alguno para casarse.

1.2.2. Entidades familiares implícitas

Son aquellas organizaciones familiares que no gozan de reconocimiento expreso por la ley, que sin embargo existen en la sociedad, y que en mérito del reconocimiento de la dignidad de la persona no podrían ser desconocidos.

En este grupo encontramos a:

- Las familias monoparentales, que está conformada solo por uno de los padres y sus hijos, el típico caso de las madres solteras, las viudas, las separadas o simplemente las madres casadas abandonadas por un marido, o viceversa;
- La familia homo afectiva, que son uniones de vida conformada por personas del mismo sexo, por parejas homosexuales. En nuestro país estas familias aún no gozan de reconocimiento legal.
- Las familias ensambladas, que son familias originadas por la unión matrimonial o convivencial de una pareja de viudos, divorciados, o de padres solteros, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa y que conviven bajo caracteres de estabilidad, publicidad y reconocimiento.

La clasificación de las familias o tipología de las familias cobra importancia para el presente de trabajo, por cuanto los problemas sobre tenencia de niños y adolescentes se presentan mayormente en las familias distintas a las familias nucleares bien constituidas. Si los padres de los menores viven juntos y en armonía, normalmente no hay necesidad de discutir sobre la tenencia de hijos. Sin embargo, si los padres no viven juntos, entonces surgen problemas respecto al cuidado, tenencia, alimentos y entre otras necesidades propias de las familias y de los hijos.

1.3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

El artículo 4° de la Constitución al señalar que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a éstos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 4), se ha ocupado de la protección constitucional de la familia, entendiéndolo como una institución natural y fundamental de la sociedad.

Asimismo, conforme a su artículo 5° la Carta Magna ha reconocido a la unión convivencial como una forma de familia, y a través de su artículo 6° ha establecido como política del Estado su obligación de difundir y promocionar la paternidad y maternidad responsable.

De manera que, la Constitución ha reconocido a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad, merecedora de protección de parte del Estado y de la comunidad. Dentro de ella, algunas categorías de personas, como el caso de los niños y los adolescentes, merecen una especial protección, por su condición de mayor vulnerabilidad.

Por otra parte, en base a las normas señaladas, la Constitución reconoce tanto a la familia matrimonial y extramatrimonial. Es decir, la Constitución protege a la familia como tal, sin distinguir que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. Establece que la familia es una sola, sin considerar la base de su constitución legal o de hecho, por lo que sus miembros, por ejemplos los hijos, no pueden recibir trato diferenciado de ningún tipo.

Siendo así, está claro que la familia goza de una protección constitucional. Justamente por ello, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a las instituciones de familia y matrimonio señalados en el artículo 4° de la Constitución, ha dejado en claro que éstos constituyen “dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados” (STC, Exp. N° 2868-2004-AA/TC, FJ 13). De modo que, teniendo en cuenta el carácter normativo de la Constitución, estas normas son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para todos. Por ejemplo, en los procesos judiciales, “si bien es cierto que el juez está sometido a la ley —principio de legalidad—, es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución —principio de constitucionalidad—. El juez realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida en que debe considerar conjuntamente a las razones de la ley y a las razones de la Constitución” (Gascón & García, 2005, 42).

1.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

En base a la regulación efectuada por nuestra Constitución, y normas internacionales suscritas por el Perú, nuestro sistema jurídico familiar se inspira en los siguientes principios:

a.- El principio de protección a la familia

El artículo 4° de la Constitución Política del Perú precisa que “la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad”. De ahí se aprecia que nuestra constitución protege a un solo tipo de familia. No hace ninguna distinción por su origen matrimonial o extramatrimonial, ni por alguna otra cualidad. Ello es así, porque “la familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho” (Plácido, 2013, 88).

Los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, también establecen que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Declaración universal de Derechos Humanos, artículo 16).

b.- Principio de promoción del matrimonio.- Este principio importa, como manifiesta Alex Plácido, “el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Para lo primero, la forma prescrita para casarse debe consistir en un procedimiento sencillo y no costoso que justamente facilite su celebración; para lo segundo, el régimen de invalidez del matrimonio debe gobernarse por el principio favor *matrimonii* a fin de propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos si se contrajo de buena fe” (Plácido, 2005, 383).

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, también establecen que “se reconoce el derecho del hombre y

la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas” (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16).

c.- Principio de amparo de uniones de hecho.- Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos –personales y patrimoniales– reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, se aprecia claramente cuando en el artículo 326 del Código Civil se señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio” (Código Civil, 1984, artículo 326).

d.- El principio de igualdad de categorías de filiación.- Este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú también establecen que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 17.5).

e.- El principio de protección y defensa de derechos específicos.- Este principio parte de admitir la especial situación de indefensión en que se encuentra la persona en determinados momentos de la vida y de reconocer la necesidad de erradicar algunos patrones socioculturales de conducta que lesionan su interés. En tal virtud, se proclama proteger al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

Los tratados sobre derechos humanos ratificados y aprobados por el Perú establecen: sobre la protección del niño establecen que “todo

niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 19).

Sobre la protección del adolescente establecen “adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral” (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 15) y sobre la protección a la madre, promueven la “comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos” (Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 5.b); finalmente sobre la protección a los ancianos, reconocen que “toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad” (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17).

2. EL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL PERÚ

2.1. DEFINICIÓN DEL NIÑO Y ADOLESCENTE

Nuestra Constitución Política tampoco define al niño ni al adolescente. Sin embargo, deja claramente establecido que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono...” (Constitución, 1993, artículo 4). Es decir, el niño y el adolescente gozan de una protección constitucional.

A nivel de normas internacionales, según la Convención de los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (CDN, 1989, artículo 1). Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17, ha precisado que “el término niño abarca tanto a los niños,

las niñas y los adolescentes. (Opinión Consultiva OC N° 17, 2002, párrafo 42).

A nivel de nuestras normas legales, el Código de Niños y Adolescentes establece que “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario” (CNA, 2000, artículo I del TP).

En ese sentido, cuando nos referimos al niño, nos referimos a la persona, que es sujeto de derecho, desde la concepción hasta los 12 años de edad, y como adolescente a la persona que se encuentra en la etapa de transición de la niñez y la vida adulta, entre los 12 años a 18 años. En cualquier caso, goza de una protección especial por parte de la sociedad y del Estado, por mandato expreso de la Constitución.

2.2. PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

La protección integral del niño y adolescente se encuentra expresada por la presencia de un “conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos” (Buaiz, 2013, 62).

La necesidad de una protección integral del menor encuentra fundamento en la inmadurez (física y mental) o inexperiencia de los niños, por lo que tanto el Estado, la familia y la sociedad tienen la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

Es por ello que nuestra Constitución Política a través de su artículo 4° establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, ha establecido constitucionalmente que los niños y adolescentes son sujetos de derecho y deben gozar de una protección especial.

A nivel legal, concordante con la norma constitucional, el Código de Niños y Adolescentes ha señalado que “el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma” (CNA, 2000, artículo II del TP).

El Tribunal Constitucional también ha dejado en claro que todo niño y adolescente, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, “es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento” (STC, Exp. 01817-2009-PHC/TC, FJ. 5).

Así también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha destacado que la “protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos” (CIDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 61).

2.3. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES

2.3.1. El principio de protección especial del niño.

El principio de protección especial del niño nace en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, y es en base a ello nuestra Carta Magna en su artículo 4° ha establecido que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y el adolescente .

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, fue el primero en reconocer la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas, sin embargo lo hizo en base a la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

La Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2 señala “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (DDN, 1959, Principio 2).

El artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (DUDH, 1948, artículo 25.2).

El artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “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” (CDN, 1989, artículo 3.2).

El artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo “niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (CADH, 1969, artículo 19). En sentido parecido, han reconocido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.4) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10.3).

Sobre la base de la normativa supranacional señalada, el Tribunal Constitucional señala que a través del artículo 4º de la Constitución,

“el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral” (STC, Exp. 01817-2009-PHC/TC, FJ. 6).

Por ello, “en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado” (STC, Exp. 01817-2009-PHC/TC, FJ. 6).

2.3.2. El principio del interés superior del niño.

Similar que el principio anterior, este principio surge de la legislación internacional sobre derechos humanos. La Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (DDN, 1959, artículo 2).

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3.1. señala que “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” (CDN, 1989, artículo 3.1).

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional considera que “este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (STC, Exp. 1817-2009-HC/TC, FJ. 11).

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

Sobre el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella encontramos primeramente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” y en el artículo 9.1 de la misma Convención, que establece que “los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” (CDN, 1989, artículo 9.1).

Inspirado en la Convención sobre los Derechos del Niño, nuestro Código de Niños y Adolescentes (CNA) ha establecido que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno

de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral” (CNA, 2000, artículo 8).

Además, nuestro Tribunal Constitucional, precisa que “el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución” (STC, Exp. 01817-2009-PHC/TC, FJ. 14).

De modo que, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental para el desarrollo armonioso de los hijos. Es por ello que los hijos no deben ser separados de su familia, incluso cuando los padres estén separados, la convivencia familiar con los hijos debe estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

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

El Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material” (DDN, 1959, principio 6). De esta manera se estaría estableciendo el derecho de todo niño de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

En atención a este principio “la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 19).

Por otra parte, el hecho que el niño tenga derecho a crecer y desarrollarse en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, tampoco “significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 19).

CAPÍTULO II

LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ

1. LA PATRIA POTESTAD

1.1. DEFINICIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El Código Civil en su artículo 418° establece que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (CC, 1984, artículo 418).

Según Peralta Andía (2008) “la patria potestad es una institución del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus menores hijos. En suma, este instituto beneficia y cautela prioritariamente los derechos de los hijos desde la concepción, la niñez y adolescencia, teniendo como directriz el principio superior del niño y adolescente con la finalidad de que aquellos puedan desarrollarse de manera adecuada en los planos: personal, social, económica y cultural” (pp. 523-524).

Varsi Rospigliosi (2012) señala que “la patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante la 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 y que permanece hasta que éstos adquieran plena capacidad” (p. 294).

Así podemos decir que la patria potestad es ese deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Ello les faculta y obliga para educar y mantener a sus hijos, de proteger su persona y sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad.

La patria potestad es un concepto clave en nuestro trabajo, por cuanto la tenencia es considerada como un atributo de la patria potestad, por lo que la tenencia es un derecho y deber de los padres. Sin embargo, en nuestros tiempos el derecho a la tenencia de los niños y adolescentes ya no se ve solo desde el punto de vista de los padres, sino también desde los hijos, por lo que si favorece al interés superior del menor, la tenencia podría reconocerse a persona distinta que los padres, como por ejemplo a los abuelos.

1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Respecto a las características de la patria potestad, siguiendo a Mejía Salas (2009) podemos decir que “tiene las siguientes características:

- a) Es una institución de Derecho de Familia, es decir, no es un mero derecho subjetivo que corresponde a los padres, sino es un complejo indisoluble de deberes y derechos que se expresa en una función a ellos encomendada.
- b) La patria potestad es irrenunciable, precisamente por ser de orden público. Siendo ésta otro aspecto que la distingue. Tampoco puede ser objeto de abandono.
- c) La patria potestad es un deber-derecho intransmisible tanto por acto ‘intervivos’ como ‘mortis causa’. Por tanto, no puede el padre transmitir a un tercero en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos.
- d) La imprescriptibilidad es otra nota que distingue a la patria potestad. Es decir que no puede ser modificada por el transcurso del tiempo, hasta la emancipación del menor de edad al adquirir la capacidad de ejercicio.
- e) En cuanto derecho, es relativo, ya que las potestades paternas se reconocen teniendo en cuenta primordialmente el interés del hijo; por tanto, deben ser ejercidas en consonancia con ese fin. Por ello la patria potestad no es perpetua; termina con la emancipación o la mayoría de edad. También la incapacidad cesa por matrimonio o por

obtener título oficial que lo autorice para ejercer una profesión u oficio.

- f) La patria potestad no es intangible. Si el progenitor no la desempeña en concordancia con sus fines, si abusa de sus prerrogativas legales, si maltrata al hijo o le da ejemplos perniciosos, puede ser privado de ella o de su ejercicio. En estos casos, el Estado interviene para controlar el ejercicio prudente de la autoridad paterna. Pudiendo el padre abusador ser suspendido y hasta privado de su ejercicio.
- g) Constituye, ante todo, un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que está asignada a los padres en virtud de los supremos principios de la moral familiar y razón social del Estado, que la articula en ellos como sujetos a quienes corresponde su exclusividad.
- h) Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo realizarla a través de terceros.
- i) Representa una obligación positiva de tracto continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llevar el cometido propio de la patria potestad. El Estado exige una actividad reiterada de beneficio y sanciona en los términos que exige el incumplimiento por acción y también por omisión” (pp. 20-22).

1.3. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 418° del Código Civil señala que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (CC, 1984, artículo 418).

Conforme a la norma señalada, los titulares de la patria potestad son los padres del menor. Como señala Peralta (2008) “la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio a ambos padres” (p. 466).

En el ejercicio de la patria potestad, como en toda relación jurídica, se puede hablar de un sujeto activo y otro pasivo, puesto que existen

titulares que ejercen la patria potestad (los padres) y otros a quienes esa potestad se dirige o que se encuentran favorecidas por ella (los hijos). En todo caso, la patria potestad siempre implicará la relación de los padres con los hijos.

1.4. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

No debemos confundir la titularidad de la patria potestad con el ejercicio de la patria potestad. La titularidad siempre es de los padres, mientras el ejercicio de la patria potestad no siempre recae en ambos.

Mejía Salas (2009) nos dice que “el ejercicio de la patria potestad es la parte dinámica de la patria potestad, pues es el movimiento del derecho a decidir, conducir los hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y cumpla con sus fines y resultados” (p. 25).

No es fácil diferenciar estos conceptos. Sin embargo, como señalan Bossert y Zannoni (1989) “es posible advertir que la titularidad es el conjunto de los derechos y deberes, que, en principio, corresponden a ambos padres, e independientemente, el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes, y que corresponde en unos casos a uno u otro o a ambos progenitores. De manera que puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio” (p. 420).

Similarmente, Cornejo Chávez (1999), en relación al tema que nos ocupa, señala que “la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley a los padres, no siempre es posible que ambos la ejerzan, pues ello depende de diversas circunstancias y señaladamente de la calidad de la filiación” (p. 520).

En ese sentido, es cierto que nuestra legislación reconoce a los padres la titularidad de la patria potestad. Sin embargo, en los hechos, el ejercicio no siempre ambos ejercen la patria potestad. Es más, modernamente el ejercicio de ciertos atributos de la patria potestad, no siempre está a cargo de los padres, como en el caso de tenencia, en determinados supuestos

también se viene confiando a los abuelos, tíos e incluso a terceras personas, existiendo los padres.

1.5. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

Debemos entender que “la finalidad de la patria potestad se enmarca hoy dentro de una teleología netamente protectora, en defensa de la personalidad del hijo menor, como sujeto de derecho” (Mejía Salas, 2009, 27). Es decir, que la patria potestad se otorga, no en favor del padre o de la madre, sino cuidando el interés del hijo, con la finalidad de que el padre cumpla adecuadamente sus obligaciones respecto a su hijo.

Por ello, nuestra legislación, a través del artículo 423° del Código Civil y el artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes ha detallado un conjunto de derechos y deberes que los padres asumen por ejercer la patria potestad. Así tenemos:

“Artículo 423 del Código Civil.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
- b.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- c.- 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.
- d.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- e.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- f.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- g.- Administrar los bienes de sus hijos.

h.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004”.

“Artículo 74 del Código de Niños y Adolescentes.- Deberes y derechos de los padres.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a. Velar por su desarrollo integral;
- b. Proveer su sostenimiento y educación;
- c. Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d. Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e. Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f. Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g. Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h. Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i. Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil”.

A través de estas normas nos hace ver los derechos y deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad es para cuidar de la persona y de los bienes del hijo. Además, como señala Alex Plácido (2002), en ella, “está estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten

las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley” (pp. 317-318).

2. TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

2.1. DEFINICIÓN DE TENENCIA

Como señala Chunga Lamonja (2008), “la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo por extensión señala el Código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés” (p. 350).

Canales Torres (2014) señala que la tenencia “es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario” (p. 30).

Nuestra Corte Suprema de Justicia también ha señalado que “la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres, al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro” (Casación N° 1738-2000-Callao).

En ese sentido, la tenencia viene a ser una institución familiar que se instituye cuando los padres están separados de hecho, con el fin de establecer con quien se quedan los hijos y además establecer el régimen de visitas para el padre que no obtiene la tenencia. Efectivamente la tenencia consiste en “tener consigo a sus hijos”. Cuando un padre o una madre solicita la tenencia, está solicitando “tener a sus hijos a su lado”, que vivan con ellos en un mismo domicilio, bajo su cuidado. Cuando se

produce la separación de hecho ambos padres pueden acordar la tenencia, pero en caso de desacuerdo deberán acudir al juez, así lo establece el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes.

2.2. TIPOS DE TENENCIA

Siguiendo a Yolanda Gallegos y Rebeca Jara (2014), diríamos que “se habla de tres tipos de tenencia, la tenencia unipersonal o exclusiva, la tenencia compartida y la tenencia negativa” (p. 436). Pasaremos a ver cada uno de ellos:

a) La tenencia unipersonal.- También es conocida como tenencia exclusiva o monoparental. Ocurre que “cuando se le reconoce o se le otorga a uno de los padres la tenencia de su(s) hijo(s), teniendo en cuenta el nivel de relación entre el padre o madre con el hijo o hijos” (Bermúdez, 2012,156). Esta modalidad de tenencia era la única reconocida por la legislación peruana, hasta la introducción de la tenencia compartida, en 2008 en artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes.

Este tipo de tenencia, en la mayoría de los casos ha llegado a constituir un porcentaje de poder relacionado a la parentabilidad, toda vez que el progenitor a quien se le otorga la tenencia comienza a "apoderarse" de los hijos y el otro a "apoderarse" del control del dinero, llegando a restringir algunos aportes para la manutención, de ahí la gran cantidad de demandas por alimentos.

b) La tenencia compartida.- Es una modalidad de tenencia de los hijos, a través del cual, luego de que se produce la separación de los padres, ambos continúan de manera conjunta conviviendo con sus hijos o hijas, ejercitando de manera adyacente y en ribetes de igualdad los roles parentales que han surgido de la consanguinidad. En este caso, “el hijo o hija convive por un tiempo determinado con uno de los padres, trasladándose luego al domicilio de su otro progenitor, de esta manera el niño o niña conservará íntegramente sus relaciones familiares paternas y maternas y ambos padres

compartirán igualmente sin distinciones sus deberes y obligaciones paterno filiales” (Calderón, 2011,109).

- c) La tenencia negativa.-** Se habla de tenencia negativa cuando ni el padre ni la madre desea hacerse cargo de los hijos.

Este tipo de tenencia, lastimosamente afecta mucho los derechos de los menores, y en nuestro país no se sanciona penalmente al padre que no desea hacerse cargo de su hijo o hija.

3. EL PROCESO DE TENENCIA EN EL DERECHO PERUANO

3.1. EL PROCESO DE TENENCIA

El problema de la tenencia de los hijos menores de edad se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no conviven. También en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinar a cuál de los progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad.

En nuestra legislación, el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes señala que “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 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” (CNA, 2000, artículo 81).

En ese sentido, el proceso de tenencia es un derecho de los padres, modernamente se ha comenzado dar esta titularidad a ciertos familiares, e incluso a terceras personas, para reclamar la posibilidad de tener a su lado a su hijo (a) conforme determine el juez.

3.2. COMPETENCIA Y TITULARIDAD

La demanda de tenencia debe ser presentada por escrito dirigido al juez del Juzgado de Familia, en la vía del proceso único, tal como señala el literal b) del artículo 160 del Código de Niños y adolescentes.

La persona habilitada para solicitar la tenencia de su hijo es aquel progenitor que no tiene a su hijo bajo su custodia. También el que la tiene puede solicitar se le reconozca.

El Código anterior estipulaba en su artículo 91° que "la tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés". Algunos autores consideran que este artículo no debió ser eliminado, sin embargo, debemos considerar que la tenencia es un derecho que corresponde a ambos padres dentro de los derechos correspondientes a la patria potestad, es decir, los padres existen, los padres quieren a sus hijos. Pero por causa de separación y al no poder dividirlos es necesario que se determine la tenencia en la vía judicial en caso de no existir acuerdo.

3.3. LAS REGLAS A TENER EN CUENTA EN EL PROCESO DE TENENCIA

El Código de Niños y Adolescentes a través de su artículo 84 alcanza algunos criterios para que el Juez de Familia en cuenta al momento de sentenciar:

“Artículo 84°.- En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, 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;
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y,
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del 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” (CNA, 2000, artículo 84).

Ello nos hace ver que, la demanda de tenencia puede ser interpuesta por el padre que tiene de hecho al hijo, para que se le reconozca la tenencia, o por quien no lo tiene, para que se le otorgue la tenencia. En estos casos el juez tendrá que evaluar la situación del menor teniendo en cuenta el tiempo que ha permanecido con sus padres, con la finalidad de mantener la continuidad.

Asimismo, será muy importante considerar la edad del menor al momento de resolver sobre su otorgamiento. Si el menor tiene menos de tres años, nuestra legislación ordena que éste deba permanecer con la madre. Ello teniendo en cuenta que el menor de tres años requiere atenciones especiales para lo cual las madres son las más indicadas.

Asimismo, con la finalidad de que el hijo mantenga relación permanente con sus padres, teniendo en cuenta que el niño (a) se desarrolla mejor manteniendo contacto con ambos padres, debe fijarse un régimen de visitas para el padre o madre que no obtuvo la tenencia. Por ello, el Código enfatiza que en cualquiera de los casos, la tenencia debe tenerla el padre que garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

CAPÍTULO III

LA TUTELA EN EL DERECHO PERUANO

1. LA TUTELA

1.1. DEFINICIÓN DE TUTELA

A nivel de nuestra legislación, el Código Civil señala que “al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes” (Código Civil, 1984, artículo 502).

Cornejo Chávez (1998) señala que la tutela “es una institución supletoria de amparo familiar que tiene como finalidad nombrar a una persona, denominada tutor, a efectos que cuide de la persona y bienes del menor que carece de padres, es decir que no goza de la autoridad paterna y por lo tanto de los beneficios de la patria potestad. La tutela suple a la patria potestad” (p. 74)

Bossert y Zannoni (2016) señalan que “la tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto ,o porque los menores son de filiación desconocida, o porque aquéllos han sido privados de la patria potestad” (p. 415).

En ese sentido, podemos decir la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, destinada al cuidado de la persona y de los bienes del niño y el adolescente que no se encuentra sujeto a patria potestad.

1.2. SUJETOS DE LA TUTELA

En la institución de tutela reconocemos a dos actores principales, el tutor y el niño o adolescente bajo tutela, a quien se le conoce como pupilo.

1.2.1. EL TUTOR

El tutor es el sujeto activo de la tutela. Como tal, “viene a ser la persona natural, hombre o mujer convocada para cuidar la persona y, si fuera el caso, el patrimonio del niño o adolescente que no se encuentra bajo patria potestad de sus padres” (Aguilar, 2016, 620).

En ese sentido, el tutor una persona natural capaz, que puede ser hombre o mujer, a quien la ley le concede una serie de derechos y deberes para cuidar de la persona y de los bienes del menor bajo su tutela.

1.2.2. EL PUPILO

El pupilo es “el niño o adolescente que se encuentra bajo tutela, según nuestra legislación es el menor de 18 años de edad que no se encuentra bajo la patria potestad de ninguno de sus padres, lo que implica que basta que uno solo de los padres ejerza patria potestad para que no haya lugar a la tutela” (Aguilar, 2016, 621). Como tal viene a ser el sujeto pasivo de la tutela.

Esta regla, como señala Peralta (2008) “admite dos casos excepcionales: a) Cuando el menor adquiere la capacidad plena por matrimonio, situación en la cual dichos menores se liberan de la patria potestad y no se sujetan a la tutela alguna. b) Cuando la menor llega a ser madre extramatrimonial, supuesto en el que la misma, no puede estar sometida a patria potestad ni a tutela alguna” (p. 626).

1.3. CLASES DE TUTELA

Conforme a nuestra legislación vigente se distingue tres tipos de tutela, la tutela testamentaria, legal y dativa.

1.3.1. TUTELA TESTAMENTARIA

La tutela testamentaria se da cuando los padres, en ejercicio de las facultades que le concede la patria potestad, mediante un testamento

o por escritura pública, designan un tutor para sus hijos, para que sea ejercido después de su fallecimiento.

Como señala Peralta (2008), “es aquella que se origina en una disposición de última voluntad del padre o de la madre del menor, por la cual se instituye tutor para que cuide de la persona y los bienes del mismo. Por extinción es también la determinada en escritura pública para que surta sus efectos después de su muerte” (p. 627).

Respecto a las personas que pueden nombrar tutor testamentario o escriturario, nuestro Código Civil mediante su artículo 503°, señala que “tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:

- 1.- El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad.
- 2.- El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima.
- 3.- Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor” (Código Civil, 1984, artículo 503°).

1.3.2. TUTELA LEGÍTIMA O LEGAL

A falta de designación de tutor testamentario o escritura pública, corresponde a la ley designar tutor, en este caso estamos frente a “la tutela legítima” (Aguilar, 2016, 626).

En ese sentido, la tutela legítima “es la impuesta por la ley a favor de determinadas personas por ministerio de la ley cuando no haya tutor testamentario, y solo rige para el caso en que el padre o la madre no hubiera designado otro tutor” (Peralta, 2008, 628). En este caso, se encarga el cuidado del menor y sus bienes a personas que son

parientes del menor, y en el caso de nuestra legislación se limita únicamente a los ascendientes.

Nuestro Código Civil en su artículo 506° señala que “a falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose:

- 1.- El más próximo al más remoto.
- 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia” (Código Civil, 1984, artículo 506°).

En ese sentido, la tutela legítima recae sobre todo en los abuelos, cuando no hay testamento o escritura pública donde voluntariamente los padres designan tutor para su hijo.

Como señala Skolich (2010), “en nuestro medio la designación de tutor legítimo tiene como consideración principal la cercanía existente (en atención al grado de parentesco) entre el pupilo y la persona en quien recaerá la designación de tutor, lo cual evidentemente obedece a factores de índole afectivo-emocionales, toda vez que cuanto más cercano al pupilo resulte ser el tutor se favorecerá un adecuado cumplimiento de los deberes inherentes al cargo (cuidado, educación, alimentación, representación y actos de administración), que muchos coinciden en señalar como semejantes al del buen padre de familia” (p. 349).

Debemos entender que la limitación impuesta por la ley a los ascendientes obedece más que nada a factores de índole biológica, por cuanto los abuelos serían quienes pueden ejercer mejor el cargo de tutor, en representación de sus hijos, como una extensión de su familia misma.

El problema surge cuando concurren a la designación de tutor legítimo, tanto los abuelos paternos y maternos. Cuando se da esta situación, nuestra norma privilegia la idoneidad como una cualidad

para merecer el cargo, lo cual deberá ser decidido por el Juez de Familia, oyendo al consejo familiar.

1.3.3. TUTELA DATIVA

La tutela dativa “es la discernida por designación judicial o del consejo de familia y no por disposición testamentaria ni por ministerio de la ley” (Aguilar, 2016, 628).

Skolich (2010), señala que “tutela dativa es aquella que es conferida por mandato judicial a falta de tutor testamentario o legítimo; vale decir, que opera subsidiariamente y solo a falta de las anteriores” (p. 354).

En ese sentido, la tutela dativa “es la conferida por mandato del juez en defecto de un tutor testamentario, escriturario o legítimo, es supletoria, es decir, opera subsidiariamente a la tutela testamentaria, escrituraria o legítima; asimismo procede cuando los parientes llamados por ley para desempeñarse como tutores son incapaces, inidóneos o hayan dimitido o sido removidos del cargo” (Varsi, 2012, 543).

Nuestro Código Civil en su artículo 508° señala que “a falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor. El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona” (Código Civil, 1984, artículo 508).

De modo que, la tutela dativa es aquella que por falta de tutor testamentario, escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombra como tutor a una persona residente en el lugar del domicilio del menor, y en su defecto podría solicitarse a través del juzgado especializado.

El consejo de familia “es una institución familiar integrada por los parientes paternos y maternos de los menores e incapaces o los

designados por testamento o por decisión judicial, cuya finalidad es la de cautelar el bienestar e interés económico y moral del menor” (Skolich, 2010, 354).

En este caso “el juez especializado es el competente para nombrar tutor o guardador, y es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor” (CNA, 2000, artículo 100).

1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA

La institución de la tutela tiene sus propias características que la hacen una institución autónoma, pues “la tutela existe en función a atender las necesidades del niño o adolescente cuyos padres no ejercen la patria potestad” (Aguilar, 2016, 616).

El mismo autor nos dice que “estas características podemos resumir en las siguientes: Existe un interés colectivo en la institución; el cargo otorga representatividad; es obligatorio, no queda el arbitrio del llamado a aceptar o rechazar el encargo; debe desempeñarse en forma personal, no siendo posible delegar tal cargo; su desempeño unipersonal y solo por excepción puede ejercerse la tutela simultáneamente por dos o más; y por último el cargo es remunerado” (Aguilar, 2016, 616).

a. Interés colectivo en la institución

Es que “la tutela está pensada en función de los intereses del menor, en atención a su incapacidad, y por ello, quien viene a cuidarlo debe ejercer el cargo a favor del niño o adolescente, y no en su propio beneficio” (Aguilar, 2016, 616).

b. El cargo otorga representatividad

El tutor es el representante legal del menor, como señala Peralta (2008), “en todo los actos de naturaleza civil, por tanto, su cometido no es el de una mera asistencia, o el de prestar un simple concurso al pupilo, sino una auténtica y verdadera representación, como tal no solo velará por su persona prestándole el sustento necesario, dirigiendo su educación, formación moral y laboral, sino también

gestionará y administrará sus bienes de la mejor forma posible” (p. 524).

Ello es así porque “el pupilo es una persona incapaz de valerse por sí mismo, no puede cuidar sus interés y requiere de asistencia, cuidado y protección permanente, sin embargo, esta incapacidad va a ir desapareciendo lenta, pero seguramente, conforme avance el desarrollo del menor según su edad” (Aguilar, 2016, 617).

c. El cargo es obligatorio

El ejercicio del cargo de tutor es obligatorio tal como manda el artículo 517° del Código Civil, que señala que “el cargo de tutor es obligatorio”.

Como señala Aguilar (2016) “es importante que este cargo sea obligatorio ya que así no se puede rechazar, sino que debe asumirse obligatoriamente, no otorgando al convocado la mínima posibilidad de repudiar tal cargo. Su asunción es obligatorio, en atención a que detrás de la tutela existe un deber social, que se traduce en el cuidado del incapaz, por lo tanto, se hace necesario que los llamados a la institución no eludan tal compromiso, pensamos que si se hubiera dejado a la libre elección del convocado, de aceptar o rechazar el cargo, muchos incapaces se quedarían sin su guardador” (p. 618)

d. El cargo es personalísimo

El cargo de tutor es de cumplimiento personalísimo, “y como tal no puede transferirse por acto intervivos o de última voluntad; no puede ser objeto de cesión ni sustitución; sin perjuicio de que el tutor está facultado para otorgar poder para la celebración de ciertos actos particulares, de igual modo que puede hacerlo el padre de familia, siempre que esos actos se lleven a cabo bajo sus directivas y dependencia” (Hinostroza, 2017, 935).

e. Desempeño unipersonal del cargo del tutor

La tutela es ejercida por una sola persona. Como señala Hinostroza (2017) “en ningún caso puede desempeñarse conjuntamente, ni aunque los padres la hubiesen dispuesto en esta forma. Tampoco es posible admitir que en el testamento se designe un tutor y se encargue la guarda a otra persona; porque ello importa un desmembramiento de funciones. Solo por excepción la ley admite la designación de un tutor especial para la atención de determinados asuntos, que por distintos motivos no podría estar a cargo del tutor general” (p. 936).

f. El cargo de tutor es remunerado

No en todas las legislaciones el cargo del tutor es remunerado. Sin embargo, “la tutela implica una carga, responsabilidad a asumir, lo que significa distraer tiempo para dedicarlo al menor, por lo tanto, si esto es así, resulta justo que aquel que cuida a un menor, aun cuando se trate de un deber social, deba recibir en parte de pago una remuneración, sobre todo cuando se trata de cuidar un patrimonio, en el que existen intereses económicos que puedan ser muy significativos, y que demandarán del tutor una atención preferencial” (Aguilar, 2016, 619).

Nuestro Código civil, en su artículo 539 del Código Civil, señala que “el tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada período. Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados” (Código Civil, 1984, artículo 539). Es decir, la remuneración del tutor estará condicionada a la existencia del patrimonio del menor.

1.5. LOS DEBERES DEL TUTOR

El artículo 98° del Código de Niños y Adolescentes señala que “son derechos y deberes del tutor los prescritos en el presente Código y en la

legislación vigente” (CNA, 2000, artículo 98). Sin embargo, dicho artículo no señala ningún deber ni derecho, de manera específica. Al referirse a la legislación vigente nos habla del Código civil y otras normas especiales referidos a la tutela de menores.

El Código Civil en su artículo 526 señala que: “el tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia. Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia”.

Comentando ello, Jara y Gallegos (2014) nos dicen que “el artículo 526° del Código Civil, en relación a los deberes del tutor, establece que:

- a. El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona.
- b. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad.
- c. Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.

Puntualizamos, que no son susceptibles de dispensa las obligaciones que impone a los tutores” (p. 512).

1.6. LA PROTECCIÓN ESTATAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES

1.6.1. ANTECEDENTES

Hasta el año 2016, nuestro Código Civil, a través de su artículo 510, regulaba la tutela estatal, señalando que “los expósitos están bajo la tutela del Estado o de los particulares que los amparen. La tutela del Estado se ejerce por los superiores de los respectivos establecimientos” (Código Civil, 1984, artículo 510) y en su artículo 511° regulaba la tutela de los menores en desprotección familiar.

Así, el Código Civil regulaba la tutela estatal, para que a falta de tutor testamentario, legítimo o dativo para el menor, dé lugar a que el Estado, cumpliendo su rol protector de la niñez abandonada, o en peligro moral, se encargue del cuidado de estos menores, donde “las funciones tutelares responden al deber del Estado de proveer a la asistencia de quienes la necesitan desde el primer momento cuidando de la persona y bienes” (Varsi, 2012, 544).

Actualmente, el artículo 510 del Código Civil ha sido modificado mediante la segunda disposición complementaria y modificatoria del Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, del 30 de diciembre del 2016, señalando que “la tutela de los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar se regula por la ley de la materia” y el artículo 511° ha sido derogado mediante la quinta disposición complementaria derogatoria del mismo decreto legislativo antes mencionado. Por lo que actualmente se habla de la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, no de tutela estatal.

El Decreto Legislativo 1297 se da como una forma de atacar las causas de la inseguridad ciudadana, toda vez que “entre las cuales se ha identificado la desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes que posteriormente podrían desarrollar conductas infractoras de la ley penal y en su vida adulta actos delictivos” (Decreto Legislativo 1297, 2016, parte considerativa).

De modo que la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, constituye una forma de política pública de prevención social, pues ello fluye cuando señala que “al ser la delincuencia un problema social que tiene sus raíces en la exposición de factores criminógenos, altos niveles de desigualdad y condiciones de vulnerabilidad, es necesario que en la formulación de la política pública de prevención social del delito, se involucren las diferentes entidades del Estado y las organizaciones sociales, donde los programas y las acciones de los tres niveles de gobierno deben

estar orientados a frenar la generación de eventos delictivos, así como a transformar o eliminar las causas que los ocasionan” (Decreto Legislativo 1297, 2016, parte considerativa).

1.6.2. LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES O EN RIESGO DE PERDERLOS

El Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, del 30 de diciembre del 2016, se emite con “el objeto de brindar protección integral a las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, a fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, priorizando su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 1).

La norma está dirigida a todas las niñas, niños y adolescentes que se encuentran privados de cuidados parentales, así como a aquellos que se encuentran en riesgo de perderlos, y a sus respectivas familias. La misma norma señala que debemos entender “por niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales a aquellas y aquellos que se encuentran en situación de desprotección familiar; y en riesgo de perderlos, a las niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo de desprotección familiar” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 2).

Entonces existe la necesidad de entender cuando estamos ante la situación de desprotección familiar y cuando estamos ante la situación de riesgo de desprotección familiar. Así tenemos:

a) SITUACIÓN DE RIESGO DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR

La situación de riesgo de protección familiar “es la situación en la que se encuentra una niña, niño o adolescente donde el ejercicio de sus derechos es amenazado o afectado, ya sea por circunstancias personales, familiares o sociales, que perjudican su desarrollo integral sin revestir gravedad, y no son o no pueden ser atendidos por su familia. Esta situación requiere la actuación

estatal adoptando las medidas necesarias para prevenir la desprotección familiar, sin que en ningún caso justifique la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 3).

El reglamento del Decreto Legislativo 1297 precisa que estaremos ante una “situación de riesgo de desprotección familiar cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad y de acuerdo a la tabla de valoración de riesgo regulada en el artículo 27 del presente reglamento, supongan una amenaza o afectación de derechos que no revista gravedad para la niña, niño o adolescente:

- a) Violencia física o psicológica en agravio de la niña, niño o adolescente, que no constituya una situación grave de acuerdo a la tabla de valoración de riesgo.
- b) Deserción escolar, ausentismo esporádico o abandono escolar sin razones justificadas.
- c) Incapacidad o imposibilidad de controlar situaciones conductuales de la niña, niño o adolescente que puedan conllevar a una situación de desprotección familiar, peligro inminente de hacerse daño o de hacerlo a terceras personas.
- d) Descuido o negligencia que ponen en riesgo leve el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente, de acuerdo a la tabla de valoración de riesgo.
- e) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que no revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la tabla de valoración de riesgo.
- f) Otras circunstancias que, sin revestir gravedad, perjudiquen el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente. Estas

circunstancias o supuestos dan inicio al procedimiento por riesgo de desprotección familiar” (Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP, 2018, artículo 3)

b) SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR

La situación de desprotección familiar “es la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes y que afecta gravemente el desarrollo integral de una niña, niño o adolescente” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 3).

El reglamento del Decreto Legislativo 1297 precisa que estaremos ante una “situación de desprotección familiar cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad, que valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo, suponga una afectación grave para la integridad física o mental de la niña, niño o adolescente:

- a) El abandono de la niña, niño o adolescente, que se produce cuando faltan las personas que asumen su cuidado en ejercicio de la patria potestad, tenencia o tutela; o porque éstas no quieren o no pueden ejercerla.
- b) Amenaza o afectación grave para la vida, salud e integridad física de la niña, niño o adolescente. Entre otros:
 - b.1 Cuando se produzca violencia sexual o violencia física o psicológica grave por parte de miembros de su familia de origen o éstos lo consintieran o actuaran de manera negligente.
 - b.2 Cuando la niña, niño o adolescente haya sido identificada/o como víctima del delito de trata de personas

y dicha situación se vincule al incumplimiento de los deberes de cuidado de los integrantes de la familia de origen, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo. Corresponde al Ministerio Público determinar la participación o no de la familia de origen en el delito. Asimismo, corresponde a la Unidad de Protección Especial determinar las competencias parentales para asumir el cuidado de la niña, niño o adolescente víctima.

- b.3 Cuando la niña, niño o adolescente consume de manera reiterada sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas, con el conocimiento, consentimiento o tolerancia de los padres, tutores o integrantes de la familia de origen responsables de su cuidado.
- c) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
- d) La inducción a la mendicidad, delincuencia, explotación sexual, trabajo forzoso o cualquier otra forma de explotación de similar naturaleza o gravedad.
- e) Otras circunstancias que perjudican gravemente el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente y cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia, incluidas la persistencia de situaciones de riesgo de desprotección familiar que no se han revertido a pesar de la actuación estatal. Estas circunstancias o supuestos dan inicio al procedimiento por desprotección familiar” (Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP, 2018, artículo 3).

En ese sentido, la actuación estatal se dará siempre y cuando que el menor se encuentre en situación de riesgo de desprotección familiar o cuando realmente está en estado de desprotección familiar. Es en esa situación el Estado establecerá las medidas de protección previstas por el Decreto Legislativo 1297, que “son actuaciones o decisiones que se adoptan a favor de una niña, niño o adolescente en situación de riesgo o desprotección familiar, para garantizar o restituir sus derechos y satisfacer sus necesidades, pudiendo ser éstas de carácter provisional o permanente. Estas últimas no tienen carácter definitivo, con excepción de la adopción y pueden ser modificadas, en base a su interés superior y el principio de idoneidad” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 3).

Las medidas de protección que reconoce esta ley son el acogimiento familiar, acogimiento residencial, la adopción, todos ellos previa declaración de desprotección familiar o de riesgo, que “tienen por finalidad además otorgar una modalidad de cuidado alternativa duradera y estable para la niña, niño o adolescente que garantice su derecho a vivir en una familia o en un entorno familiar” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 3).

CAPÍTULO IV

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

1.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio del interés superior del niño aparece por primera vez en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) que establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Luego de esta regulación, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 3° lo reitera y desarrolla, disponiendo que: “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”.

De esta manera a nivel de las normas internacionales de derechos humanos aparece la consagración del principio del interés superior del niño, estableciendo su preeminencia frente a otros derechos. En base a ello, nuestra legislación nacional a través del Código de Niños y Adolescentes establece que “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” (Artículo IX del TP del CNA, Ley N° 27337, 21 de julio del 2000).

De esta manera el principio del interés superior del niño en nuestro derecho interno ha quedado establecido el principio del interés superior del niño, que “consolida los derechos del niño como valores primordiales en las decisiones y actividades de autoridades y sociedad civil” (MINJUS, 2014, 26). De modo que, como señala la Corte Suprema, “el principio del interés superior del niño implica que el desarrollo del niño 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” (Casación N° 4881-2009-Amazonas, del 05/04/2011, quinto considerando).

Dicho así, el principio del interés superior del niño se constituye en una garantía de respeto de los derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia. Pues en aplicación de este principio “en cualquier medida, acción y/o política que se emita debe considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que antes de considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo. Así, es enfático al señalar que el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento” (Aguilar Llanos, 2010, 219).

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio del interés superior del niño, como ya señalamos, enunciado por el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño y recogido por el artículo IX del Título Preliminar de nuestro Código de los Niños y Adolescentes, preconiza que “en todas las medidas, concernientes a los niños y adolescentes, a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su interés superior” (Sokolich, 2013, 82). De manera que, desde su regulación encontramos que la característica más resaltante del principio del interés superior del niño, es que es un deber y derecho de que el interés superior del menor sea prioridad en todo trámite, acción o decisión que se tome respecto al niño, niña o adolescente.

Nuestro Poder Judicial (2015), en el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad – Poder Judicial 2016 – 2021, aprobada mediante la Resolución Administrativa 090-2016-CE-PJ, ha ilustrado didácticamente que el principio del interés superior del niño “tiene las siguientes características:

- a.- El interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual.
- b.- Es un deber general.
- c.- Es aplicable en todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna.
- d.- Se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos).
- e.- La represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes” (p. 25).

Conforme a ella, podemos resaltar que el principio del interés superior del niño es de aplicación general, sea individual o colectiva, en todas las instancias del proceso y sin distinción de alguna cualidad. Por lo que constituye la mejor garantía para buscar la cabal aplicación de los derechos del niño y adolescente.

1.3. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Respecto a las funciones del principio del interés superior del niño, de una manera precisa, el Comité de los Derechos del Niño (2013) en la Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), ha señalado que el interés superior del niño es un concepto triple, que expresan su razón de ser y las funciones que cumple este principio.

Así, el Comité de los Derechos del Niño señala que el principio del interés superior del niño constituye:

- “a) Un derecho sustantivo:** El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental:** Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento:** Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta

explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos” (Observación General N° 14, fundamento 6).

Estas funciones que cumple el principio del interés del niño. a nivel de nuestro país ha sido reconocida mediante la Ley N° 30466, ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, que en su artículo 1° señala: “El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”.

Así dicho, el principio del interés superior del niño cumple una triple función, primeramente constituye un derecho sustantivo del niño y del adolescente, por lo que en todo conflicto de derechos o intereses donde esté involucrado los derechos del niño y adolescente, se priorizará el interés superior del menor. Por ejemplo, cuando hay un conflicto por la tenencia del menor, aplicando los mandatos del principio del interés superior del niño, la tenencia se concederá a quien mejor garantice el bienestar del menor. También cumple la función de un principio, por lo que obliga que en todas las situaciones donde se involucren derechos de niños y adolescentes, las normas y las situaciones mismas se interpreten conforme al interés superior del niño y adolescente. Finalmente, es una norma de procedimiento que ordena que en toda medida o procedimiento se considere de manera primordial el interés superior del menor.

1.4. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La importancia del principio del interés superior del niño ha permitido que éste sea desarrollado en legislaciones de distintos niveles, normas constitucionales, legales y normas internacionales de derechos humanos.

1.4.1. A NIVEL DE NORMAS INTERNACIONALES

A nivel de normas internacionales, hablando cronológicamente, la primera norma internacional de derechos humanos que regula el principio del interés superior del niño fue la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), que en su principio 2 estableció: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (DDN, 1959, principio 2).

En base a la Declaración de los Derechos del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en su artículo 3.1. dispone que: “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” (CDN, 1989, artículo 3.1).

A través de ella se reconoce como un derecho humano el interés superior del niño, por lo que este principio se constituye en uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Por lo tanto, a partir de allí los niños no sólo son sujetos de protección especial, sino de una protección integral.

Con la finalidad de asegurar la aplicación del principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño, en el año 2013 ha elaborado la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, con el objeto de “garantizar que los Estados Partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten, para lo cual define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo” (Observación General N° 14, 2013, fundamento 10).

El cumplimiento de los objetivos de esta Observación, según el Comité, repercutirá “en los siguientes aspectos:

- a) La elaboración de todas las medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos;
- b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto;
- c) Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan;
- d) Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con los niños y para ellos, en particular los padres y los cuidadores” (Observación General N° 14, 2013, fundamento 12).

Otra norma internacional que podemos citar sobre el principio del interés superior del niño es el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, que establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”. Lo cual nos hace ver que este principio vincula tanto a la familia, especialmente a los padres, a la sociedad y al Estado.

1.4.2. A NIVEL DE NORMAS NACIONALES

Nuestra Constitución Política no consagra expresamente el principio del interés superior del niño. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (STC en el EXP. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ 11.).

De modo que el principio del interés superior del niño debe interpretarse a partir del artículo 4° de la Constitución Política, la misma que señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 4).

Concordante con la norma constitucional reseñada y las normas internacionales de derechos humanos referidos al principio del interés superior del niño, el artículo IX del Título Preliminar del Código de

Niños y Adolescentes, establece: “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” (CNA, Artículo IX del TP).

Asimismo, recogiendo las recomendaciones efectuadas por la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño, se ha expedido la Ley N° 30466, ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (27 de mayo del 2016), con el de “establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes” (Ley 30466, 2016, artículo 1).

1.5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

El Código de Niños y Adolescentes en su artículo 81 señala que “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 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” (CNA, 2000, artículo 81).

A través de esta norma se da las orientaciones acerca de la tenencia de los hijos cuando los padres se encuentran separados. Así esta norma,

como contiene dos situaciones, una primera relativa al acuerdo de los padres y una segunda, en caso de no haber acuerdo, contempla el arbitrio del juez, en todos los casos bajo los cánones del principio del interés superior del niño.

Asimismo, a través del artículo 84 del mismo Código de Niños y Adolescentes se ha otorgado criterios al juzgador para resolver casos de tenencia, señalando 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;
- 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” (CNA, 2000, artículo 84).

Éstas constituyen orientaciones para el juzgador, así como para las partes involucradas, sobre la forma como se resolverá la tenencia de los hijos en caso de no haber acuerdo entre los padres. Sin embargo, como señala Aguilar Llanos (2018), debemos tener en cuenta que estas orientaciones “no son obligatorios, entendiendo que son elementos referenciales, y que en todo caso el norte que debe guiar una decisión es lo que más convenga al niño, niña y adolescente” (p. 437).

Como podemos ver en la tenencia de los niños y adolescentes, el principio orientador, principio guía es el interés superior del menor. Tanto el artículo 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes señala que las decisiones deben tomarse en cuenta el interés superior del menor.

Ello es así, porque como señala Cilleros Bruñol (2008), el principio del interés superior del niño constituye “un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños y jóvenes, que rige y obliga expresamente al legislador, los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar públicos y privados; en este sentido es un principio que pretende realizar la justicia y no es un mero lineamiento u objetivo social” (p. 1290).



CAPÍTULO V

RESULTADOS SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Luego de haber estudiado en los capítulos anteriores sobre la protección constitucional de la niñez y la adolescencia, la tenencia de niños y adolescentes, la tutela como institución familiar y el principio del interés superior del niño, en esta parte de nuestra tesis nos ocuparemos acerca de los resultados que hemos obtenido con la presente investigación.

La secuencia de la presentación de los resultados será en el orden de nuestros objetivos de investigación, por lo que comenzaremos analizando la naturaleza jurídica de la tenencia de niños y adolescentes según el ordenamiento jurídico peruano; luego analizaremos el status jurídico del principio del interés superior del niño y adolescente y sus alcances en los procesos de tenencia de niños y adolescentes y finalmente evaluaremos la procedencia del otorgamiento de la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, sin que se suspenda la patria potestad, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1. REGULACIÓN DE LA TENENCIA A NIVEL CONSTITUCIONAL

La Constitución Política constituye la norma suprema de nuestro país, puesto que “contiene un conjunto de normas supremas que irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás pautas jurídicas restantes” (STC, Exp. 047-2004-AI/TC, FJ. 55). Así, nuestra Constitución viene a ser la norma de máxima jerarquía, vinculante para todas las demás normas, instituciones y organismos en nuestro país.

Por otra parte, en nuestro país, por mandato constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Peruano es parte, integran el ordenamiento jurídico, pues la Constitución establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Constitución, 1993, artículo 55). Por lo que como señala el Tribunal Constitucional “el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado, y vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador” (STC, Exp. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 25). Luego el mismo Tribunal aclara que “los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (STC, Exp. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 26).

En ese sentido, cuando hablamos de normas constitucionales, también estaremos refiriéndonos a las normas internacionales de derechos humanos de los cuales el Perú es parte.

Entonces, en nuestro país, las normas que sustentan el derecho deber de tenencia de niños y adolescentes son:

TABLA N° 01

Normas constitucionales o de rango constitucional que fundamentan la tenencia de niños y adolescentes

| DENOMINACIÓN | NORMA CONSTITUCIONAL |
|--|---|
| Constitución Política del Perú | Artículo 6°.- (...) “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”. |
| Convención sobre los derechos del Niño | Artículo 5.- “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. |
| | Artículo 18.- “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. |
| | Artículo 9.- 1. “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. |

FUENTE: Elaboración propia

Como podemos ver en la tabla 01, nuestra Constitución a través de su artículo 6° deja establecida que el padre, así como la madre, tienen el deber y derecho de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (as), y correlativamente como deber de los hijos respetar y asistir a sus padres. Es decir, recoge la institución de la patria potestad, entendida como el “típico derecho subjetivo familiar mediante la 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 y que permanece hasta que éstos adquieran plena capacidad” (Canales, 2014, 8).

De esta manera, la patria potestad se constituye en una institución familiar de rango constitucional, con el afán de brindarles una especial protección a los niños y adolescentes. La forma de redacción de esta norma nos hace ver que este derecho-deber no está destinado solo a los padres, sino también a los hijos, como reconocimiento de su interés superior. Ello es así, porque “la concepción tradicional de la patria potestad que entendía que la misma otorga derechos a los padres, ha sido superada, pues hoy la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y también de los hijos” (Varsi, 2011, 3020).

En el ejercicio de la patria potestad, la tenencia de los hijos constituye una condición esencial para hacer efectiva los derechos- deberes que otorga la patria potestad. De modo que, la norma constitucional en comentario también lleva implícita la tenencia, estableciendo como un derecho-deber de los padres, así como de los hijos, entendido como una institución familiar orientada a mantener una relación permanente entre padres e hijos, basada en el respeto y asistencia mutua.

A nivel de normas internacionales de derechos humanos, el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, va más allá de lo convencional en cuanto a la tenencia de niños y adolescentes, pues reconoce que el cuidado de una niña, niño o adolescente no solo recae en los padres o tutores, sino en cualquier miembro de la familia extendida (abuelos, hermanos, tíos, primos, entre otros) e incluso en la comunidad, que demuestren responsabilidad para ello. Pues lo que prima en este

caso es el interés superior del niño, por lo que ya no se trata de quien tiene derecho de tener a los hijos, sino quién garantiza mejor los derechos del niño y el adolescente. La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por nuestro país, entonces forma parte de nuestro derecho interno y es perfectamente aplicable en nuestro país, y por tratarse de una norma de rango constitucional también es vinculante en todos los casos.

De modo que, podemos concluir que, conforme a nuestra regulación constitucional, la tenencia no ha sido concebida solamente como deber-derecho de los padres, sino también de los hijos, como una expresión de respeto a su interés superior. La tenencia ya no implica solamente entregarle al menor a quien legalmente tiene derecho, sino a quien garantiza los derechos del niño y adolescente conforme a su interés superior, por lo que, por mandato constitucional, la tarea de protección y cuidado del niño y adolescente ya no es solamente tarea de los padres, pues cuando éstos no se hacen responsables o cuando ya no se encuentran, ello también corresponde al Estado y a la comunidad, entre ellos la familia. Ello también se ve a partir del artículo 9° de la Convención, que es derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño, a fin de darle un mejor cuidado y no estén expuestos a riesgos que pueden peligrar su vida y su integridad.

2.2. REGULACIÓN DE LA TENENCIA A NIVEL LEGAL

A nivel legal la tenencia se encuentra regulada básicamente en las siguientes normas:

TABLA N° 02

Normas legales que fundamentan la tenencia de niños y adolescentes

| DENOMINACIÓN | NORMA LEGAL |
|--------------------------------|--|
| Código Civil | Artículo 423°.- “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (...) 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario”. |
| Código de Niños y Adolescentes | <p>Artículo 74°.- Deberes y derechos de los padres.- “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: (...) e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.”</p> <p>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 parecer 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”.</p> <p>Artículo 84° Facultad del juez.- “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; 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”.</p> |

FUENTE: Elaboración propia

El numeral 5) del artículo 423 del Código Civil y el literal e) del artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes, regula la tenencia como atributo de la patria potestad, señalando que constituye un deber y derecho de los padres que gozan de la patria potestad de tener a sus hijos en su compañía, en caso de hallarse en algún lugar sin su permiso, podría recurrir a la autoridad para recuperarlos.

Es por ello que la mayoría de los estudiosos señalan que la tenencia, por ser un atributo de la patria potestad, solamente puede ser ejercida por los padres. Sin embargo, modernas concepciones señalan que la tenencia no es atributo exclusivo de la patria potestad, como veremos más adelante, sino en ciertos supuestos pueden ser ejercidos por personas distintas a los padres, así también se viene pronunciando la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional de nuestro país.

Luego el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes señala que si los padres están separados, éstos deben ponerse de acuerdo sobre la tenencia de los hijos, en caso de no haber dicho acuerdo o habiendo éste, es perjudicial para el hijo, el Juez de Familia determinará con quien deben estar los hijos, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente. A ello complementa el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, estableciendo las facultades que el juez tendrá para determinar la tenencia del menor.

Como podemos ver, si bien es cierto que la tenencia está regulada como atributo de la patria potestad, por lo que pareciera que solamente es derecho de los padres; sin embargo, ello no es cierto, pues en cualquier caso, debe hacerse salvaguardando el interés de los hijos, por lo que también es derecho de los hijos. Es por ello, en caso que ésta es perjudicial para el hijo o los hijos, ésta puede confiarse a persona diferente que los padres, lo que a nivel de la justicia peruana ya se viene dando, por ejemplo en la Casación N° 4881-2009-Amazonas, se otorga la tenencia de una menor a favor de los abuelos; en la Casación N° 4710-2006-Ica se rechaza el recurso de casación interpuesta por el padre de una niña, confirmándose indirectamente la tenencia otorgada a los tíos en

segunda instancia; en la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2165-2002-HC/TC se otorga tenencia de una menor a una persona que no es su familiar, entre otras.

Por otra parte, debemos tener en cuenta el artículo 340° del Código Civil, que para el caso de separación por causal, señala que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, a una tercera persona. En esta última parte, como señala Aguilar Llanos (2012), “se otorga facultades al juez para que no entregue el hijo a ninguno de los padres, por no convenir a los intereses del menor, y entonces el niño será guardado por un tercero que puede ser familiar o no, y en este supuesto estaríamos ante la figura de la tutela, o el ingreso de ese menor al programa de adopciones, cuyo fin es que ese menor se convierta en hijo de la persona que lo adopta” (p. 29).

Además el Código Civil en su artículo 502 regula la tutela, figura que determina el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes del menor. En el aspecto personal, “establece los derechos deberes de asistencia y educación, de corrección y vigilancia, de tenencia y representación” (Plácido, 2010, 338). Conexo a esta normatividad encontramos el caso de tutela legal (artículo 506° del CC) donde vemos la participación de los abuelos y demás ascendientes, y en el caso de tutela dativa (artículo 507° del CC), la participación de terceras personas, quienes ejercen las mismas atribuciones de la patria potestad, con la única diferencia de que en este caso no existen los padres.

Asimismo como antecedente tenemos la regulación que hacía el anterior Código de niños y adolescentes, que en su artículo 91° señalaba que “la tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés”, lo que permitía que familiares como abuelos, tíos o personas que hayan prohijado a niños, podían pedir la tenencia del menor en aras de salvaguardar el interés superior del menor.

Ello nos hace ver que a pesar que nuestra normatividad legal regule la tenencia como atributo exclusivo de la patria potestad, hay situaciones en las que personas distintas que los padres ejercen dichas atribuciones.

2.3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SEGÚN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como Varsi Rospigliosi (2011) la tenencia constituye “una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo. 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 mejor condición 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” (p. 304).

Peralta Andía (2008) manifiesta que “tener a los hijos en su compañía significa la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda, por eso la ley establece que es deber-derecho de los padres la tenencia de los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si fuese necesario a fin de hacerlos entrar bajo su autoridad. Del deber de vigilancia, surge también la responsabilidad paterna frente a terceros por los daños causados por los hijos” (p. 533).

Nuestra Corte Suprema ha señalado que la “tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro” (Casación N° 1738-2000-Callao, 2001).

En ese sentido, la tenencia se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los

demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa vida en común, vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o la madre no ejercen la llamada tenencia, como podría estar al frente del proceso educativo, representarlo legalmente, ejercer una corrección moderada, solo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad (Aguilar, 2012, 28).

De modo que, la naturaleza de la tenencia de niños y adolescentes, actualmente no solo se concibe como el derecho que tienen los padres de tener a sus hijos consigo, como tradicionalmente se concebía, sino más bien como una relación personal que debe existir entre padres e hijos, un derecho de padres e hijos de mantener una relación personal entre ellos, que implica convivencia entre padres e hijos, pero también la corresponsabilidad entre ambos padres, sobre todo en lo que concierne a los intereses de los hijos.

En ese sentido, del análisis efectuado, conforme a la naturaleza jurídica de la tenencia, nuestra legislación no prohíbe que se pueda otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, como pueden ser a los abuelos, hermanos mayores, tíos, padrinos y otras personas que prohíjan a menores, más bien existen casos específicos en que la tenencia es ejercida por personas distintas a los progenitores, por lo que en aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente, existen mejores posibilidades de salvaguardar el interés del menor otorgando la tenencia del mismo a personas distintas que los progenitores, por supuesto, bajo ciertos parámetros específicos y previo análisis específico de cada caso.

3. EL STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

3.1. FUENTE NORMATIVA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Entre las fuentes normativas del principio del interés superior consideramos los siguientes:

TABLA N° 03

Fuente normativa del principio del interés superior del niño

| DENOMINACIÓN | NORMA LEGAL |
|--------------------------------------|--|
| Constitución Política del Perú | Artículo 4°.- “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”. |
| Declaración de los Derechos del Niño | Principio 2.- “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. |
| Convención de los Derechos del Niño | Artículo 3.- “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. |
| Código de Niños y Adolescentes | Artículo IX del Título Preliminar.- “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”. |

FUENTE: Elaboración propia

La fuente normativa del principio del interés superior del niño en nuestro país están constituidas por aquellas disposiciones contenidas en la Constitución Política del Perú, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Perú, y el Código de Niños y Adolescentes.

a) Constitución Política de 1993

El principio del interés superior del niño nace a partir del artículo 4° de la Constitución Política que ordena tanto a la comunidad y al Estado brindar una especial protección al niño y al adolescente.

A través de ella, al señalar que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y adolescente, de manera implícita reconoce el principio del interés superior del niño. Esto se debe a que el niño, por su situación de inmadurez e inexperiencia (persona en desarrollo), es mucho más vulnerable, por lo que se impone el deber de cuidado de los mismos, tanto al Estado, la comunidad (a la familia en especial) y a la sociedad en general.

En ese sentido también se ha manifestado el Tribunal Constitucional cuando nos dice que “este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 11.).

De manera que, el principio del interés superior del niño es un principio de raigambre constitucional, por lo tanto vinculante para todos.

b) Declaración de los Derechos del Niño

En el ámbito del derecho internacional de derechos humanos el principio del interés superior del niño fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), la misma que fue aprobada el 20 de noviembre de 1959, de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU, la misma que fue ratificada por el Perú, por lo que forma parte de nuestro derecho interno y es una norma con rango constitucional.

Esta Declaración constando la situación de vulnerabilidad del niño, señala que éste gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, para que el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social sea de manera saludable y normal, respetando las condiciones de libertad y cuidando y respetando la dignidad del menor. Por lo que al promulgar leyes con este fin, es decir para tomar cualquier acción que involucre a niños, se tenga consideración fundamental al interés superior del niño.

Esta es la norma primigenia que constituye el primer avance en la protección de los derechos del niño, y en base a ello se viene avanzando con nuevas normativas que aspiran a proteger de una mejor manera a los niños.

c) Convención sobre los Derechos del Niño

En base a lo establecido por la Declaración de los Derechos del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y fue ratificada por el Perú el 03 de agosto de 1990, mediante Resolución Legislativa N° 25278. Por lo que forma parte de nuestro derecho interno, como norma con rango constitucional.

La Convención de los Derechos del Niño, en el numeral 1) de su artículo 3 dispone que en todas las medidas concernientes a los

niños, las que pueden ser determinadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, órganos administrativos, legislativos o judiciales, se debe tener primordial consideración al interés superior del niño.

La dación de esta norma ha hecho que el principio del interés superior del niño constituya referente primordial en la resolución de casos o conflictos donde intervengan niños o adolescentes, o se discutan derechos de los mismos. Constituye pues, como señala Cillero “una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Por lo que, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente, esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de interés superior del niño” (p. 2)

En base a ello muchas legislaciones han adoptado este principio como parte de su ordenamiento jurídico.

Respecto al artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño, ha elaborado la Observación General N° 14, del 29 de mayo del 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, con “el objeto de mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial. Con el propósito de promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos” (Observación General N° 14, fundamento 12).

d) El Código de Niños y Adolescentes y otras leyes

El artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, siguiendo la línea de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha establecido que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de cualquiera de sus poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales, locales y sus demás instituciones, y toda la sociedad en general, se tendrá una especial consideración el principio del interés del niño y del adolescente, así como respetar sus derechos.

En concordancia con ello, la Ley N° 30466, del 27 de mayo del 2016, ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, señala que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Ley 30466, 2016, artículo 2).

El Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos, señala sobre el principio del interés superior del niño que éste es un “derecho sustancial, principio de interpretación y norma de procedimiento, asegura la protección y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente en su familia y en caso excepcional, prioriza un entorno familiar alternativo. A fin de determinar el interés superior del niño, se respetan los vínculos familiares y se favorece el apoyo a la familia de origen como medida de protección prioritaria. En ningún caso su aplicación puede disminuir o restringir los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes. Cuando exista conflicto entre el interés superior de un niño y otros intereses o derechos, la autoridad competente analiza y pondera los derechos de todos los

interesados, teniendo en cuenta que el derecho de la niña, niño y adolescente a que su interés superior es una consideración primordial” (Decreto Legislativo 1297, 2016, artículo 4.g)

De esta manera nuestra legislación también ha reconocido el principio del interés superior del niño y su importancia en los conflictos que involucren derechos de niños y adolescentes, señalando que en todos ellos se debe resolver cuidando y protegiendo el interés de los menores.

3.2. STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Conforme hemos visto, en los párrafos anteriores, el principio del interés superior del niño goza de rango constitucional, puesto que nuestra Constitución al señalar en su artículo 4° que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”, ha reconocido implícitamente el principio del interés superior del niño.

Asimismo al haber sido consagrado en normas internacionales de derechos humanos, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, los mismos que fueron ratificados por el Perú, entonces forman parte de nuestro derecho interno, y como ya señalamos en puntos anteriores, constituyen norma con rango constitucional. Por lo tanto, el principio del interés superior del niño constituye un principio constitucional.

Sobre el status del principio del interés superior del niño, nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado:

TABLA N° 04
STATUS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

| SENTENCIA DEL TRIBUNAL | STATUS DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO |
|--|---|
| EXP. N.º 02132-2008-PA/TC | “El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la norma fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)” (F.J. 5). |
| Exp. N° 0012-2010-PI/TC | “El artículo 4º de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger especialmente al niño. En este precepto reside la constitucionalización del denominado ‘interés superior del niño’, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos” (F. J. 30.b) |
| Exp N° 4058 2012-PA/TC Precedente Constitucional Vinculante | “De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales” (F.J. 19). |

FUENTE: Elaboración propia

Las sentencias del Tribunal Constitucional que mostramos en la tabla anterior, de entre otras que en esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal, nos indican la categoría constitucional que tiene el principio del interés superior del niño. Toda vez que, este principio constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Constitución, al establecer que la comunidad y el Estado protegen de manera especial al niño y al adolescente. Por ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 0012-2010-PI/TC, emitida en sesión plena, han señalado que allí radicaba “la constitucionalización del denominado ‘interés superior del niño’, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos” (STC, Exp. N° 0012-2010-PI/TC, F. J. 30.b)

Por otra parte, en la sentencia del expediente N° 4058 2012-PA/TC, que constituye Precedente Constitucional Vinculante, ha resaltado el carácter constitucional del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, puesto que en última instancia se trataba de proteger la dignidad del menor, por lo que este principio, para el alto Tribunal, “tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales” (STC, Exp N° 4058 2012-PA/TC, FJ. 19).

Por otra parte, reiteramos que el rango constitucional del principio del interés superior del niño nace a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3º señala “1) En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2) Los Estados Partes

se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (CDN, 1989, artículo 3°). Esta norma forma parte de nuestro derecho interno y es de rango constitucional, por lo que también el principio del interés superior del niño allí consagrado.

De manera que, queda claro que el principio del interés superior del niño tiene un rango de norma y principio constitucional. Así, el alto Tribunal, en otra sentencia, refiriéndose a la protección de los derechos del niño ha señalado que “la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4°, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3°, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (STC, EXP. N° 6165-2005-HC/TC, FJ. 12).

4. ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Para definir los alcances del principio constitucional de interés superior del niño, además de las normas analizadas en el punto anterior, nos apoyaremos en las sentencias que el Tribunal Constitucional, en su condición de máximo intérprete de la Constitución ha emitido:

TABLA N° 05

ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

| SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | DECLARACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO |
|---------------------------------------|--|
| Exp. N° 1817-2009-HC/TC | “Este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (F.J. 11). |
| Exp. 2079-2009-PHC/TC | “El deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés” (F.J. 13). |
| Exp N° 4058 2012-PA/TC | “De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales” (F.J. 19). |

FUENTE: Elaboración propia

Conforme la regulación del principio del interés superior del niño a nivel de nuestra Constitución, a nivel de normas internacionales de derechos humanos y el Código de Niños y Adolescentes (tabla 03), se concluye que éste es un principio constitucional que alcanza o vincula a todas las entidades estatales y privadas, inclusive a la comunidad, que incluye a los padres y a la familia. Por ello, cuando se tome alguna medida o decisión concerniente a los niños y adolescentes, sea de parte del Estado, que incluye al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, los órganos constitucionales autónomos, organismos de todos los niveles; o sea de parte de sociedad, que incluye a los padres, la familia, organismos privados, o de cualquier otra índole, deben hacerse respetando el interés superior del niño y del adolescente.

Como tal el principio del interés superior del niño alcanza a todo proceso donde se discutan los derechos de los niños, sean esto a nivel de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos constitucionales autónomos, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad. Como señala el Tribunal Constitucional “el principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. El deber de considerar sus alcances, es cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de éstos una actuación ‘garantista’, de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos” (STC, Exp. N° 01665-2014-HC/TC, FJ. 16).

En ese sentido, como consecuencia de este alcance del principio del interés superior del niño, podemos extraer tres niveles de obligados:

En primer lugar y de manera primordial, los padres del niño, incluyendo en este rango a la familia, que es la primera institución que debe velar por el adecuado desarrollo del niño y el adolescente, desde su nacimiento hasta su emancipación. Para los padres, el principio del interés superior del niño

constituye una especie de límite para el adecuado ejercicio de la patria potestad, no por el hecho que el niño o niña debe ejercer su derecho y desarrollar su autonomía, sino porque los padres deben considerar los derechos de sus hijos independientes de los propios, tomar las decisiones que sean mejor para ellos y no las decisiones que los padres quieran. La limitante no viene dada porque el niño se volverá en contra de sus padres en defensa de sus derechos, si no, que la limitante es aquella que la ley dispone y que los padres deben respetar, valorando al niño como una persona, sujeta de derechos, al igual que ellos.

En este orden de ideas, como señala el Tribunal Constitucional “resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud” (STC, EXP. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 12).

En segundo lugar, resulta obligado por el principio del interés superior del niño, el Estado, entendiendo por Estado tanto la función ejecutiva, legislativa y judicial. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a la plena vigencia y aplicación de este principio. Por ello, la política legislativa relacionada con los niños, niñas y adolescentes debe estar predominantemente guiada por el principio o el conjunto de criterios que compone el interés superior del niño y, evidentemente, la política judicial y, más particularmente, las decisiones de los tribunales de justicia en los que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del niño.

Como señala el Tribunal Constitucional, “el Estado, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas

legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos” (STC, EXP. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 12).

Finalmente, toda la sociedad también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño. La sociedad entera está obligada a velar por el respeto y la protección de los derechos del niño y del adolescente. Ello es así, porque “ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes” (STC, EXP. N° 02132-2008-PA/TC, FJ. 11).

A fin de que el principio del interés superior del niño cumpla con este cometido, en su condición de norma constitucional, es necesario reconocer que el interés superior del niño constituye a la vez un derecho, un principio y una norma procedimental. A nivel de nuestro ordenamiento legislativo, la Ley N° 30466, ley que fija parámetros para garantizar el interés superior del niño, en concordancia con la Observación General 14 y el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, ha señalado que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Ley 30466, 2016, artículo 2).

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 14, del 29 de mayo del 2013, señala que “el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) **Un derecho sustantivo:** El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al

sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental:** Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento:** Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados Partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos” (Observación General N° 14, fundamento 6).

Por ello, la Convención sobre los Derechos del Niño también “se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40,

párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3)” (Observación General N° 14, fundamento 6).

Por lo tanto, el principio del interés superior del niño se constituye en un límite a la actuación estatal y así como para la sociedad civil. Permite dotar de mayor valor a los derechos existentes de los niños y adolescentes, como una protección complementaria, para evitar las vulneraciones de sus derechos, por parte del Estado o cualquier otra persona

En ese sentido, a nivel de nuestra legislación, la Ley N° 30466, del 27 de mayo del 2016, ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, en su artículo 3° establece los parámetros de aplicación primordial del interés superior del niño, “de conformidad con la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

- 1.El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
- 2.El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
- 3.La naturaleza y el alcance global de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 4.El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 5.Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo”.

Asimismo esta normativa, en su artículo 4° señala las garantías procesales que se deben tener en cuenta para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, que son los siguientes:

- “1.- El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la ley le otorga.
- 2.- La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
- 3.- La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
- 4.- La participación de profesionales cualificados.
- 5.- La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
- 6.- La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
- 7.- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
- 8.- La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño”.

Asimismo hace hincapié en que, en los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño.

Por lo que los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes.

En ese sentido, en base al artículo 4º de nuestra Constitución, las normas legales y de la normatividad internacional sobre derechos humanos señaladas, en virtud al principio del interés superior del niño y del adolescente, las acciones que tomen el Estado, los integrantes de la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. Por lo que también, en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deben estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

5. OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES, EN SALVAGUARDA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE

En esta parte analizaremos la posibilidad de otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, sin que se haya suspendido la patria potestad, en salvaguarda del interés superior del niño.

Para ello se ha analizado primeramente las normas de nuestro ordenamiento jurídico, expedientes que sobre el tema se hayan tramitado en los Juzgados de Familia de Arequipa, así como sentencias que hayan sido expedidos en otros Juzgados del país, de la Corte Suprema de la República y el Tribunal Constitucional.

5.1. OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS A LOS PADRES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

5.1.1. A NIVEL CONSTITUCIONAL

El artículo 6º de la Constitución señala que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6).

A partir de ello podemos ver que la Constitución recoge la institución de la patria potestad, y como tal la tenencia de hijos, como una relación de padres e hijos. Establece la tenencia no como un atributo exclusivo de los padres, sino también como un derecho de los hijos, por lo que a fin de salvaguardar el interés superior de los hijos, la tenencia se debería otorgar a quien garantice el interés superior y derechos de los hijos, que pueden ser incluso familiares o terceras personas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, que forma parte de nuestro derecho interno como norma de rango constitucional, en su artículo 5° establece que “los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (CDN, 1989, artículo 5).

Como podemos ver, esta norma no solo reconoce la tenencia de niños y adolescentes a los padres, sino a la familia ampliada y a la comunidad, por lo tanto la tenencia podría otorgarse también a familiares como abuelos, tíos, hermanos, entre otros, así como a otros miembros de la comunidad, siempre que garanticen los derechos y el interés superior del niño y adolescente. Esta norma se encuentra vigente en nuestro país, por lo que habilita que la tenencia pueda ser otorgada a personas distintas que los padres, a fin de salvaguardar el interés superior del menor.

5.1.2. A NIVEL LEGAL

El artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes.- Esta norma señala que “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 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” (CNA, 2000, artículo 81).

Esta norma da las orientaciones acerca de la tenencia de los hijos cuando los padres se encuentran separados. Contiene dos situaciones, una primera relativa al acuerdo de los padres, donde por mutuo acuerdo decidirán que uno de ellos tenga la tenencia de los hijos; y una segunda, en caso de no haber acuerdo, faculta al juez para determinar la tenencia salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

En un caso particular, la Corte Suprema ha señalado que por el artículo 81 del Código de los Niños “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” (Casación N° 4881-2009 AMAZONAS, noveno considerando). De esta manera entregó a los abuelos la tenencia.

El artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes.- A través de esta norma se ha establecido los criterios que debe seguir el juez al resolver casos de tenencia, señalando 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;

- 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” (CNA, 2000, artículo 84).

Estas normas constituyen orientaciones para el juzgador, así como para las partes involucradas, sobre la forma como se resolverá la tenencia de los hijos en caso de no haber acuerdo entre los padres. Sin embargo, como señala Aguilar Llanos (2018), debemos tener en cuenta que estas orientaciones “no son obligatorios, entendiendo que son elementos referenciales, y que en todo caso el norte que debe guiar una decisión es lo que más convenga al niño, niña y adolescente” (p. 437).

Como podemos ver en la tenencia de los niños y adolescentes, el principio orientador, principio guía, es el interés superior del menor. Tanto el artículo 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes señala que las decisiones deben tomarse en cuenta el interés superior del menor. Hay casos como veremos más adelante que el Poder Judicial interpretando extensivamente los alcances del artículo 84° en mención, ha entregado la tenencia de niños a los abuelos, en salvaguarda del interés superior del niño.

Ello es así, porque como señala Cilleros Bruñol (2008), el principio del interés superior del niño constituye “un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños y jóvenes, que rige y obliga expresamente al legislador, los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar públicos y privados; en este sentido es un principio que pretende realizar la justicia y no es un mero lineamiento u objetivo social” (p. 1290).

Es que más allá de mirar los derechos de los padres, o incluso simples deseos o caprichos de los padres que en el proceso de tenencia conciben a los hijos como el codiciado botín de guerra, debe velarse por cuidar el interés superior del niño, que es un derecho fundamental que se funda en la dignidad misma de los niños y adolescentes, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado cuando señala que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (CIDH, 2002, OC-17/02, párr. 56).

Por lo tanto, acordes con la protección de la persona humana que preconiza nuestra Constitución Política, que en su artículo 1° señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución, 1993, artículo 1°), debemos propugnar que el otorgamiento de la tenencia de los niños y adolescentes, se haga en estricta aplicación del principio constitucional del interés superior del niño y adolescente, al padre o a la madre que mejor garantice el bienestar del hijo, y excepcionalmente podría otorgarse a terceras personas, bajo ciertos parámetros que la ley misma los fije.

Por otra parte, debemos tener en cuenta el artículo 340° del Código Civil, que para el caso de separación por causal, señala que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, a una tercera persona.

En ese sentido, del análisis efectuado, nuestra legislación no prohíbe que se pueda otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, como pueden ser a los abuelos, hermanos mayores, tíos, padrinos y otras personas que prohíjan a menores, más

bien existen casos específicos en que la tenencia es ejercida por personas distintas a los progenitores, por lo que en aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente, existen mayores y mejores posibilidades de salvaguardar el interés del menor otorgando la tenencia del mismo a personas distintas que los progenitores, claro está, siempre en casos específicos y bajo ciertos parámetros específicos.

5.2. EL DERECHO COMPARADO EN EL OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES

5.2.1. CASO DE ESPAÑA

El Código Civil español, refiriéndose a la situación de los hijos después de la separación de los padres, en el numeral 1) de su artículo 103° señala que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

Conforme a la norma en mención, si los padres, por circunstancias excepcionales, no pueden hacerse cargo de la custodia de los hijos, el juez puede otorgar a los abuelos, parientes u otras personas, el cuidado de niñas, los niños y adolescentes. Algo similar se encuentra regulado en el Código Civil peruano refiriéndose a la situación de los hijos después del divorcio, cuando señala que el juez, por el bienestar de hijos, puede determinar que se encargue de los hijos una tercera persona, siendo lo más recomendable que sean alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Esta regulación responde a que en España al igual que nuestro país, se encuentra muy arraigado la relación de los abuelos con los nietos, más en nuestros tiempos por la situación de trabajo de los padres, esta situación se viene acrecentando aún más. Como señala Gracia (2012) “en los últimos tiempos, acompañando a otras

transformaciones experimentadas en el seno de la familia, el papel de los abuelos y las abuelas ha experimentado una importante mudanza. Las relaciones abuelos/nietos parecen haberse estrechado, ampliado en su contenido, cambiado de significado. En este nuevo contexto social surge la necesidad de regular el derecho a las relaciones personales entre los nietos y nietas y sus abuelos y abuelas. Esta regulación resulta pertinente si tenemos en cuenta que, en muchas ocasiones, los abuelos no actúan como parientes ajenos y distantes sino como protagonistas destacados y más o menos directos en el proceso de socialización de sus nietos. Los importantes lazos personales y emocionales que suelen existir, hacen que el mantenimiento de estas relaciones merezcan ser tomadas en cuenta por el derecho con el fin de garantizar el bienestar y el adecuado desarrollo personal y emocional de los menores especialmente ante situaciones de conflicto grave, crisis y ruptura familiar” (p. 106).

Es así que, en la sociedad española los abuelos pueden decidir solicitar la custodia (tenencia) de sus nietos por una serie de motivos justificados, como cuando los padres han perdido la patria potestad de sus hijos, han fallecido ambos progenitores, los padres por diversas razones se encuentran en una situación que no les permite hacerse cargo de sus hijos, como puede ser por el alcoholismo, drogadicción u otro similar, entre otras razones.

Esta mención legal implica no solo la posibilidad de que los abuelos, familiares y terceras personas, puedan tener la custodia (tenencia) ordinaria de los hijos, sino también que puedan asumir las funciones tutelares de los menores.

5.2.2. CASO DE CHILE

En la normativa chilena se denomina cuidado personal de los hijos o tuición a lo que en nuestro país llamamos tenencia, y viene a ser el “derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía” o “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor

de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo” (Rol N° 5.341-2006 del 31/10/2006, Corte de Apelaciones Santiago).

En Chile se presentan dos situaciones en las que se tiene que discutir el cuidado personal de los hijos. Uno cuando los padres se encuentran separados y otro cuando los padres se encuentran inhabilitados física o moralmente, por lo que no pueden ejercer el cuidado de sus hijos.

Conforme al artículo 225° del Código Civil de Chile, “si los padres viven separados, a la madre le toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades”. Es decir, lo normal es que la madre tenga bajo su cuidado a los hijos, aunque existe la posibilidad de que ello sea ejercido por el padre, previo acuerdo por escritura pública.

Por otra parte, conforme al artículo 226° del Código Civil chileno “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes”.

Conforme a esta normativa, cuando mediare cualquier situación que inhabilite al padre o a la madre para ejercer el cuidado de sus hijos, como puede ser la incapacidad física, mental, por cuestiones de alcoholismo crónico, que no les permita velar por el cuidado de los hijos, se permite que la tuición (tenencia para nuestro caso) sea ejercida por otras personas competentes, preferentemente familiares.

Al respecto podemos señalar que la realidad chilena es algo parecido a la peruana, donde el fenómeno del abandono parental va en aumento, ello ha traído consigo el surgimiento de nuevas complejidades familiares, donde muchos abuelos y familiares asumen el cuidado de los niños, nietos o familiares, porque de otra manera estos menores se entregarían a la vagancia, la delincuencia, violencia, entre otros, pudiendo sufrir maltratos o cualquier causa que ponga en peligro al niño.

La situación de la niñez en Chile tiene especiales características. El Observatorio Nacional de Niñez y Adolescencia ha señalado que los niños/as vienen sufriendo “los altos niveles de violencia grave, el abandono, las largas permanencias y las situaciones catastróficas que viven los niños/as institucionalizados” (Diario La Tercera, 05/05/2018). Asimismo, el Consejo Nacional de la Infancia indicó que un 72% de los niños y niñas son violentados en el país. Esta realidad chilena es lo que hace que el cuidado de los niños debe ser prioridad, a fin de salvaguardar el interés superior de los mismos. Es por ello que el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos, cuando los padres no responden o estén inhabilitados, a otra persona o personas competentes, prefiriendo en la elección a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes, sobre todo los abuelos.

Estos casos son referentes muy importantes para que en nuestro país también se pueda optar por una legislación que permita, en caso de que los padres no se encuentren en posibilidades de cuidar de sus hijos, previa evaluación por parte de la comisión multisectorial, se pueda otorgar la tenencia a los familiares, y excepcionalmente incluso a terceras personas, a fin de salvaguardar el interés superior del niño, niña o adolescente.

5.3. EL PROCESO DE TENENCIA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA

5.3.1. DEMANDAS QUE INGRESARON A LOS JUZGADOS DE FAMILIA DURANTE EL AÑO 2013-2016

TABLA N° 06

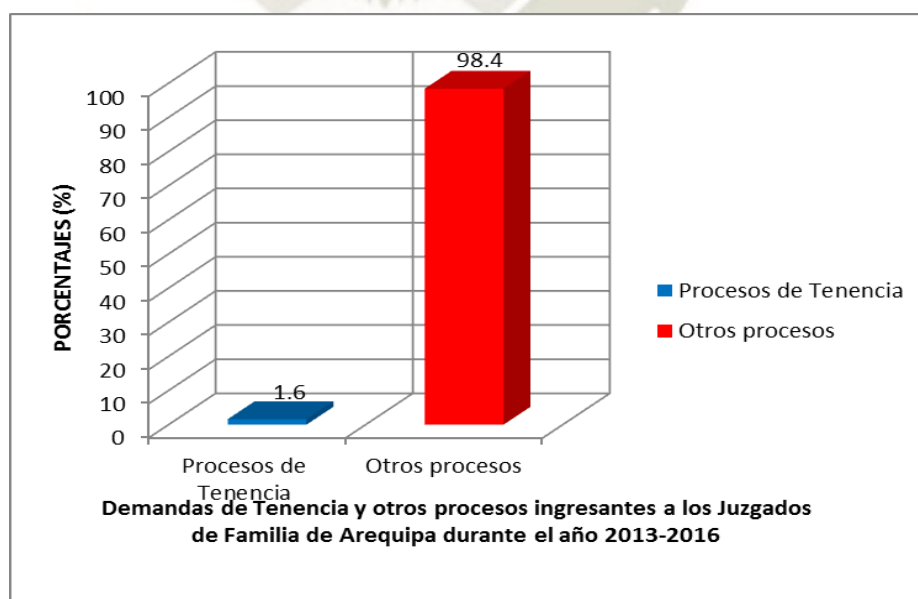
Demandas de tenencia y otros procesos ingresantes a los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2013-2016

| PROCESOS | TOTAL | |
|----------------------|--------------|--------------|
| | N | % |
| Procesos de tenencia | 278 | 1.6 |
| Otros procesos | 17579 | 98.4 |
| TOTAL | 17857 | 100.0 |

FUENTE: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

GRÁFICA N° 01

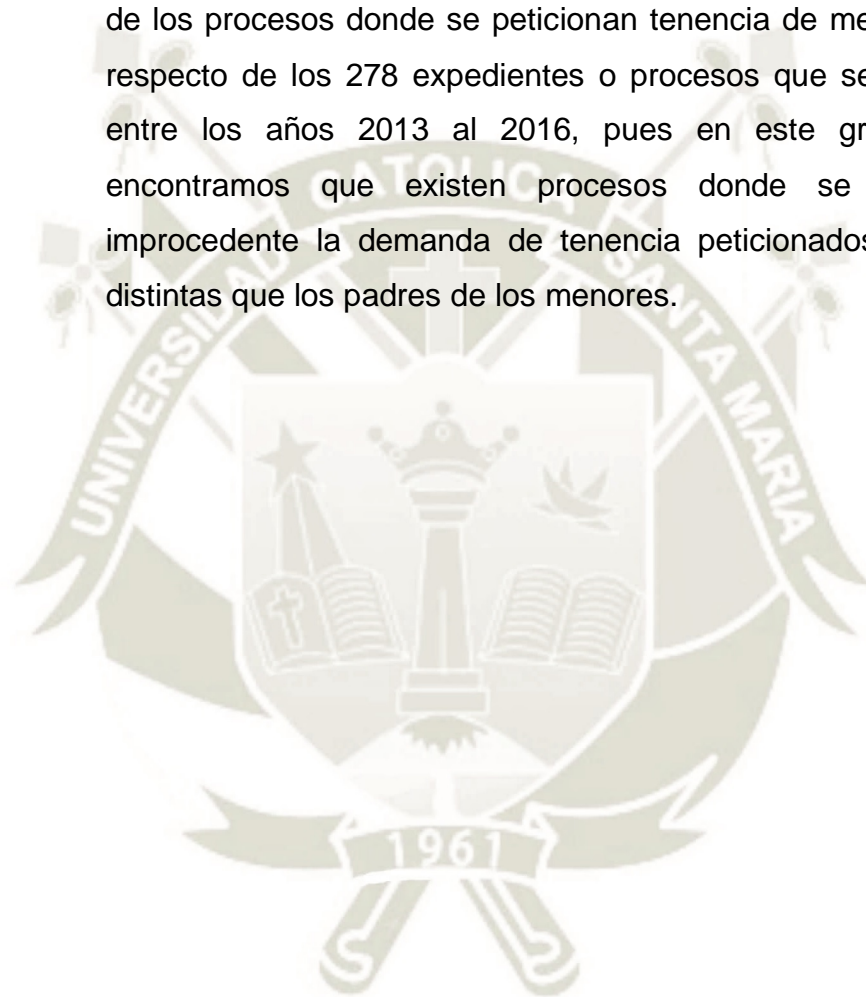
Demandas de tenencia y otros procesos ingresantes a los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2013-2016



FUENTE: Tabla 06

En la tabla N° 06, observamos que del total de las demandas que se presentaron ante los Juzgados de Familia de Arequipa, el 1.6% de las demandas son de procesos donde se peticionan la tenencia de hijos o hijas; mientras el 98.4% son de otros procesos como divorcio, violencia familiar, régimen de visitas, entre otros.

En ese sentido, en el presente trabajo nos ocuparemos solamente de los procesos donde se peticionan tenencia de menores, es decir respecto de los 278 expedientes o procesos que se han tramitado entre los años 2013 al 2016, pues en este grupo es donde encontramos que existen procesos donde se ha declarado improcedente la demanda de tenencia peticionados por personas distintas que los padres de los menores.



5.3.2. CALIFICACIÓN DE LAS DEMANDAS DE TENENCIA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA DURANTE EL AÑO 2013-2016

TABLA N° 07

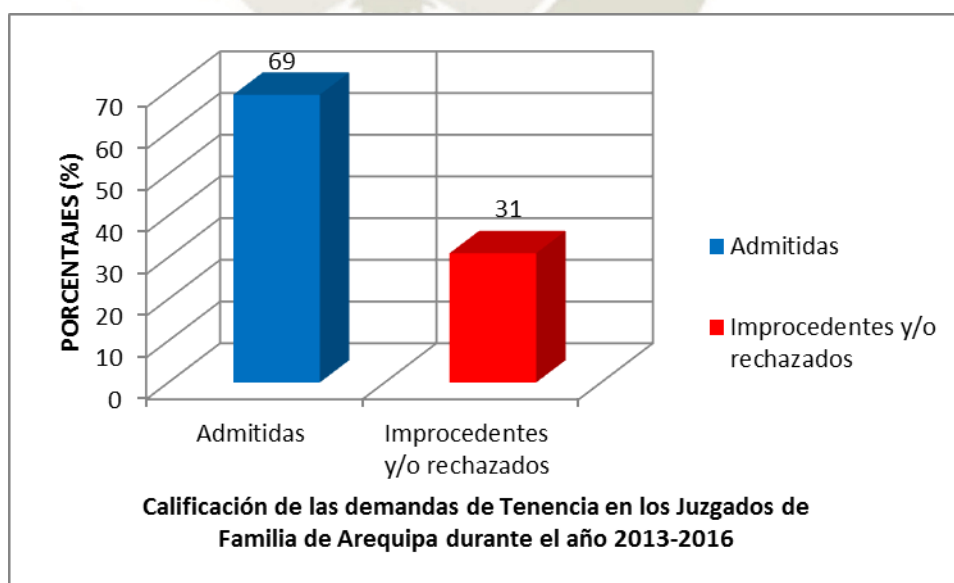
Calificación de las demandas de tenencia en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2013-2016

| PROCESOS | TOTAL | |
|---|------------|--------------|
| | N | % |
| Admitidas (Incluyen los inadmisibles que fueron subsanados) | 192 | 69.0 |
| Improcedentes o rechazados (Incluyen los inadmisibles no subsanados). | 86 | 31.0 |
| TOTAL | 278 | 100.0 |

FUENTE: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

GRÁFICA N° 02

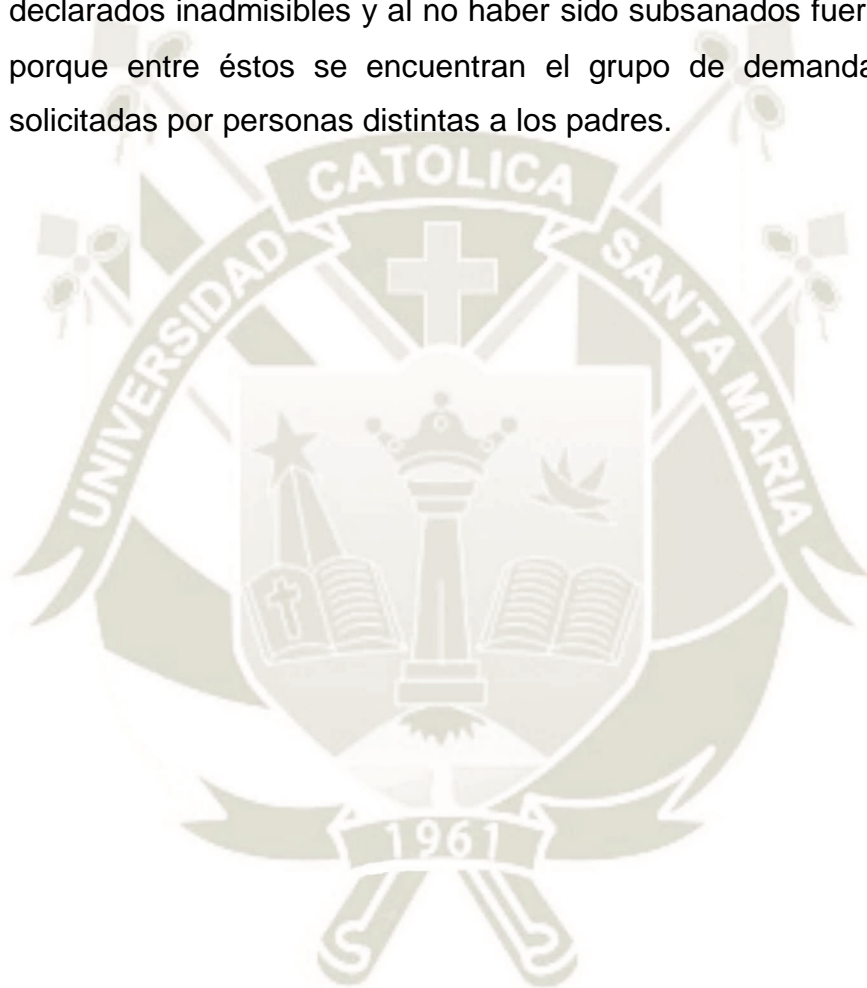
Calificación de las demandas de tenencia en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2013-2016



FUENTE: Tabla 07

En la tabla N° 07, observamos que del total de los procesos de tenencia (en total 278), el 69% fueron admitidos a trámite; mientras un total de 31% fueron improcedentes, o fueron declarados inadmisibles, los mismos que al no haber sido subsanado en el plazo fueron rechazados.

Para nuestro propósito nos sirve las demandas que fueron declarados improcedentes, que en nuestro caso incluyen aquellos casos que fueron declarados inadmisibles y al no haber sido subsanados fueron rechazados, porque entre éstos se encuentran el grupo de demandas de tenencia solicitadas por personas distintas a los padres.



5.3.3. CAUSAL DE IMPROCEDENCIA DE LAS DEMANDAS DE TENENCIA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA DURANTE EL AÑO 2013-2016.

TABLA N° 08

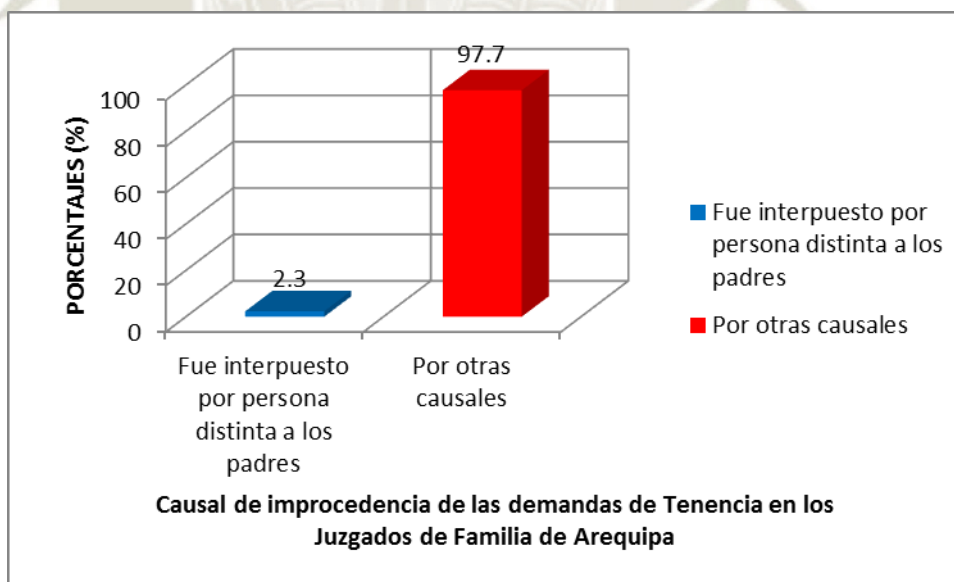
Causal de improcedencia de las demandas de tenencia en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2013-2016

| PROCESOS | TOTAL | |
|--|-----------|--------------|
| | N | % |
| Por haber sido interpuesto por personas distintas que los padres | 02 | 2.3 |
| Por otras causales | 84 | 97.7 |
| TOTAL | 86 | 100.0 |

FUENTE: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

GRÁFICA N° 03

Causal de improcedencia de las demandas de tenencia en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2013-2016



FUENTE: Tabla N° 08

En la tabla N° 08 observamos que del total de las demandas de tenencia que fueron declarados improcedentes, o aquellas demandas que fueron rechazadas por no haberse subsanado la inadmisibilidad, el 2.3% de ellos merecieron dicha calificación porque la demanda fue interpuesta por persona distinta que los padres del menor; mientras el 97.7% fueron calificados en ese sentido por estar incursas en otras causales de improcedencia.

Este cuadro nos hace ver la existencia de casos de demanda de tenencia interpuesta por persona distinta que los padres, por cuanto de hecho tienen en su poder. Sin embargo, estas demandas fueron declaradas improcedentes, porque los Jueces de Familia, en aplicación de la normatividad vigente consideran que los solicitantes no tienen legitimidad por no tener la patria potestad del menor.

Como ejemplo de las calificaciones negativas de las demandas de tenencia, por haber sido interpuesta por persona distinta que los padres tenemos el siguiente:

2° JUZGADO MIXTO - Sede MBJ Paucarpata
EXPEDIENTE : 00780-2013-0-0412-JM-FC-02
MATERIA : TENENCIA
ESPECIALISTA : MERCY YANELLA, APAZA CALCINA
DEMANDADO : CONDORI TIPO, JOSE LUIS
: YAURI APAZA, LOURDES GRACIELA
DEMANDANTE : TIPO DE CONDORI, LORENZA

RESOLUCIÓN N°. 1

Paucarpata, dos mil trece abril nueve.-

VISTOS: La demanda y anexos que anteceden; y

CONSIDERANDO: Que,

PRIMERO.- Para calificar una demanda o medida cautelar, necesariamente debe revisarse los llamados presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Los primeros, son los requisitos de la demanda, la capacidad procesal de las partes y la competencia del órgano jurisdiccional para la existencia de una relación jurídica procesal válida; y, los segundos son el interés y la legitimidad para obrar, que son elementos necesarios para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

SEGUNDO.-

Luis Alberto Rodríguez Pantigoso
Juez del Segundo Juzgado Mixto
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata



2.1. La Corte Suprema en la Cas. N° 1805-2000-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 30 de enero del año 2001, página 6810, estableció que *la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere a la Ley a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos, siendo la tenencia un atributo de la patria potestad.*

2.2. Siendo que los padres del menor C.D.C.Y. no han sido privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad conforme a las causales previstas por el artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes, se concluye que la tenencia sólo puede ser concedida a favor de cualquiera de ellos y así lo resolvió la Corte Suprema en la Casación N° 1738-2000-Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 30 de abril del año 2001 en la página 7161 al disponer que *la tenencia es un institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el 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 bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.*

2.3. Estando a lo expuesto en aplicación del artículo 427 inciso 1 del Código procesal civil debe desestimarse la demanda al no tener legitimidad para obrar la demandante por ser la abuela del menor, el que a su vez cuenta con sus progenitores que tienen la patria potestad respecto del él; esto sin perjuicio de hacer valer los hechos alegados en el proceso destinado a suspender la patria potestad a los padres y obtener el cuidado del menor conforme a Ley; por lo que,

RESUELVO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda. **DISPONGO** el archivo del expediente previa devolución de anexos. Regístrese y comuníquese.



Luis Alberto Rodríguez Pantigoso
Juez del Segundo Juzgado Mixto
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

En este caso, la señora Lorenza Tipo de Condori, en su condición de abuela materna, solicita la tenencia de su nieto C.D.C.Y., por cuanto este menor se encuentra a su cargo.

El Juzgado al calificar la demanda revisa si se cumple con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, señalando que los primeros son los requisitos de la demanda, la capacidad procesal de las partes y la competencia del órgano jurisdiccional para la existencia de una relación jurídica procesal válida; y, los segundos son el interés y la legitimidad para obrar, que son elementos necesarios para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

En ello el Juzgado apoyándose en la Casación N° 1805-2000-Lima, señala que la tenencia es un atributo de la tenencia, es decir, un derecho exclusivo de los padres. Por ello, considerando que en el presente caso “los padres del menor C.D.C.Y. no han sido privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad conforme a las causales previstas por el artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes” declara improcedente la demanda, pues considera que la tenencia sólo puede ser concedida a favor de cualquiera de los padres, más no a favor de persona distinta que los padres, en este caso la abuela.

Además el juez de la causa, ampara su posición en la Casación N° 1738-2000-Callao, que dispone que “la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres, ella le corresponderá al otro” (Casación N° 1738-2000-Callao, considerando sexto).

Esta casación habla del otorgamiento de la tenencia en aplicación literal del artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes, válido para

su tiempo; sin embargo, actualmente este fundamento no sería lo más acertado, puesto que la Corte Suprema y otros Juzgados ya vienen adoptando un criterio diferente.

Tal es así que nuestra Corte Suprema en la Casación N° 4881-2009-Amazonas, valorando el vínculo afectivo que se ha desarrollado entre los abuelos maternos y su nieta, por lo que alejar a la menor de la presencia de los abuelos maternos implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social lo que no se condice con lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que “en virtud a esta disposición [se refiere al artículo 81° del CNA] 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” (Casación N° 4881-2009-Amazonas, considerando noveno)

Asimismo, contamos con un Pleno Jurisdiccional de Familia de Lima Este, celebrado en noviembre del 2017, que ha concluido señalando: “Excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño” (Pleno Jurisdiccional de Familia Lima Este, 2017, conclusión).

Por ello consideramos que el auto admisorio analizado yerra al entender a la tenencia como derecho exclusivo de los padres y aplicar el artículo exclusivamente en su sentido literal, pues como en la Casación N° 4881-2009-Amazonas, se debió analizar de una manera amplia, valorando el lazo de afectividad que une al menor con su

abuela y priorizando el interés superior del menor frente a cualquier otro derecho o principio procesal, a fin de permitir el desarrollo integral del menor.

5.4. OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES EN LA JURISPRUDENCIA

5.4.1. OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE MENORES A LOS ABUELOS

Cuando hablamos de la familia, pensamos en los padres y los hijos. Sin embargo, ello solo es la familia nuclear. En la realidad la familia es más amplia, comprende a toda persona con quien uno tiene algún vínculo de familiaridad, como vínculos matrimoniales, de parentesco o de afinidad. Así, además de padres e hijos, están los hermanos, abuelos, tíos, primos, bisabuelos, etc.

De este grupo de familiares, en nuestro país no es secreto, que en muchos hogares, los abuelos se ocupan de hecho de la tenencia los nietos.

La estadística nacional confirma esta afirmación. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2015, contábamos con una población de 31 151 643 habitantes, de los cuales el 33,5% (10 435 373) son niños y adolescentes (INEI, 2015, 49). En los censos del 2017, esta cifra se eleva aún más, sin embargo aún no se cuenta con cifra oficiales.

En otra estadística, en el Informe Técnico No 2, correspondiente al trimestre enero-marzo del 2018, el INEI señala que “el 54,0% de los hogares tiene entre sus miembros al menos una persona menor de 18 años” (INEI, 2018, 1).

Del grupo anterior, “el 76,7% de las niñas, niños y adolescentes son hijas y/o hijos de la jefa o jefe del hogar; el 20,5% son nietas o nietos y el 2,8% son otros parientes” (INEI, 2018, 2).

Cuando señala jefe o jefa de hogar indica que el menor depende de esta persona. Por lo que los 76,7% de los niños y niñas viven con sus padres, mientras el 20,5% de los niños y niñas (alrededor 2 139 251) se encuentran bajo el poder de los abuelos. Por esta razón, es que las resoluciones judiciales que a continuación se señalan son muy importantes.



TABLA N° 09
CASACIÓN N° 4774-2006 - LA LIBERTAD, QUE OTORGA LA TENENCIA DE MENOR A ABUELA MATERNA

| <p>ÓRGANO JUDICIAL : Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República Resolución : Casación N° 4774-2006 - La Libertad MATERIA : Tenencia y custodia de menor. DEMANDANTE : Jorge García Idrogo DEMANDADA : Rosa Concepción Domínguez</p> | | |
|--|--|---|
| MATERIA DEL RECURSO | FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA | FALLO |
| <p>Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Jorge García Idrogo, en contra de la Sentencia de Vista que confirma la sentencia de mérito apelada, que en aplicación del principio del interés superior del niño otorga la tenencia de la menor a la abuela materna</p> <p>El recurrente invoca las causales en que se funda su recurso, que son:</p> <p>i) La contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso;</p> <p>ii) La inaplicación de los artículos 423 inciso 5) del Código Civil; artículo 74 literal e) del Código de Niños y Adolescentes y causales previstas en el artículo 386 incisos 2) y 3) del Código Procesal Civil.</p> | <p>La Sala Suprema, señala que “de la revisión de las sentencias de mérito fluye que ni el A Quo ni el Ad Quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya tenencia reclama a través de la presente demanda, sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del CNA, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo mas beneficioso para el desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna” (considerando sexto).</p> <p>En base a dicho argumento, declara improcedente el recurso de casación, confirmándose la tenencia a favor de la abuela materna, otorgada en sentencia de primera instancia, en aplicación del principio del interés superior del niño.</p> | <p>Analizando las causales invocadas, la Sala señala que ninguna de las causales invocadas satisfacen los requisitos de fondo previstos en el citado artículo 388 inciso 2) del Código Procesal Civil, no habiendo lugar por tanto, a admitir a trámite el presente recurso; declararon: IMPROCEDENTE el recurso de casación, interpuesto por Jorge García Idrogo, contra la resolución de vista de fojas doscientos treinta y nueve, su fecha veintinueve de setiembre del dos mil seis; CONDENARON al recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; ORDENARON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.</p> |

FUENTE: Elaboración propia

En la tabla 09, vemos un caso de otorgamiento de tenencia de una menor a la abuela materna, en aplicación del interés superior del niño, existiendo el padre con patria potestad vigente.

En este caso el demandante Jorge García Idrogo interpone recurso de casación en contra de la Sentencia de Vista que confirma la sentencia de primera instancia, que haciendo prevalecer el principio del interés superior del niño otorgó la tenencia de su menor hija a favor de la abuela materna.

Frente a ello, mediante esta casación, la Sala Suprema declara improcedente el recurso interpuesto, por lo tanto no se pronuncia sobre el fondo. Sin embargo, los vocales de la Corte Suprema dejan en claro que la sentencia de vista “se encuentra debidamente motivada, expresando los fundamentos de hecho y de derecho en forma, ordenada, clara y conservando un orden lógico en especial respecto de la valoración que hacen de los medios probatorios y las conclusiones a las que conducen, vale decir, evidencia logicidad en su contenido” (Casación N° 4774-2006-La Libertad, considerando cuarto), y bajo esa apreciación declara improcedente la casación interpuesta.

Por otra parte frente la supuesta inaplicación de los artículos 423, inciso 5) del Código Civil y 74°, inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes, refiriendo a que la patria potestad corresponde a los padres, el cual comprende el derecho y deber de tener a los hijos en su compañía, por tanto, este derecho no le corresponde a ningún otro pariente que no sean los padres, por lo que al fallecer la madre de la menor, la patria potestad le corresponde en exclusiva al padre sobreviviente; la Corte Suprema expresa que: “Ni el A Quo ni el Ad Quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya tenencia reclama a través de la presente demanda, sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del interés superior del niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna; argumentación jurídica que el actor no ha desvirtuado” (Casación N° 4774-2006-La Libertad, considerando sexto).

La casación en comentario, al declarar improcedente el recurso interpuesto, deja consentida la Sentencia de Vista y la sentencia de primera instancia que había otorgado la tenencia de la menor a favor de su abuela, sin suspender la patria potestad al padre.

A pesar que la casación ha sido declarada improcedente, la Sala Suprema deja en claro tres cosas: primero que en cualquier proceso donde intervienen menores o se discuten sus derechos debe priorizarse el principio del interés superior del niño, niña y adolescente; segundo, que una de las formas de priorizar el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, es buscando lo más beneficioso para el desarrollo integral de la menor, lo cual se consigue dejando que ésta continúe bajo el cuidado de su abuela materna; y tercero, que para otorgar la tenencia de la niña a la abuela materna no es necesario la suspensión de la patria potestad del padre.

En ese sentido, esta sentencia casatoria nos muestra que es procedente otorgar tenencia de una menor (o un menor) a una persona distinta que los padres, sin que sea necesario suspender la patria potestad. En otras palabras, nos deja entender que la tenencia de niños, niñas y adolescentes, no es derecho exclusivo de los padres.

TABLA N° 10

SENTENCIA DE VISTA EN EL EXPEDIENTE N° 01432-2009-0-1801-SP-FC-02 DE LA SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA DE LIMA, QUE OTORGA TENENCIA DE MENOR AL ABUELO

| ÓRGANO JUDICIAL : Segunda Sala Especializada De Familia de Lima Resolución : Resolución Siete. Sentencia de Vista de fecha 02 de Febrero del 2010 MATERIA : Tenencia de menor. DEMANDANTE : Carlos Manuel Castro López DEMANDANTE : Romeo Pérez Yáñez | | |
|--|---|--|
| MATERIA DEL RECURSO | FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE VISTA | FALLO |
| <p>Se trata de las apelaciones interpuestas por Carlos Manuel Castro López (padre) y Romeo Pérez Yáñez (abuelo materno) contra la sentencia que otorgó tenencia compartida del menor C.M.C.P, pues éste es un proceso de tenencia acumulada, donde ambos demandaron la tenencia.</p> <p>El padre del menor sustentan su recurso señalando que la sentencia perjudica gravemente su derecho a la tenencia y custodia de su menor hijo, desnaturaliza lo prescrito en los artículos 81 y 84 del CNA, al disponer la tenencia compartida regulada, que es reservada estrictamente a la existencia de conflicto entre los progenitores del niño.</p> <p>El abuelo materno denuncia que la resolución apelada es abusiva y prevaricatoria, ya que vulnera el derecho que le corresponde como abuelo materno en tanto representa a su hija fallecida, contraviniendo así el artículo 84, inciso a) del CNA, pues la tenencia debió ser otorgada solo a su favor.</p> | <p>La Sala valorando la prueba de oficio consistente en los informes sociales en los domicilios de las partes, concluye que el abuelo tiene un hogar constituido y el niño se encuentra identificado con sus abuelos maternos, vive en armonía, afecto, amor, cariño, siente el calor familiar de todos lo que lo rodean en la casa de los abuelos maternos, lo que no es el caso del padre que tiene un hogar disfuncional.</p> <p>Asimismo el menor ha convivido mayor parte del tiempo con la madre y a partir de su deceso, con los abuelos maternos, que a pesar de la pérdida de su progenitora se ha desarrollado de manera favorable a su edad y bienestar. Por lo que conforme al inciso a) del artículo 84 del CNA el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. En este caso con los abuelos en aplicación del principio del interés superior del niño.</p> | <p>Por los fundamentos expuestos, en concordancia con el principio del interés superior del niño y adolescente previsto en el artículo IX del CNA y el artículo 3° de la convención sobre los Derechos del Niño, CONFIRMARON la sentencia que declara fundada la demanda acumulada de tenencia interpuesta por don Romeo Pérez Yáñez., en su calidad de abuelo materno, respecto al menor C.M.C.P., REVOCARON la sentencia en el extremo que declaraba fundada en parte la demanda de tenencia interpuesta por don Carlos Manuel Castro López en su calidad de progenitor, REFORMÁNDOLA declararon infundados dicho extremo, y fijaron régimen de visitas para Carlos Manuel Castro López conforme se detalla en la sentencia de vista.</p> <p>Contra esta Sentencia de Vista se interpone casación que veremos en la siguiente tabla.</p> |

FUENTE: Elaboración propia

TABLA N° 11
CASACIÓN N° 1215 – 2010-LIMA, QUE OTORGA LA TENENCIA DE MENOR A ABUELO MATERNA

| <p>ÓRGANO JUDICIAL : Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República RESOLUCIÓN : Casación N° 1215 – 2010-Lima MATERIA : Tenencia y custodia de menor. DEMANDANTE : Carlos Manuel Castro López DEMANDANTE : Romeo Pérez Yáñez</p> | | |
|--|--|--|
| MATERIA DEL RECURSO | FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA | FALLO |
| <p>Se trata del recurso de casación interpuesto por Carlos Manuel Castro López contra la sentencia de vista de fecha 25 de enero del 2010 que confirma la sentencia de primera instancia en el extremo que declara fundada la demanda acumulada de tenencia interpuesto por Romeo Pérez Yáñez y la revoca en cuanto declara fundada en parte la demanda de tenencia interpuesta por Carlos Manuel Castro López y reformando la declara infundada.</p> <p>Invoca como causal la infracción normativa que afecta las garantías del derecho al debido proceso, falta de motivación, errores en el razonamiento judicial y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de la sentencia, consistente en la omisión de valorar todos los medios probatorios aportados al proceso (artículo 197 del CPC). Para la infracción de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (artículos 74, 81, 83 del CNA, artículo 423 del CPC y artículo 9 inc. 1 de la Convención sobre Derechos del Niño).</p> | <p>La Sala Suprema, señala que la causal denunciada en el recurso de casación así propuesta no puede prosperar, habida cuenta que no cumple con las exigencias establecidas en los incisos 2 y 3 del artículo 388 del CPC, pues no describe con claridad y precisión la infracción normativa denunciada. No se advierte la incidencia directa de la infracción denunciada, limitándose a señalar fundamentos fácticos sin cumplir con establecer de manera clara y precisa en que consistió la infracción denunciada, pues los argumentos alegados ya fueron debidamente dilucidados en la sentencia de primera instancia, aplicando el principio del interés superior del niño.</p> | <p>Analizando las causales invocadas, la Sala declara IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto mil noventa y uno por Carlos Manuel Castro López, DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en los seguidos por Carlos Manuel Castro López con Romeo Pérez Yáñez, sobre tenencia y custodia de menor.</p> <p>De esta manera se estaría confirmando la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Especializada De Familia de Lima, referida en la tabla anterior.</p> |

FUENTE: Elaboración propia

En la tabla N° 10 y N° 11 observamos otro caso de otorgamiento de tenencia de menor a favor del abuelo materno.

Se trata de un proceso acumulado, donde Carlos Manuel Castro López (padre del menor) y el señor Romeo Pérez Yáñez (abuelo materno), interponen cada uno su propia demanda de tenencia y custodia respecto al menor C.M.C.P., cuya madre falleció y desde la fecha de fallecimiento de la madre convive con los abuelos.

En primera instancia el juez declara fundada ambas demandas. Es decir, otorgó tenencia compartida a ambos demandantes. Esta sentencia fue apelada por ambas partes. El abuelo reclamando que se le debió otorgar tenencia exclusiva y el padre denunciando que no se debió otorgar la tenencia al abuelo, porque considera que la tenencia es derecho exclusivo del padre. Al resolver las apelaciones, la Sala Superior confirma la sentencia de primera instancia en el extremo que declara fundada la demanda interpuesta por el abuelo, y revoca el extremo que declaraba fundada la demanda de tenencia a favor del padre, y reformándola declara infundada.

Para emitir su fallo, la Sala Superior señala que “el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece en su inciso a), que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: ‘El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable’, norma que resulta de aplicación extensiva para el caso de los abuelos que solicitan la custodia de su nieto, en razón a las circunstancias particulares del presente caso” (Sentencia de Vista, considerando octavo). Por otra parte, señala que “debe acotarse que el mismo artículo en su inciso c) señala que ‘para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescentes debe señalarse un régimen de visitas’, derecho que tiene por finalidad afianzar los lazos paterno-filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor, así como que las visitas no solo es un derecho de los padres, sino también de los hijos” (sentencia de vista, considerando octavo).

En contra de la sentencia de vista el padre del menor interpone recurso de casación, alegando infracción normativa que afecta las garantías del derecho al debido proceso, falta de motivación, errores en el razonamiento judicial y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de la sentencia,

consistente en la omisión de valorar todos los medios probatorios aportados al proceso (artículo 197 del CPC), así como la infracción de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (artículos 74, 81, 83 del CNA, artículo 423 del CPC y artículo 9 inc. 1 de la Convención sobre Derechos del Niño)

Frente a ello, la Corte Suprema señala que “los argumentos alegados ya fueron debidamente dilucidados en la sentencia de primera instancia donde por el principio del interés superior del niño, se determinó que en el presente caso resulta aplicable lo dispuesto en la parte in fine del artículo 340 del Código Civil, extremo que no fue cuestionado por el recurrente, en tal sentido dicho argumento no puede ser acogido” (Casación 1215–2010-LIMA, 2010, considerando quinto). En base a ello, la Sala Suprema declara improcedente el recurso de casación, sin pronunciarse sobre el fondo.

Análisis de las sentencias

El Código de Niños y Adolescente regula los artículos 81° al 87° sobre la tenencia de niños y adolescentes. Sin embargo, ninguna de ellas regula explícitamente sobre el otorgamiento de tenencia a los abuelos, ni a ningún otro familiar que no sean los padres. Sin embargo, en el presente caso se otorga la tenencia a los abuelos, en primera instancia para ser ejercida de manera compartida con el padre del menor y en segunda instancia como tenencia exclusiva a favor de los abuelos, y la casación es declarada improcedente.

Entre la consideración más importante de la Sala Superior de Familia, para otorgar la tenencia al abuelo y un régimen de visitas a favor del padre, encontramos la aplicación extensiva del artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, en base a que el menor ha convivido mayor tiempo con los abuelos maternos.

El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, que establece los criterios para el otorgamiento de la tenencia, señala 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; 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” (CNA, 2000, artículo 84).

Si bien la redacción literal de esta norma solamente menciona al progenitor como titular para solicitar la tenencia y no así a otros parientes, como el caso de los abuelos, creemos correcto el criterio utilizado por la Sala, en salvaguarda del interés superior del menor haya interpretado extensivamente el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, valorando que con los abuelos haya permanecido más tiempo pues resalta que “el menor involucrado en el presente proceso ha convivido mayor parte del tiempo con la madre y a partir de su deceso, con los abuelos maternos, asimismo es menester considerar que el menor de edad, a pesar de la pérdida de su progenitora se ha desarrollado de manera favorable a su edad y bienestar, tal como aparece de los documentos fotográficos y libretas de notas” (sentencia de vista, considerando séptimo). Es decir, los abuelos maternos serían los que mejor garantizan el derecho del niño.

Como podemos ver la aplicación extensiva se sustenta en lo que es más favorable al menor, vistas las particulares circunstancias del caso concreto, al haberse constatado que el hogar de los abuelos maternos era un hogar constituido y armónico, mientras que el del padre era un hogar disfuncional. También se consideran las fotos y la libreta de notas del menor para constatar que este se ha desarrollado de manera favorable a su edad y bienestar al lado de sus abuelos maternos. Mientras respecto al padre se encuentra algo negativo el hecho de haber sido condenado como autor de faltas contra la persona en agravio del menor, lo cual es un antecedente que necesariamente debe valorarse en proceso como el presente.

Por ello es correcto que la Sala Superior de Familia haya llegado a concluir que para el menor es más idóneo permanecer con los abuelos maternos en salvaguarda de su interés superior. Creemos correcto este proceder, por cuanto de esta manera se garantiza el interés superior y los derechos del menor, lo que no sería posible si se aplica la norma al pie de la letra, pues se actuaría en perjuicio del interés del menor. Ello muestra que es posible otorgar la tenencia de

menores a personas distintas que los progenitores, sin que sea necesario quitar o suspender la patria potestad a los padres.

Por otra parte, ya en sede de la Corte Suprema la casación ha sido declarada improcedente, sin pronunciarse sobre el fondo. Sin embargo, con ello indirectamente queda confirmada la sentencia de vista. En la casación, la Corte Suprema, también deja en claro que es posible el otorgamiento de la tenencia de niños y adolescentes a personas diferentes que los progenitores, sin suspender o quitar la patria potestad, en aras de salvaguardar el principio constitucional del interés superior del niño.

A partir de la casación emitida en este proceso podemos establecer algunos presupuestos o condiciones para el otorgamiento de tenencia a los abuelos, como podría ser a otros familiares e incluso a personas que no tengan familiaridad. Primeramente se debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, y para el caso específico de tenencia el artículo 81° del mismo cuerpo legal; valorar la convivencia con la persona a quien se le quiere otorgar la tenencia y que ésta haya sido favorable para el desarrollo y el interés superior del menor (en aplicación extensiva del artículo 84° del CNA), y que por el bienestar de los niños la tenencia, incluso se puede confiar a terceras personas, aplicando el artículo 340 del Código Civil.

Como señala Varsi Rospigliosi (2011) “la relación de abuelidad o abuelitud, luego de la paterno-filiales, representan una enorme trascendencia en el Derecho de Familia” (p. 300), por lo que no debemos quedarnos mirando de lejos que muchos abuelos tienen de hecho a sus nietos (ello lo demuestra la estadística que referimos al inicio), sino debemos buscar garantizar el interés superior de los niños, reconociendo a los abuelos el derecho de tenencia de sus nietos.

TABLA N° 12
CASACIÓN N° 4881-2009 – AMAZONAS, QUE OTORGA TENENCIA DE MENOR A LOS ABUELOS

| <p>ÓRGANO JUDICIAL : Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República EXPEDIENTE : Casación N° 4881-2009 – Amazonas MATERIA : Tenencia y tutela del menor. DEMANDANTE : Delia Pisco Gonzáles y Juan Bautista Grandez Silva DEMANDADO : Hugo Franklin Vásquez Ventura</p> | | |
|---|---|---|
| MATERIA DEL RECURSO | FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN | FALLO |
| <p>Se trata del recurso de casación interpuestos por Delia Pisco Gonzáles y Juan Bautista Grandez Silva, 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, del 26 de agosto del 2009, que revocando la sentencia apelada declara infundada la demanda de tenencia y tutela de menor.</p> <p>Los señores Delia Pisco Gonzáles y Juan Bautista Grandez Silva interponen el presente recurso denunciando la 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</p> <p>El Ministerio Público interpone su recurso denunciando: a) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y, b) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.</p> | <p>La Sala advierte que la sentencia recurrida revoca la apelada que declaraba fundada la demanda de tenencia y tutela de menor, declarando infundada, pues considera que la tenencia fija la relación exclusiva entre padre e hijo mas no entre abuelo y nieto.</p> <p>Luego, analizando los alcances de la tenencia y del principio del interés superior, señala que “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 éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, sin embargo, la figura que comenta también faculta al juez a resolver la tenencia teniendo como norte el interés superior del niño” (considerando sexto).</p> <p>En base a ello, atendiendo el principio del interés superior del niño, resuelve entregar la tenencia y tutela a favor de los abuelos maternos.</p> | <p>La Sala en base a sus fundamentos, de conformidad con lo regulado en el primer párrafo del artículo 396 del CPC:</p> <p>a) Declararon FUNDADOS los recursos de casación interpuestos por Juan Bautista Grandez Silva, Delia Pisco Gonzáles 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.</p> <p>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.</p> <p>c) DISPUSIERON La publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano.</p> |

FUENTE: Elaboración propia

En la tabla N° 12 tenemos otro caso de otorgamiento de tenencia de una menor a los abuelos, existiendo el padre que goza de patria potestad.

La demanda fue interpuesta por los abuelos de la menor Delia Pisco Gonzáles y Juan Bautista Grandez Silva en contra de Hugo Franklin Vásquez Ventura, solicitando la tenencia y custodia de su nieta, quien vive con los abuelos desde que su madre ha fallecido, la misma que en primera instancia fue declarada fundada, pero en apelación la Sala Superior revocándola declara infundada la demanda.

Por ello, los demandantes Delia Pisco Gonzáles y Juan Bautista Grandez Silva, así como el Ministerio Público, interponen casación en contra de la Sentencia de Vista expedida por la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que revocando la sentencia apelada declara infundada la demanda de tenencia y tutela de menor.

La Sala Suprema al resolver el recurso de casación advierte que en el presente caso, se trata de una menor huérfana de madre y que vive con los abuelos maternos desde la muerte de su madre, desde que tenía tan solo siete meses de nacida, por lo que el único vínculo afectivo que se ha establecido es con los abuelos, quienes también han suplido todas sus necesidades, afectivas y materiales. Respecto al padre, se advierte que es policía, por lo que por situaciones de trabajo se encuentra obligado a cambiar constantemente de domicilio, y se ha verificado en el proceso, que vive solo en un cuarto muy pequeño y sin baño propio, y se alimenta en pensión, por lo que al otorgarle tenencia, la hija tendría que quedarse con su abuelo paterno y con la esposa de éste, 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 éste.

En base a esta apreciación, priorizando el principio del interés superior de la menor declara fundada la casación y se otorga la tenencia y tutela de la menor a los abuelos maternos. Con ello, la Corte Suprema establece un precedente de la procedencia del otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a los abuelos, en salvaguarda del principio del interés

superior del niño y adolescente, valorando entre ellos la convivencia mantenida con los abuelos y que ésta haya sido favorable al desarrollo del menor, frente a la situación del padre que no ofrece las condiciones óptimas que favorezcan el desarrollo de la menor.

Análisis de la sentencia casatoria

En este caso se discute la tenencia de una menor entre los abuelos maternos y el padre de la menor. Para los abuelos no es nada fácil lograr la tenencia de su nieta, por cuanto nuestra legislación no ha regulado en ese sentido. Sin embargo, la Corte Suprema les otorga a los abuelos la tenencia de su nieta que desde la muerte de la madre de la niña tenían en su poder.

La sentencia casatoria es un referente muy importante para solucionar casos como el presente, pues analiza de una manera didáctica la situación debatida y el otorgamiento de la tenencia a los abuelos, valorando la situación de relaciones de la niña, de los abuelos, del padre y la aplicación del principio del interés superior del niño. Al respecto, la Corte Suprema encuentra y valora lo siguiente:

- La niña es huérfana de madre y vive desde la muerte de su madre (siete meses de nacida) con los abuelos maternos, por lo que el único vínculo afectivo que se ha establecido es con ellos, y son ellos los que han suplido todas sus necesidades, afectivas y materiales.
- Las condiciones sociales, morales y económicas de los abuelos son óptimas para el crecimiento y desarrollo que todo niño merece, que hasta la fecha a la menor le han brindado un hogar constituido y permanente, teniéndolos con buena salud y los cuidados adecuados para su edad.
- 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, come en pensión, además debe tenerse en cuenta que por razones de trabajo como policía, tiene que estar cambiando de un lugar a otro, y dejaría a la menor con su abuelo y esposa, que no es su abuela.

Bajo estas condiciones es que se debe tomar la decisión de otorgar la tenencia, bien al padre o a los abuelos maternos. Creemos correcto el proceder de la Corte Suprema, pues a pesar que nuestra legislación no ha previsto expresamente la posibilidad de otorgar la tenencia a personas distintas que los padres, el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación de casos como el presente, por lo 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” (Casación N° 4881-2009 – Amazonas, 2012, considerando quinto).

Además de ello, como lo ha hecho la Corte Suprema, debemos tener en cuenta que “si bien la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse éstos 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 comentario también faculta al juez a resolver la tenencia teniendo como norte el interés superior del niño” (Casación N° 4881-2009 – Amazonas, 2012, considerando sexto).

En ese sentido, en el presente caso, encontramos que lo más saludable para la niña es mantener los fuertes lazos afectivos que se ha establecido con sus abuelos, toda vez que los abuelos fueron las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y que se encargaron de su cuidado, por lo que, alejarla de sus abuelos maternos implicaría la pérdida de su estabilidad emocional y de un hogar constituido y permanente. Quebrar esa continuidad de relaciones de la niña con sus abuelos significaría un trauma emocional para la menor, lo que no favorecería su desarrollo integral. Por lo que correspondería entregar la tenencia de la menor a los abuelos paternos.

Concordamos con lo resuelto en la sentencia casatoria, pues siendo que desde el fallecimiento de la madre de la niña, fueron los abuelos maternos de la menor quienes se hicieron cargo de ella y que debido a dicho fallecimiento la continuidad del vínculo afectivo se entabló entre la menor y los abuelos, perturbar dicho vínculo ocasionaría una pérdida de la estabilidad emocional en la menor, lo cual no se condice con lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Asimismo compartimos plenamente el razonamiento de la Sala Suprema cuando señala que en virtud del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, el juez está facultado para otorgar la tenencia salvaguardando lo más favorable para el menor. Por ello, teniendo en cuenta la situación descrita en el presente caso, otorgar la tenencia a los abuelos no contraviene lo prescrito por el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes, más aun teniendo en cuenta que el padre de la menor no reúne las condiciones óptimas para el crecimiento que la menor requiere, lo cual se refleja en la falta de un ambiente adecuado para la menor, la constante variación de domicilio por motivos laborales, la imposibilidad de mantener a su lado durante los largos periodos que se ausenta por motivos de trabajo, etc.

Por otra parte, en la sentencia casatoria la Sala Suprema otorga la tenencia y tutela a los abuelos maternos y no así al padre, conjugando ambas instituciones, y otorga régimen de visitas al padre a fin de afianzar el vínculo afectivo entre el padre y la menor. De lo que se trata, es velar por el adecuado desarrollo de la menor, por encima de que legalmente la tenencia esté regulada como derecho de los padres solamente.

Esta sentencia es otra que demuestra que sí es posible otorgar la tenencia a los abuelos sin que sea necesario quitar o suspender la patria potestad.

TABLA N° 13
EL PLENO JURISDICCIONAL DE FAMILIA DE LIMA ESTE DEL 2017

| ÓRGANO JUDICIAL | : Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de Familia | |
|--|--|---|
| EXPEDIENTE | : ACTA DE PLENO JURISDICCIONAL | |
| MATERIA | : La legitimidad e interés para obrar de los abuelos para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos | |
| FECHA | : 17 de Noviembre de 2017 | |
| MATERIA DEL RECURSO | FUNDAMENTOS | CONCLUSIÓN |
| <p>PROBLEMA PLANTEADO ¿Los abuelos tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos?</p> <p>PRIMERA PONENCIA: “Los abuelos no tienen legitimidad ni interés para interponer la demanda de tenencia y custodia de sus nietos por ser una facultad estrictamente de la patria potestad, debiendo declararse improcedente la demanda interpuesta, de conformidad con el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes”.</p> <p>SEGUNDA PONENCIA: “Excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda, en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño”.</p> | <p>RESPECTO DE LA PRIMERA PONENCIA: “La responsabilidad de la custodia de los hijos es exclusiva de los progenitores, no pudiendo ser delegada a otros miembros de la familia extensa, conforme establece el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.</p> <p>RESPECTO DE LA SEGUNDA PONENCIA: Resaltando las exigencias del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, señalan: “teniendo en cuenta que ante el hecho de determinar la guarda y cuidado de los niños, los abuelos como miembros de la familia están legitimados moralmente para poder accionar la tenencia; toda vez, que el artículo 81° del CNA no lo prohíbe; es más, lo advierte al señalar que: “cuando resulte perjudicial para él (niño, niña) la tenencia la resolverá el Juez Especializado”, por lo que en aplicación del interés superior del niño, los abuelos están facultados para acciona la custodia de sus nietos.</p> | <p>Después del debate, los jueces participantes aprueba POR MAYORÍA la SEGUNDA PONENCIA que precisa básicamente lo siguiente:</p> <p>Excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño.</p> |

FUENTE: Elaboración propia

La tabla N° 13 está referido al Pleno Jurisdiccional de Familia de Lima Este, celebrado el 17 de noviembre del 2017, a fin de dilucidar si los abuelos tienen o no legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos.

Debemos tener en cuenta que un pleno jurisdiccional es aquella donde se reúnen un grupo de jueces (cuyo número puede variar dependiendo del tipo de Pleno que se esté celebrando) “para debatir sobre ciertos temas polémicos que se presentan con frecuencia en la práctica judicial. Entiéndase polémicos como temas en donde los jueces tienen opiniones dispares, de manera que emiten sentencias que, pese a tratar el mismo asunto, tienen sentidos diferentes o hasta contradictorios entre sí”(Ninamanco, 2016, 9). Estos plenos se sustentan en lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que señala: “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”. De modo que constituyen orientaciones para que los jueces en casos similares puedan utilizar la directriz trazada.

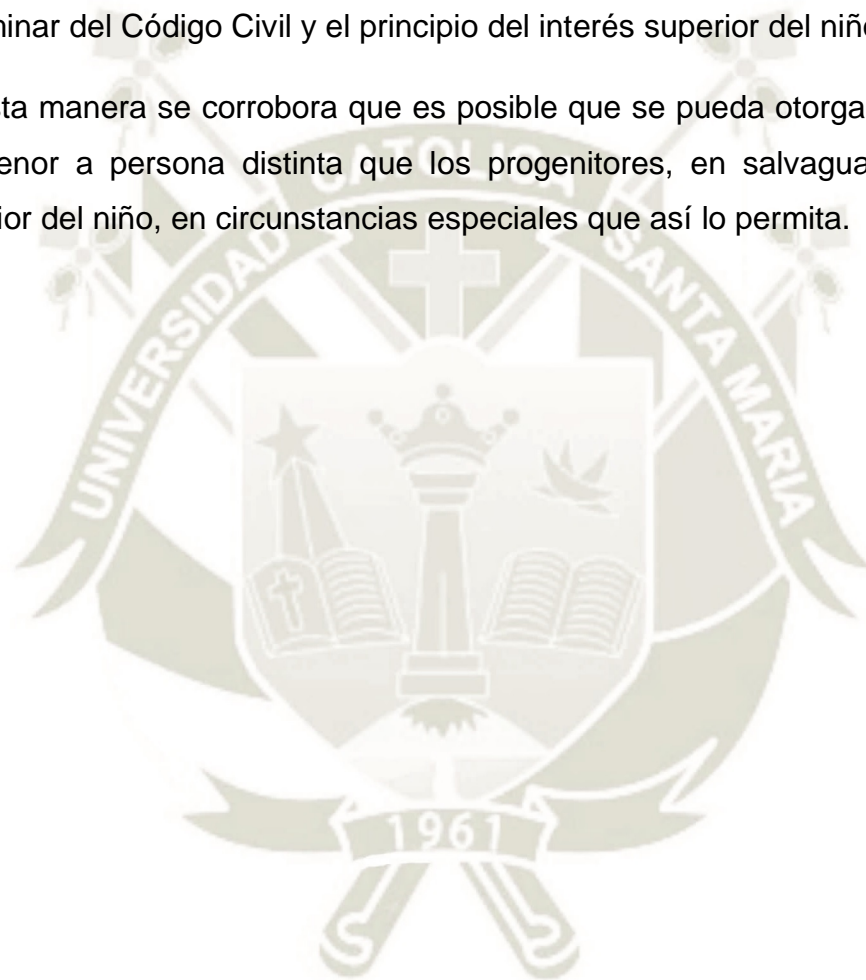
En el presente caso, el pleno se celebró básicamente con la finalidad de debatir y llegar a una conclusión uniforme sobre si los abuelos tenían legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, toda vez que en los Juzgados de Familia de San Juan de Lurigancho se venían expidiendo resoluciones contrarias.

Se debatió dos posiciones o ponencias, la primera en contra y la segunda a favor. La segunda ponencia defendía que en aplicación del interés superior del niño, los abuelos están facultados para accionar la tenencia y custodia de sus nietos.

Después del debate, por mayoría se impone la segunda posición, por lo que el Pleno llega a la siguiente conclusión: “excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño” (PJ, 2017, conclusión del Pleno).

Como podemos ver, el pleno jurisdiccional de familia concluyó que en aplicación del principio del interés superior del niño, de conformidad con el artículo 81 del Código de Niños y adolescentes, es viable, que los abuelos interpongan demanda de tenencia y custodia de sus nietos, por supuesto debe entenderse que procederá siempre que existan circunstancias especiales que ameriten, por lo que en caso de presentarse demanda sobre la materia, ésta debe admitirse en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el principio del interés superior del niño.

De esta manera se corrobora que es posible que se pueda otorgar la tenencia de un menor a persona distinta que los progenitores, en salvaguarda del interés superior del niño, en circunstancias especiales que así lo permita.



5.4.2. OTORGAMIENTO DE TENENCIA A TÍOS

Al inicio de esta sección describimos algunas estadísticas, entre ellos que en “el 76,7% de las niñas, niños y adolescentes son hijas y/o hijos de la jefa o jefe del hogar; el 20,5% son nietas o nietos y el 2,8% son otros parientes” (INEI, 2018, 2). Es decir, el 2,8% de los niños, alrededor 292 190, se encuentran bajo el poder de otros familiares, no con los padres ni los abuelos.

Entre estos familiares se encuentran los tíos, hermanos, primos, entre otros familiares. En la vida real es cierto que algunos niños no vivan con sus padres, sino con otros familiares, e incluso con personas que no son sus familiares, como los patrones, los padrinos, aunque las estadísticas no explicitan ello.

A continuación existe una casación que resuelve un caso de conflicto por tenencia de una menor, entre la madre del menor y los tíos.

TABLA N° 14

CASACIÓN 4710-2006-ICA QUE OTORGA LA TENENCIA DEL MENOR A LOS TÍOS

| ÓRGANO JUDICIAL : Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República Resolución : Casación N° 4710-2006-Ica MATERIA : Tenencia de menor. DEMANDANTE : Olga Patricia Márquez Santa Cruz DEMANDADO : Moisés Germán Grados y otra. | | |
|---|--|---|
| MATERIA DEL RECURSO | FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN | FALLO |
| Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante Olga Patricia Márquez Santa Cruz (madre de la menor), en contra de la Sentencia de Vista que confirma la sentencia apelada, que en aplicación del principio del interés superior del niño otorga la tenencia del menor a los tíos. El recurrente invoca como causales las siguientes: i) La aplicación indebida o interpretación errónea del artículo IX del Título Preliminar del CNA y del artículo 81° del CNA. ii) La inaplicación del artículo 84° del CNA en primera instancia y del artículo 81° del CNA en segunda instancia. iii) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. | La Sala Suprema señala que la primera causal invocada es improcedente por cuanto la aplicación indebida e interpretación errónea de una norma son diferentes e incompatibles entre sí, no pudiéndose denunciar ambos cargos bajo un mismo numeral. Sobre la segunda causal señala que en las sentencias de mérito, los artículos 81° y 84° han sido aplicados a efectos de dar solución al conflicto de intereses, precisando que han sido aplicados de conformidad con el principio fundamental del interés superior del niño, principio rector que rige los procesos en los cuales se involucran niños. Con ello se confirma la tenencia otorgada a los tíos, en aplicación del principio del interés superior del niño. Sobre la tercera causal señala que en casación no puede revalorar medios probatorios. | Después de analizar cada una de las causales invocadas, los Vocales de la Sala Suprema declararon improcedente el recurso de casación interpuesto por Olga Patricia Márquez Santa Cruz, en contra de la resolución de vista, su fecha dieciocho de septiembre del dos mil seis y condenaron a la recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; así como a la multa de tres unidades de referencia procesal. |

FUENTE: Elaboración propia

En la tabla N° 14, como ya señalamos, vemos el caso de un conflicto sobre la tenencia de una menor, entre la madre de la menor y los tíos.

En este caso, la señora Olga Patricia Márquez Santa Cruz, madre de la menor, interpone demanda de tenencia en contra de Moisés Germán Grados y esposa, solicitando la tenencia de su menor hija, que se encontraba con los tíos. El juez declara infundada su demanda y otorga la tenencia a los tíos, en apelación la Sala Superior confirma la sentencia, otorgando la tenencia a los tíos en aplicación del principio del interés superior del niño.

Contra la sentencia de vista, la madre interpone recurso de casación, reclamando que no se ha aplicado debidamente los alcances del principio del interés superior del niño establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, y los alcances de los artículos 81 y 84 del mismo código.

Al resolver el recurso de casación, la Sala Suprema declara improcedente el recurso, sin pronunciarse sobre el fondo, argumentando que no existe una clara individualización de las causales invocadas y no se puede revalorar pruebas en sede de casación.

A pesar que la casación no se pronuncia sobre el fondo, refiriéndose a la causal de inaplicación del el artículo 84° del CNA en primera instancia y del artículo 81° del CNA en segunda instancia, denunciadas por la demandante, señala que “del análisis de las sentencias de mérito, los numerales citados sí han sido aplicados a efectos de dar solución al conflicto de interés, sin embargo debe precisarse que han sido aplicados de conformidad con el principio fundamental, en materia de derecho de los niños y adolescentes, el cual es el principio del interés superior del niño, principio rector además que rige los procesos en cuales se involucran niños” (Casación 4710-2006-ICA, cuarto considerando)

Análisis de la sentencia casatoria.

En el presente caso se discute la tenencia de un niño entre la madre biológica del menor con los tíos. Si bien en sede casatoria no se llega a pronunciar sobre el fondo, debemos tener en cuenta que al declarar improcedente la casación implícitamente ha quedado firme la sentencia de vista, así como la sentencia de

primera instancia, y en ambos se había otorgado la tenencia del menor a favor de los tíos.

Más allá de que la Sala Suprema no se haya pronunciado sobre el fondo, éste ha dejado en claro que tanto la sentencia de primera instancia y como también la Sala, habían aplicado los artículo 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes, respectivamente, conforme a los mandatos del principio del interés superior del niño.

Es decir, en primera instancia la tenencia del menor fue otorgado a los tíos aplicando el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes, porque si bien la tenencia está regulada para poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres, al encontrarse éstos separados de hecho, buscando lo más favorable para el menor y su bienestar, también es cierto que la misma norma faculta al juez resolver la tenencia teniendo como norte el interés superior del niño, y en segunda instancia, aplicando el artículo 84° del mismo Código, teniendo en cuenta la convivencia mantenida con los tíos y a quien garantice mejor el derecho del niño.

De esta manera, la Corte Suprema resalta que en los procesos donde se involucran menores, el principio rector es el principio del interés superior del menor, por lo que, considero correcto que en aplicación de este principio se haya otorgado la tenencia de la menor a los tíos, existiendo la madre en ejercicio de la patria potestad. Ello demuestra que con el afán de proteger el interés superior del menor, se puede otorgar la tenencia a los tíos, sin tener que quitar o suspender la patria potestad.

5.4.3. OTORGAMIENTO DE TENENCIA A PERSONA NO FAMILIAR

TABLA 15
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE Nº 2165-2002-HC/TC, LIMA, QUE OTORGA TENENCIA A TERCERA PERSONA NO FAMILIAR

| EXPEDIENTE : Nº 2165-2002-HC/TC, Lima. MATERIA : Acción de Habeas Corpus CASO : Caso Lady Rodríguez Panduro | | |
|---|---|---|
| POSTULACIÓN | PROCESO | FALLO |
| <p>PRETENSION La demandante Lady Rodríguez Panduro, con fecha 17 de junio de 2002, interpone acción de hábeas corpus contra la Ministra del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), y el Jefe de la Oficina de Adopciones, con el objeto de que le sea entregada la menor L.E.P.D.L.R., de 3 años y 6 meses de edad, quien se encuentra internada en la Aldea Infantil Virgen del Pilar de la ciudad de Tarapoto, desde el 11 de abril de 2001.</p> <p>ASUNTO DEL RECURSO DE AGRAVIO Lady Rodríguez Panduro interpone demanda contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal Corporativa de Lima, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos. Apela la misma que fue confirmada en Sala.</p> <p>FUNDAMENTOS DE HECHO La menor de iniciales LEPDLR nace el 20 de diciembre 1998, siendo su madre biológica doña Loidith Chumbes Trigozo. A los pocos días, la madre biológica de la niña entrega a doña Lady Rodríguez Panduro para que la cuide y luego la adopte como su hija, por lo que doña Lady inscribe a la menor LEPDLR, en el Registro Civil de la Municipalidad de Juanjuí como su hija, y la tiene por 02 años, y los padres la denuncian penalmente por parto simulado, absuelven a la denunciada por considerar que ha actuado de buena fe, pero disponen entregar a la menor a sus padres, pero éstos no lo cuidan, tampoco los abuelos, por lo que internan en un albergue.</p> | <p>Es así que llega al Tribunal Constitucional el presente caso. El Tribunal Constitucional después de analizar el caso, señala que la demandante demostró solidaridad para con una recién nacida, en delicado estado de salud y abandonada por su madre biológica, quien no ha mostrado mayor interés por la menor, conforme señala la resolución expedida por el Fiscal Provincial de Bellavista, en la que se señala que la menor le fue entregada hasta en dos oportunidades, sin que haya asumido alguna responsabilidad respecto de su cuidado y protección.</p> <p>Asimismo señala que doña Lady Rodríguez Panduro durante casi 2 años brindó amor, cuidados y protección a la menor, haciéndola partícipe de su entorno familiar, y luego se preocupó por indagar si la madre biológica cumplía con su obligación de cuidarla, constatando que no lo hacía, por lo que dio aviso de ello a las autoridades, quienes confirmaron el hecho. Es decir, la demandante ha actuado en todo momento como una verdadera madre para la menor.</p> <p>Por ello, teniendo en cuenta que la Constitución Política establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y siendo que el CNA prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de éste y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, considera que la niña debe ser entregada a doña Lady Rodríguez Panduro.</p> | <p>El Tribunal Constitucional REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda; y, reformándola, declara FUNDADA la acción de hábeas corpus; en consecuencia, ordena que la menor L.E.P.D.L.R. sea entregada a doña Lady Rodríguez Panduro en un plazo no mayor de 48 horas.</p> |

FUENTE: Elaboración propia

En la tabla N° 15 tenemos un caso de otorgamiento de tenencia a una tercera persona no familiar.

En este caso, el conflicto es respecto a una niña cuyos padres tienen la patria potestad pero no ejercen debidamente la tenencia, pues prácticamente la tienen en abandono. Mientras la señora Lady Rodríguez Panduro ha convivido con la menor, dándole trato de hija, por un periodo de 02 años, por cuanto los padres la habían entregado para que posteriormente pueda adoptar.

El conflicto se da cuando la señora Lady Rodríguez pretende obtener la adopción y tenencia de la menor, mientras el Ministerio de la Mujer, como representante del Estado Peruano, pretende mantener la custodia de dicha menor en un albergue de menores. Paralelamente, también hay presencia de una contienda legal de la adoptante con los padres biológicos de la menor, a fin de demostrar el mejor derecho a la tenencia.

Cuando la señora Lady Rodríguez interpone su demanda de habeas corpus, en las instancias judiciales resuelven conforme a la normatividad existente, ciñéndose a la legalidad, sin otorgar la adopción. Al acudir ante el Tribunal Constitucional, éste resuelve otorgarle la tenencia de la menor a su favor, a pesar que no tiene ningún vínculo de sangre, salvaguardando los principios de protección integral del menor y del interés superior del niño.

El Tribunal Constitucional aprecia que doña Lady Rodríguez Panduro durante casi 2 años brindó amor, cuidados y protección a la menor, haciéndola partícipe de su entorno familiar, y luego se preocupó por indagar si la madre biológica cumplía con su obligación de cuidarla, constatando que no lo hacía, por lo que dio aviso de ello a las autoridades, quienes confirmaron el hecho. Es decir, la demandante ha actuado en todo momento como una verdadera madre para la menor.

Análisis de la sentencia

Como podemos ver la pretensión de doña Lady Rodríguez es obtener la adopción y la tenencia de la menor, por cuanto ella había vivido con la menor, dándole un trato de hija por aproximadamente 2 años, por cuanto la madre de la menor le había entregado para que a futuro pueda adoptarla. Mientras, el Ministerio de la Mujer, pretende que la menor continúe en un albergue de menores.

Frente a ello, la justicia ordinaria resuelve el caso aferrado a la legalidad, aplicando las normas del derecho positivo, y no admite la pretensión de la demandante. Mientras la justicia constitucional, a través del Tribunal Constitucional, con una tendencia más humanista y defensa de los derechos fundamentales, tomando en cuenta los principios de protección integral del menor y del interés superior del niño resuelve otorgar la tenencia de la menor a favor de doña Lady, a pesar que ella no tiene ningún vínculo de sangre con la menor.

El Tribunal Constitucional basa su fundamento en el principio de solidaridad y la dignidad humana, en los principios de protección integral y el interés superior del niño, consagrado en los artículos 1 °, 4 ° y 43 ° de la Constitución, en el Código de Niños y Adolescentes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Considera que el actuar de la Sra. Lady Rodríguez es una expresión de solidaridad humana, pues sin ser madre biológica se preocupó y cuidó a la niña, en salvaguarda de su interés superior y desarrollo integral.

Coincidimos con el Tribunal Constitucional en que se debe cuidar de no afectar la dignidad de la persona humana, que en este caso es la niña que merece un cuidado y protección especial. Esta sentencia es una muestra de que, a fin de velar por la mejor protección de los intereses del menor se puede conceder tenencia y tutela a una persona distinta de los padres, toda vez que el principio del interés superior de la menor implica que “ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña” (Castro, 2012, 7). Es decir, por el principio del interés superior del niño, los intereses

de los padres deben sujetarse a los intereses del menor. Si un padre desea tener la tenencia de su hijo, pero no reúne condiciones, entonces puede otorgarse a quien mejor lo va cuidar y proteger.

Esta sentencia muestra que procede el otorgamiento de tenencia niños, niñas y adolescente a terceras personas en salvaguarda del interés superior del niño, niña o adolescente. En este caso, la Sra. Lady Rodríguez no tenía vínculo de parentesco con la menor, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha valorado que ella tenía mejor cuidado de la menor, a comparación de los padres que la tenían en abandono.

Estas situaciones o criterios aplicados por los juzgados o por el Tribunal Constitucional, vistas de manera aislada podrían parecer injustos, pues no parece justo que un padre o una madre no pueda ejercer la tenencia por su situación económica desventajosa, o que no lo pueda hacer por el simple hecho de que su trabajo le exige trasladarse constantemente, o por cierta condición no favorable para el menor, u otros factores, como que dejarían una puerta abierta para preferir siempre al que más recursos tiene, relegar determinadas profesiones u oficios o desdeñar ciertas clases de relaciones familiares; sin embargo, debemos tener en cuenta que no se trata de ninguno de ellos, sino de cuidar y poner primero el interés general de los niños, niñas y adolescentes, por encima de los deseos de los padres, de alguna otra persona o institución el interés superior del niño es lo primero, por lo que el niño debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, y excepcionalmente podría ser con algún pariente, y de no existir podría ser con una tercera persona, previa evaluación a cargo de un equipo multidisciplinario.

CAPÍTULO VI

ENTREVISTA A JUECES DE FAMILIA DE AREQUIPA REFERENCIA QUE APOYA NUESTROS RESULTADOS

1. GENERALIDADES

En el capítulo anterior hemos presentado el análisis de los resultados de la investigación teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la tenencia de niños y adolescentes, el status jurídico y los alcances del principio del interés superior del niño y adolescente. Asimismo, analizamos sentencias emitidas por la Corte Suprema, Salas Civiles y el Tribunal Constitucional respecto al otorgamiento de tenencia de menores de edad a personas distintas a los progenitores, en salvaguarda del principio del interés superior del niño y adolescente, sin que haya suspensión de la patria potestad.

En este capítulo, a fin de corroborar la posibilidad de otorgamiento de la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los progenitores, sin que haya suspensión de la patria potestad, hemos efectuado entrevista a los jueces de los Juzgados de Familia de Arequipa – sede central, en total 04 jueces, teniendo en cuenta que son conocedores de la realidad de trámite de los procesos de tenencia de niños y adolescentes.

En las tablas y gráficos que a continuación se presenta podemos visualizar la opinión de los jueces de los Juzgados de Familia de Arequipa – sede central:

2. RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

2.1. STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

TABLA N° 16

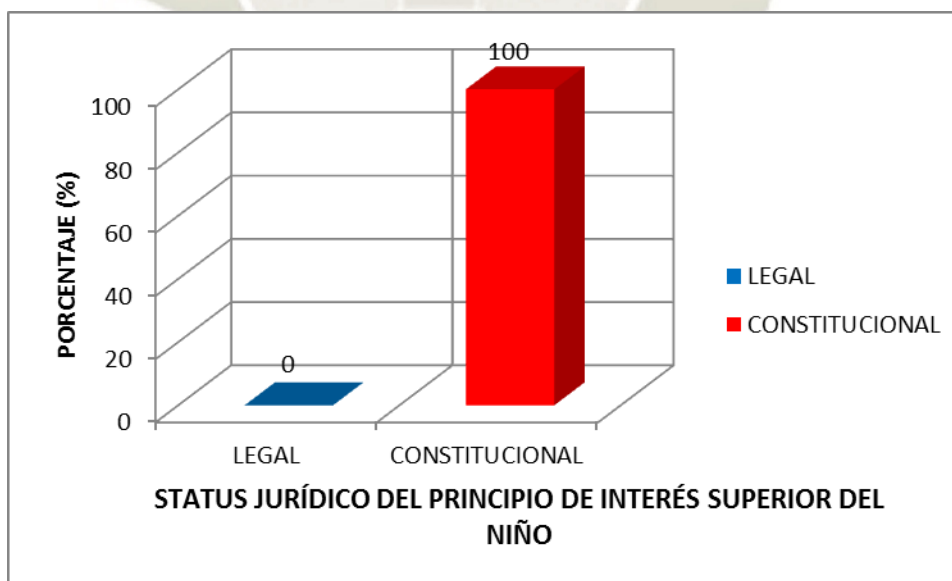
¿Qué rango considera que tiene el principio del interés superior del niño conforme a nuestro ordenamiento jurídico?

| Respuestas | N | % |
|----------------|-----------|------------|
| Legal | 00 | 00 |
| Constitucional | 04 | 100 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICA N° 04

¿Qué rango considera que tiene el principio del interés superior del niño conforme a nuestro ordenamiento jurídico?



FUENTE: Tabla N° 16

La tabla N° 16, y su correspondiente gráfica, nos muestran que de los 04 Jueces de los Juzgados de Familia de Arequipa, todos ellos manifiestan que el principio del interés superior del niño tiene rango constitucional.

Concordamos con los señores Jueces, pues como tiene dicho el Tribunal Constitucional “el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la norma fundamental en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente”. (STC, Exp. 02132-2008-PA/TC, FJ. 5).

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3° ha establecido este principio al señalar que “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” (CDN, 1989, artículo 3.1). Esta Convención ha sido ratificada por el Perú Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, por lo que, de conformidad con el artículo 55° y la cuarta disposición final de la Constitución forma parte de nuestro derecho interno y tiene rango constitucional.

Por ello, en virtud de este principio, “ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado” (STC, Exp. N° 1817-2009-PHC/TC, FJ. 7).

2.2. ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

TABLA N° 17

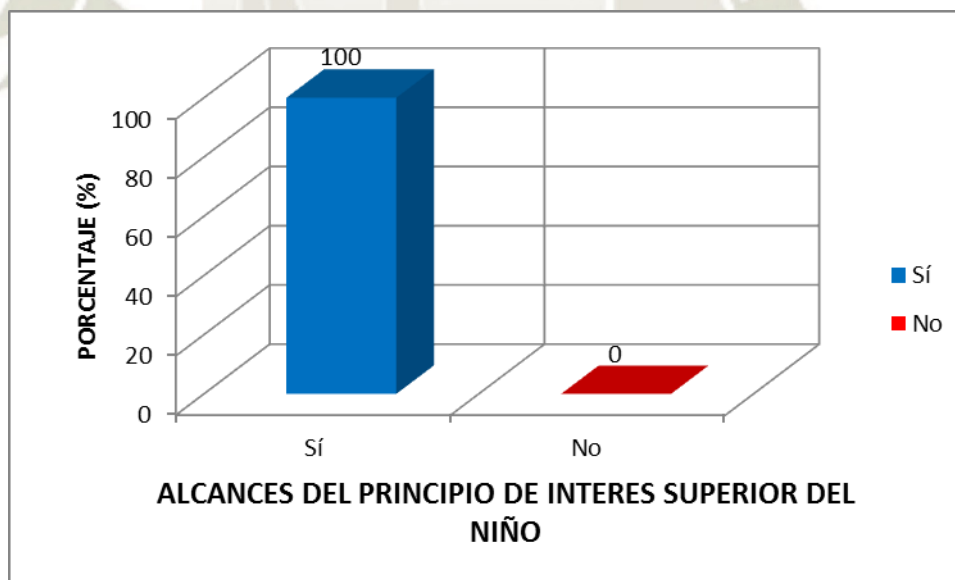
¿El principio del interés superior del niño es aplicable en todos los procesos de familia donde se involucren derechos de los niños?

| Respuestas | N | % |
|--------------|----|-----|
| Sí | 04 | 100 |
| No | 00 | 00 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICA N° 05

¿El principio del interés superior del niño es aplicable en todos los procesos de familia donde se involucren derechos de los niños?



FUENTE: Tabla N° 17

La tabla N° 17, y su correspondiente gráfica, nos muestran que de los 4 Jueces de Familia, todos señalan que el principio del interés superior del niño es aplicable en todos los procesos de familia donde se involucren derechos de los niños.

Ello es así, por cuanto, como ya señalamos en el punto anterior, el principio del interés superior del niño y adolescente, al haber sido consagrado implícitamente en el artículo 4º de la Constitución, se constituye en un derecho fundamental, por lo tanto de carácter vinculante o de observancia obligatoria en todos los procesos que involucren derechos de niños y adolescentes.

El artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, en concordancia con la norma constitucional señalada, precisa aún más los alcances del principio del interés superior del niño y adolescente cuando establece que “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” (CNA, 2000, artículo IX del T.P.).

Asimismo, el artículo 2º de la Ley 30466, ley que fija parámetros para garantizar el interés superior del niño, señala que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Ley 30466, 2016, artículo 2º).

En ese sentido, el principio del interés superior del niño en nuestro país tiene un alcance global y constituye un límite tanto para la actuación estatal, la familia y la sociedad civil en general. De esta manera, permite dotar de mayor valor a los derechos existentes de los niños y

adolescentes, para evitar las vulneraciones de sus derechos, por parte del Estado o cualquier otra persona. Por lo que, como señala el Tribunal Constitucional, “en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad” (STC, Exp. N° 1817-2009-PHC/TC, FJ. 7).

De modo que en toda situación problemática o un proceso judicial donde se discuta sobre los derechos de los niños y adolescentes, como el caso de tenencia de niños y adolescentes, no debemos encerrarnos en lo que dicen las normas, sino debemos mirar lo que objetiva y realísticamente convenga más al menor según su particular situación. Pues, en estos casos, “el principio del interés superior debe tenerse como un derrotero criterio orientador para resolver conflictos de derecho en que puedan verse involucrados los infantes” (Aguilar, 2018, p. 66).

2.3. LA TENENCIA COMO DERECHO DE LOS PADRES

TABLA N° 18

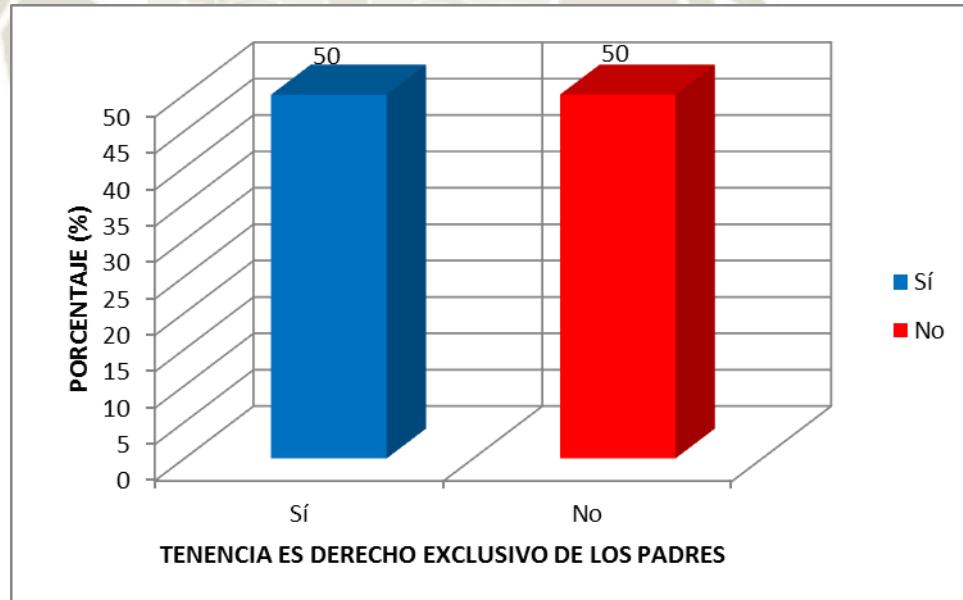
¿La tenencia de niños y adolescentes es derecho exclusivo de los padres?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 02 | 50 |
| No | 02 | 50 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICA N° 06

¿La tenencia de niños y adolescentes es derecho exclusivo de los padres?



FUENTE: Tabla N° 18

En la tabla N° 18, y su correspondiente gráfica, podemos ver que el 50% de los Jueces de Familia manifiestan que la tenencia de niños y adolescentes es derecho exclusivo de los padres; y el otro 50% manifiestan que la tenencia no es derecho exclusivo de los padres.

Vemos dos posiciones contrapuestas:

1) Los Jueces de Familia que afirman que la tenencia es derecho exclusivo de los padres. Aclaran que nuestra legislación, Código Civil y Código de Niños y Adolescentes ha regulado a la tenencia como un atributo de la patria potestad, por lo que la tenencia solo es derecho de los padres.

Es verdad que el inciso 5) del artículo 423° del Código Civil y el literal e) del artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes, señalan que es deber y derecho de los padres tenerlos a sus hijos en su compañía, y si éstos estuvieran en algún otro lugar sin su permiso, pueden recurrir a la autoridad para recogerlos. Lo que nos hace ver la tenencia como derecho exclusivo de los padres, sin embargo, como ya el Tribunal Constitucional ha señalado: “si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 16).

Esas situaciones de excepción se dan por ejemplo, cuando los padres por situación de trabajo permanecen fuera del país y los hijos están con los abuelos u otro familiar, quienes cuidan del menor y proveen para sus necesidades; cuando el menor vive con los padrinos, quienes se encargan de todas sus necesidades; cuando al fallecer la madre, el menor se encuentra con el padre afín que lo cuida y provee para toda necesidad y el padre biológico se ha desentendido. En estos casos los menores no están abandonados, pero no pueden gozar de todos beneficios que corresponde a las personas que los tienen.

2) Los jueces que afirman que la tenencia no es derecho exclusivo de los padres. Ellos señalan que lo que se debe buscar es el bienestar del menor, por lo que cuando los padres no son los indicados para cuidar de sus hijos, la tenencia puede confiarse a otros familiares o terceras

personas o a instituciones benéficas, en salvaguarda de su interés superior, por cuanto la tenencia es también derecho de los hijos y no solo de los padres.

Concordamos con este criterio, pues en todo conflicto o proceso que involucre derechos de los infantes, no debemos mirar solo lo que dice la norma sino el interés superior del menor, toda vez que “la tenencia no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral” (Varsi, 2011, 304). Como señala Aguilar (2018) “las diversas y variadas situaciones en que se encuentran los infantes rebasa en muchos casos a la normatividad, o quizás nos lleve a un conflicto con la norma positiva, si ello se diera no debemos preferir la norma, o ante ausencia o vacío de la norma, debemos estar a lo que objetiva y realísticamente convenga más al infante según su particular situación. Más que la ley nos debe preocupar el interés del infante” (p. 66).

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9.1) también ha señalado que el hijo, “podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que, por ejemplo, el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” (CDN, 1989, artículo 9.1).

En ese sentido, creemos que la tenencia no debe considerarse solo como derecho exclusivo de los padres, sino también de los hijos en donde se puede confiar a terceras personas, que garanticen mejor el interés superior del menor.

2.4. LA TENENCIA COMO DERECHO DE LOS HIJOS

TABLA N° 19

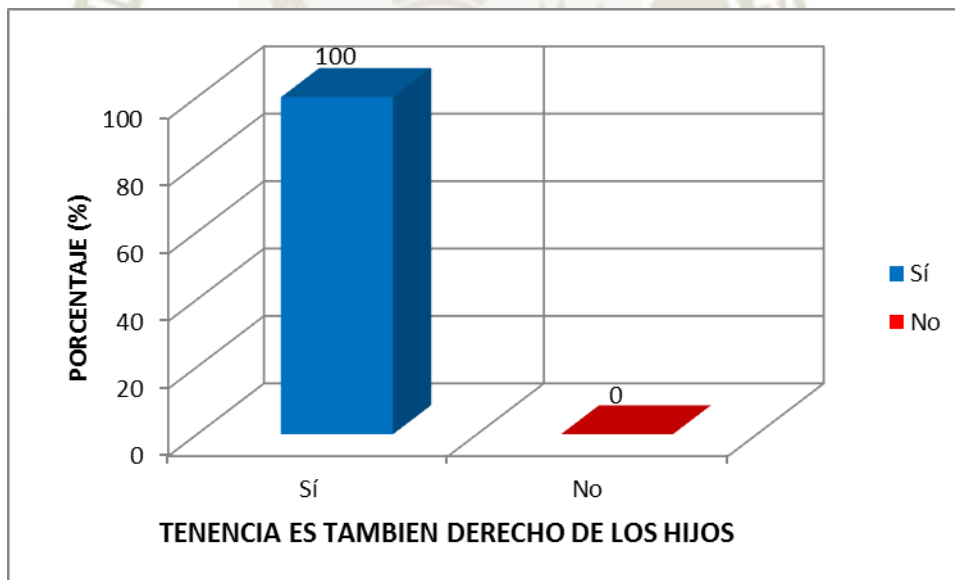
¿La tenencia también debe considerarse como derecho de los hijos?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 04 | 100 |
| No | 00 | 00 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICO N° 07

¿La tenencia también debe considerarse como derecho de los hijos?



FUENTE: Tabla N° 19

En la tabla N° 19, y su correspondiente gráfico, podemos ver que del total de los encuestados, el 100% manifiestan que la tenencia también debe considerarse como derecho de los hijos.

Concordamos con este parecer, por cuanto la tenencia no puede ser considerada solamente como derecho de los padres, sino también es derecho de los hijos. Al fin y al cabo, el desarrollo y la formación del niño y del adolescente, va a ser más afectado con la forma como se relaciona el menor con sus padres, por lo que debe velarse y conservarse “primordialmente los intereses de este último” (Calderón, 2014, 117).

Aguilar Llanos (2012) señala que la tenencia de niños y adolescentes “tiene que verse desde dos vertientes, una la de los padres, como derecho de ellos de vivir con sus hijos, y la segunda referida a los hijos, como derechos de ellos de vivir con ambos padres, por lo tanto no hay que quedarnos al analizar este derecho, como si fuera propio de los padres, concepto que la gran mayoría lo considera un típico derecho de los padres dentro de la institución familiar de la patria potestad, sin embargo no ven la tenencia como un derecho de los niños a vivir con sus padres y no ser separados de ellos a no ser que las circunstancias lo justifiquen”.

De modo que no podemos ver la tenencia como un derecho exclusivo de los padres, sino sobre todo de los hijos, de poder permanecer en familia o con quien garantice su adecuado desarrollo. Como tajantemente señala Varsi Rospigliosi (2011) la tenencia “no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral” (p. 304).

2.5. LEGISLACIÓN PERUANA Y EL OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PROGENITORES

TABLA N° 20

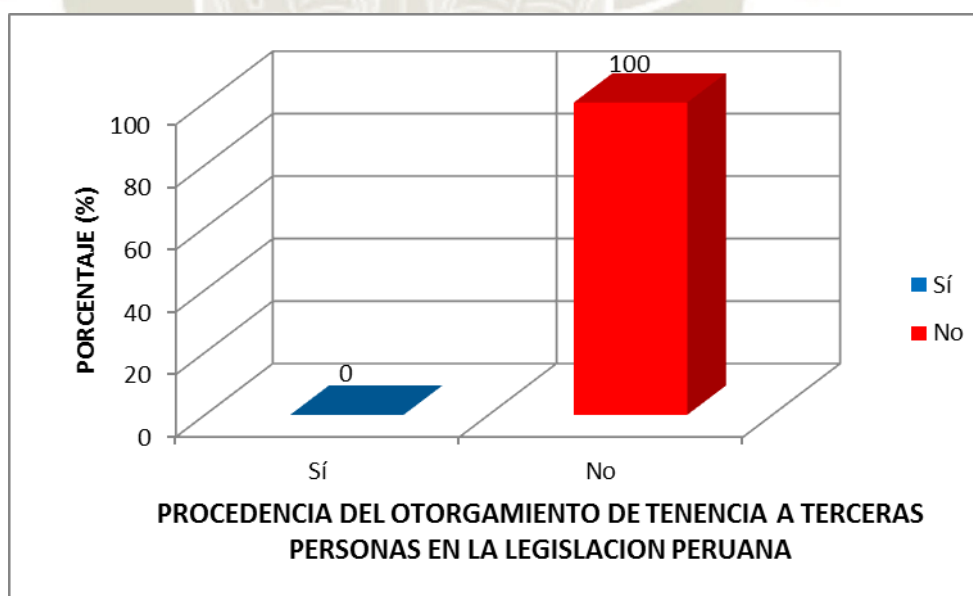
¿Nuestra legislación permite otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 00 | 00 |
| No | 04 | 100 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICO N° 08

¿Nuestra legislación permite otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres?



FUENTE: Tabla N° 20

En la tabla 20, y su gráfica correspondiente, podemos ver que el 100% de los Jueces de Familia manifiestan que de nuestra legislación no permite el otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres.

Al respecto a nivel de nuestra legislación, el Código Civil en el literal 5) del artículo 423 señala que: “son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario” (CC, 1984, artículo 423). Asimismo, el Código de Niños y Adolescentes en el literal e) de su artículo 74 señala que “son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos” (CNA, 2000, artículo 74). Estas normas únicamente están referidas al derecho- deber de tenencia como atributo de la patria potestad.

La norma que realmente tiene que ver con el otorgamiento de tenencia es el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes que señala “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 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” (CNA, 2000, artículo 81).

Si nos ceñimos a aplicar literalmente estas normas veremos que nuestra legislación no permite el otorgamiento de tenencia a personas distintas que los padres. Sin embargo, conforme a lo señalado en el tercer pleno casatorio, los procesos de familia deben ser flexibles, por lo que las normativas referidas a la tenencia de niños y adolescentes se deben tratar a la luz del principio constitucional del interés superior del niño.

Así también ha entendido nuestra Corte Suprema, quien ha señalado que “la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor

bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse éstos 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” (Casación N° 4881-2009 AMAZONAS, 2012, considerando sexto). En base a este argumento, en un proceso de tenencia ha otorgado la tenencia de una niña a los abuelos, sin suspenderse la patria potestad del padre.

Calderón Beltrán (2014) también ha señalado que hoy por hoy, es “imprescindible observar al derecho de tenencia no solo desde el punto de vista del padre biológico que desea tener a su hijo a su lado, sino también desde el punto de vista del niño, debiendo conservar primordialmente los intereses de este último, lo cual determinará que en determinadas y especiales circunstancias se inapliquen normas como el artículo 81 o el artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes, que reconocen el derecho de tenencia como derecho exclusivo de los padres biológicos, pudiendo recaer este derecho en otros familiares del niño e incluso en terceros como son los padres afines, siempre que dicha medida sea tomada en estricta salvaguarda del interés superior del niño y como medida de preservación de las condiciones más favorables para el menor” (pp. 117-118).

Debemos tener en cuenta que, conforme lo ha señalado el Tercer Pleno Casatorio, en el caso de derecho de familia, sobre todo cuando se involucren derechos de los niños y adolescentes, como “en los procesos de alimentos, divorcio, filiación, tenencia, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la

madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho” (Tercer Pleno Casatorio, 2011, F.J. 11 y siguientes)



2.6. LA TUTELA Y TENENCIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN

TABLA N° 21

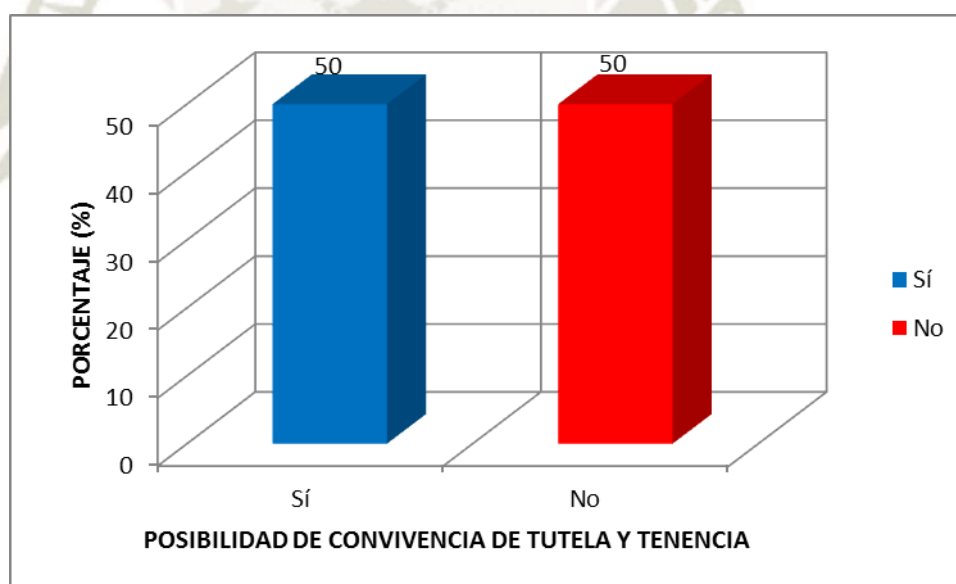
¿Conforme a nuestra legislación pueden convivir tutela y tenencia?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 02 | 50 |
| No | 02 | 50 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICO N° 09

¿Conforme a nuestra legislación pueden convivir tutela y tenencia?



FUENTE: Tabla N° 21

En la tabla 21, y su respectiva gráfica observamos que 50% de los Jueces de Familia señalan que nuestra legislación no permite la convivencia de la tutela con la tenencia, mientras el otro 50% señalan que sí permite la convivencia de la tutela y la tenencia.

El artículo 418° del Código Civil señala que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (CC, 1984, artículo 418), y a través del numeral 5) del artículo 423 del mismo cuerpo legal se reconoce a la tenencia como uno de los atributos de la patria potestad. Mientras el artículo 502° del mismo cuerpo legal establece que “al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes” (Código Civil, 1984, artículo 502°).

Es decir, la tutela vendría a ser una institución supletoria de la patria potestad, que entraría a regir en ausencia de la patria potestad. Así lo entiende la mayoría de la doctrina. Así, Yolanda Gallegos (2014) nos dice que “la tutela es una institución supletoria de amparo familiar destinada al cuidado, por sujeto distinto a los progenitores, de la persona y bienes del menor, por cualquier circunstancia, no esté sujeto a la patria potestad” (p. 501).

Es por ello que consideran que la tutela no podría convivir con la tenencia, siendo este último un atributo de la patria potestad, pues serían excluyentes. Sin embargo, creemos que no es así, puesto que la patria potestad tiene como atributo la tenencia e implícitamente la tutela lleva también este derecho, por lo que no habría ningún problema conjugarlo. En la realidad, existen casos en los que ciertas personas tienen la tenencia de menores sin que se suspenda la patria potestad, donde tampoco cabría la tutela. Por ejemplo, en el caso de las familias ensambladas, los padres afines tienen la tenencia de sus hijos afines, los abuelos que crían a sus nietos por haber convenido así con los padres o cuando éstos estén ausentes por motivos de trabajo o fuera de país, por los padrinos que crían a sus ahijados, entre otros en los que, sin suspenderse la patria potestad, tienen la tenencia de estos hijos.

A nivel jurisprudencial tenemos la Casatoria N° 4881-2009-Amazonas, a la cual ya hemos hecho amplia referencia, donde la Sala Suprema no solo otorga tenencia a los abuelos, sino también tutela, donde cambiando radicalmente la apreciación del Código Civil, establece que sí es posible que convivan estas dos instituciones, puesto que sin suspender el ejercicio de la patria potestad, es más el padre está en pleno ejercicio de la patria potestad, otorga tenencia y tutela a los abuelos. Si no fuera así, que pasaría con aquellos menores de quienes se desconoce la dirección de sus padres, o no se sepa el paradero de sus padres, o simplemente son niños cuyos padres los han abandonado o no se hacen responsables. Es donde se ve la necesidad de que la patria potestad y la tutela convivan.

Por otra parte, en nuestro Código Civil se ha regulado algunas instituciones que implícitamente implican la tenencia del menor por personas distintas a los padres, como el caso de:

- 1.- La tutela legítima, regulado por el artículo 506° del Código Civil, por el cual los abuelos paternos y maternos ejercen el cuidado del niño y de sus bienes.
- 2.- La tutela dativa, regulado en los artículos 508 y 509 del Código Civil, donde terceras personas más cercanas, ejercen el cuidado del menor y de sus bienes, aunque no se establecen el rango de preferencia.
- 3.- Tenemos también el caso de tutela previsto en el artículo 340° del Código Civil, donde en la separación por causal, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Esta norma, como podemos ver autoriza, el otorgamiento de la tenencia a terceras personas, prefiriéndose a los abuelos, hermanos o tíos. Sin embargo, la norma no está obligando que sean solo los

familiares, sino recomienda que sean ellos los preferidos para ejercer la tenencia.

- 4.- También tenemos el caso previsto en el artículo 80° del Código de Niños y Adolescentes, que señala que el juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público.

En este caso, la norma tampoco señala que se debe suspender o declarar la pérdida de la patria potestad, sino que, en salvaguarda de los intereses del menor, el juez está facultado para poner bajo la tenencia de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones idóneas para asegurar el bienestar del menor.

En ese sentido, a través de las normas señaladas, vemos que estas instituciones de tutela implícitamente comprenden la tenencia de menores por persona distinta que los padres, sin embargo no existe una norma expresa que permita que los abuelos, familiares cercanos e incluso algunas personas no familiares accedan a la tenencia de los menores que crían sin que para ello sigan engorrosos procesos.

2.7. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES

TABLA N° 22

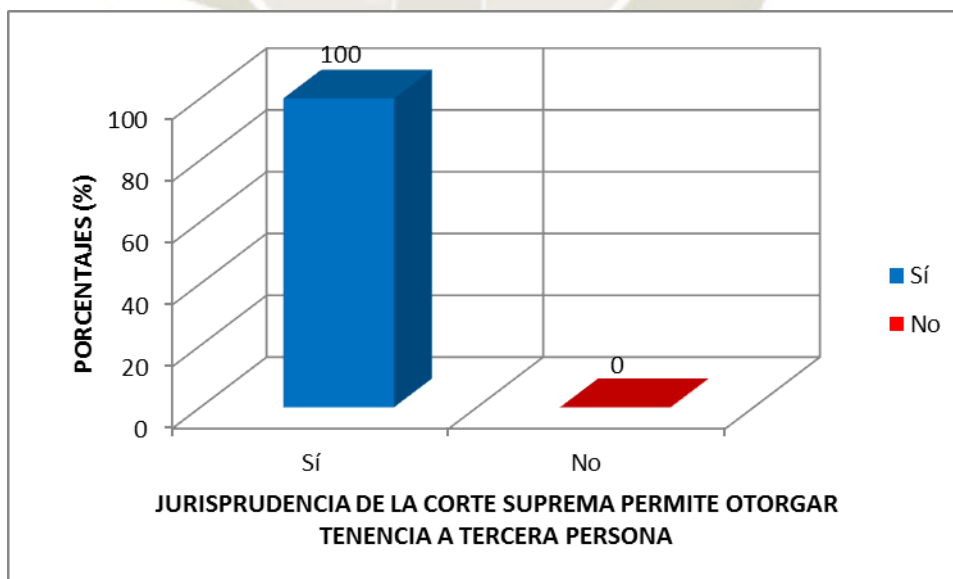
¿Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, excepcionalmente, se puede otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 04 | 100 |
| No | 00 | 00 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICA N° 10

¿Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, excepcionalmente, se puede otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres?



FUENTE: Tabla N° 22

En la tabla 22 y su respectiva gráfica, observamos que el 100% de los jueces señalan conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre tenencia de menores, se podría otorgar excepcionalmente la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres.

Como hemos analizado en el caso anterior, la Corte Suprema en varias oportunidades, asimismo a nivel de Salas de Segunda Instancia ha otorgado la tenencia de menores a abuelos y tíos. Entre estas podemos citar la Casación 4881-2009-Amazonas, donde la Sala Suprema otorga la tenencia de una niña a los abuelos. No solo le confía la tenencia, sino también la tutela. Similar situación encontramos en otras casaciones de la Corte Suprema.

Creemos que la decisión de la Sala Suprema es acertada, toda vez que existen muchos casos donde los abuelos solicitan tutela, respecto de sus nietos que viven con ellos, en razón de que sus padres o los han abandonado, o por razones laborales los han dejado a su cuidado, o lo que es peor, la situación del padre que solo se limitó a reconocer a su hijo, y luego se olvidó de él, desapareciendo de su vida, y en esa situación, en la que el padre en los hechos no ejerce patria potestad, y se da el pedido de tutela, por parte de los abuelos, los jueces con criterio legalista se los niega, argumentando que existen padres, y como no han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, entonces no procede la tutela, desconociendo con ello los principios que inspiran el Código de los Niños y Adolescentes, la Convención de los Derechos del Niño, en particular el interés superior del niño y adolescente. Por lo que, consideramos acertado que la Sala Suprema se haya pronunciado no solo sobre la tenencia, sino también sobre la tutela, demostrándose con ello la posibilidad de coexistencia de patria potestad y tutela.

2.8. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES

TABLA N° 23

¿Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, excepcionalmente, se puede otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 04 | 100 |
| No | 00 | 00 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICA N° 11

¿Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, excepcionalmente, se puede otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres?



FUENTE: Tabla N° 23

En la tabla 23, y su respectiva gráfica, observamos que el 100% de los jueces consideran que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se podría otorgar excepcionalmente la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres.

Cuando nos referimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos estamos refiriendo a la sentencia expedida en el Exp. N° 2165-2002-HC/TC, donde el Tribunal en un proceso de Habeas Corpus ha otorgado la tenencia de una menor a una tercera persona. Para otorgar, el Tribunal valora la dedicación y la solidaridad hacia la menor por parte de la demandante Lady Rodríguez, en el tiempo que prohicieron, también valora el estado de abandono en que lo mantenían los padres biológicos en el periodo que tuvieron a su cargo a la menor y las desventajas de permanecer en un albergue.

El argumento central es el siguiente: “Este Colegiado considera que la demandante demostró solidaridad para con una recién nacida, en delicado estado de salud y abandonada por su madre biológica, quien no ha mostrado mayor interés por la menor según se corrobora con la resolución de fojas 14 de autos, expedida por el Fiscal Provincial de Bellavista, en la que se señala que la menor le fue entregada hasta en dos oportunidades, sin que haya asumido alguna responsabilidad respecto de su cuidado y protección. Por otro lado, doña Lady Rodríguez Panduro durante casi 2 años brindó amor, cuidados y protección a la menor, haciéndola partícipe de su entorno familiar, y luego se preocupó por indagar si la madre biológica cumplía con su obligación de cuidarla, constatando que no lo hacía, por lo que dio aviso de ello a las autoridades, quienes confirmaron el hecho. Es decir, la demandante ha actuado en todo momento como una verdadera madre para la menor. En atención a lo antes señalado y teniendo en consideración que la Constitución Política establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que tanto la comunidad como el Estado protegen especialmente al niño en situación de abandono; y asimismo, que el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el

interés superior de éste y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, este Tribunal considera que la niña debe ser entregada a doña Lady Rodríguez Panduro”.

En ese sentido, concordamos con los Jueces de Familia, que en base a esta Sentencia del Tribunal Constitucional, en casos excepcionales podría otorgarse la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, como abuelos, tíos, hermanos y hasta a terceras personas, sobre todo si éstos los han amparado, previa una evaluación que practique el equipo multidisciplinario.



2.9. EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES Y LA POSIBILIDAD DE OTORGAR TENENCIA A PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES

TABLA N° 24

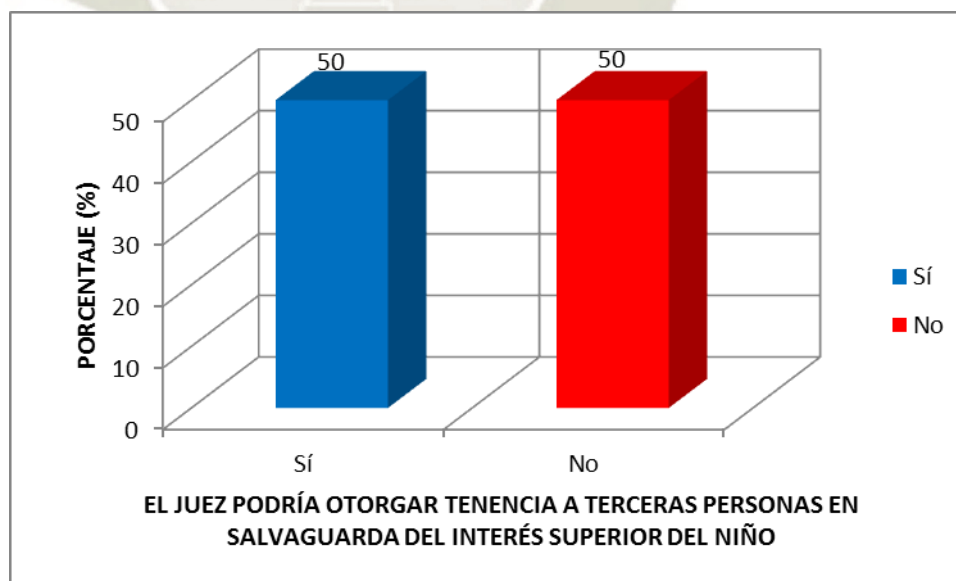
¿Excepcionalmente, interpretando el artículo 81° del CNA a favor del interés superior del menor el juez puede otorgar la tenencia de niños y adolescentes a persona distinta que los padres?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 02 | 50 |
| No | 02 | 50 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICO N° 12

¿Excepcionalmente, interpretando el artículo 81° del CNA a favor del interés superior del menor el juez puede otorgar la tenencia de niños y adolescentes a persona distinta que los padres?



FUENTE: TABLA N° 24

En la tabla N° 24, y su gráfica, observamos que el 50% de los jueces consideran excepcionalmente, interpretando el artículo 81° del CNA a favor del interés superior del menor el juez puede otorgar la tenencia de niños y adolescentes a persona distinta que los padres. Mientras, el otro 50% manifiestan que el mencionado artículo 81° del CNA no podría aplicarse para otorgar la tenencia del menor a persona distinta de los progenitores.

Como vemos las respuestas están polarizadas. Sin embargo, el texto del artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes dice lo siguiente: “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 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” (CNA, 2000, artículo 81).

El texto claramente señala que si no hay acuerdo entre los padres “la tenencia lo resolverá el juez especializado... salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”. Es decir, en caso de que la relación con los padres es perjudicial para el hijo, el juez podría determinar la tenencia a favor de una tercera persona.

Además de ello, el mismo cuerpo normativo en su artículo 80° ya da la salida para una situación de conflicto insalvable o situación que perjudique al menor, cuando señala que “el juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público. El juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado”. Para hacer efectivo ello, muchas veces será necesaria la opinión del menor, como el mismo

Código señala en su artículo 85° que para otorgar la tenencia “el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.

Asimismo, tenemos el caso previsto en el artículo 340° del Código Civil, donde en la separación por causal, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno, el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Además de ello tenemos la jurisprudencia de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional, los plenos casatorios que señalamos en el capítulo anterior, que permiten que sí se puede otorgar la tenencia a personas distintas que los padres, por supuesto para ello es mejor que exista una norma habilitante.

2.10. ARTÍCULO 84° DEL CNA Y LA POSIBILIDAD DE OTORGAR TENENCIA A TERCERAS PERSONAS QUE PROHIJARON AL MENOR

TABLA N° 25

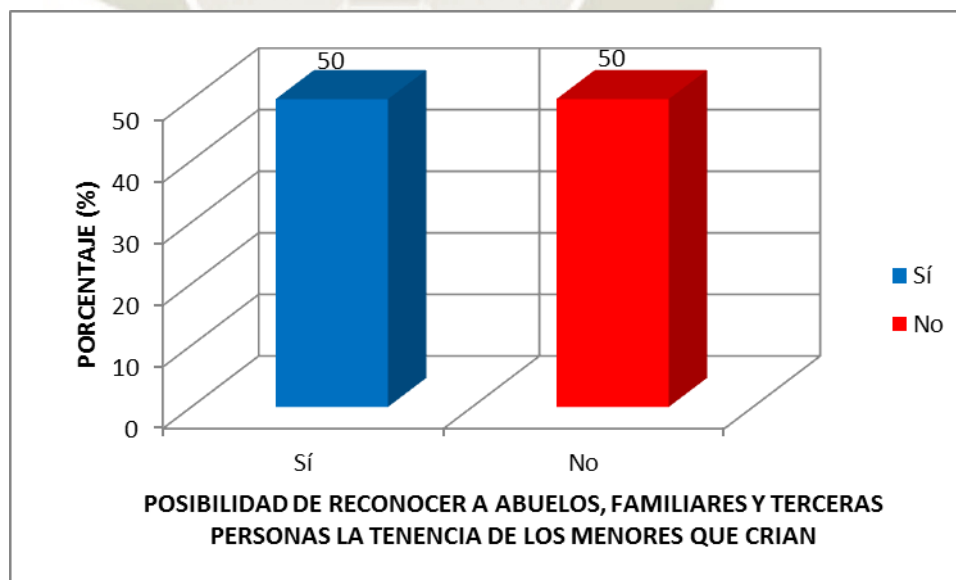
¿El artículo 84° del CNA permitiría reconocer a los abuelos, familiares o terceras personas la tenencia de los menores que crían, cuando los padres no reúnen condiciones óptimas para el desarrollo de los hijos, en salvaguarda del interés superior del menor?

| Respuestas | N | % |
|--------------|-----------|------------|
| Sí | 02 | 50 |
| No | 02 | 50 |
| TOTAL | 04 | 100 |

FUENTE: Entrevista a Jueces de Familia

GRÁFICA N° 13

¿El artículo 84° del CNA permitiría reconocer a los abuelos, familiares o terceras personas la tenencia de los menores que crían, cuando los padres no reúnen condiciones óptimas para el desarrollo de los hijos, en salvaguarda del interés superior del menor?



FUENTE: Tabla N° 25

En la tabla N° 25, y su gráfica, observamos que el 50% de los jueces manifiestan que pueden reconocerse la tenencia a los abuelos que crían a sus nietos en aplicación extensiva del literal a) del artículo 84° del CNA, cuando los padres no reúnen las condiciones óptimas para el crecimiento que el menor requiere. Mientras, el otro 50% manifiestan que no.

Nosotros creemos que sí se puede reconocer la tenencia a los abuelos que crían a sus nietos en aplicación extensiva del literal a) del artículo 84° del CNA, cuando los padres no reúnen las condiciones óptimas para el crecimiento que el menor requiere, justamente eso también fue el parecer del Pleno Jurisdiccional de Familia llevado a cabo en el año 2017 por Jueces Superiores y Especializados de la Corte Superior de Justicia de Lima Este.

En dicho pleno, luego de recabar las conclusiones escritas y sometidas a votación de los magistrados participantes, se llegó a la siguiente conclusión: “Excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda, en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño”.

Por lo tanto, creemos que dicho Pleno Jurisdiccional de Familia concluyó que es viable, que los abuelos interpongan demanda de tenencia y custodia de sus nietos siempre que las circunstancias especiales lo ameriten.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La tenencia de niños y adolescentes, conforme a nuestra regulación constitucional y normas internacionales de derechos humanos, ya no se concibe solamente como un derecho exclusivo de los padres, sino, más bien como una relación personal que debe existir entre padres e hijos, basada en una relación de convivencia que permita al menor un desarrollo adecuado, por lo que su otorgamiento no necesariamente debe ser a quien legalmente tiene derecho, sino a quien garantice al niño el goce de sus derechos, en salvaguarda de su interés superior.

SEGUNDA: El principio del interés superior del niño, principio esencial para resolver los conflictos donde se discutan sobre derechos de menores, en nuestro país goza de un rango constitucional, encontrándose contenido implícitamente en el artículo 4º de la Constitución en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, lo que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias.

TERCERA: Conforme la regulación del principio del interés superior del niño a nivel de nuestra Constitución y a nivel de normas internacionales de derechos humanos (tabla 03), así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional (tabla 04), este principio constitucional vincula a todas las entidades estatales y privadas, y a la comunidad, que incluye a los padres y a la familia. Por lo que, cuando se tome alguna medida o decisión concerniente a los niños y adolescentes, sea de parte del Estado (y sus distintos organismos) o de la comunidad, deben hacerse respetando el interés superior del niño y del adolescente.

CUARTA: Siendo la tenencia un derecho de padres e hijos, por lo que es posible otorgar la tenencia de menores a personas distintas que los progenitores, con lazos parecidos al de los padres con los hijos, sin suspender la patria potestad de los padres, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente. Esta situación viene siendo ratificada en reiterada jurisprudencia por la Corte Suprema: En la Casación N° 4774-2006-La Libertad, Casación N° 4881-2009-Amazonas y Casación N° 1215-2010-Lima concede tenencia de menores a los abuelos; en el Pleno Jurisdiccional de Familia de Lima Este del 2017 ha concluido que los

abuelos excepcionalmente gozan de legitimidad para demandar la tenencia de sus nietos; en la Casación N° 4710-2006-Ica ha confirmado indirectamente la tenencia de menor a los tíos. Así también el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2165-2002-HC/TC ha confiado la tenencia de una niña a una tercera persona. Como podemos ver, en todos ellos ha otorgado tenencia a persona distinta que los padres, sin suspender la patria potestad de éstos (padres), destacando la preeminencia del interés superior del niño, situación que también ha sido ratificado por los Jueces de Familia de Arequipa. Lo que demuestra nuestra posición.



RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se debe propiciar el estudio y trabajos de investigación referidos a asuntos de familia, como el caso de tenencia de menores, con la finalidad de buscar su difusión, conocimiento y correcta aplicación. Sobre todo enfatizando que actualmente la tenencia no se concibe únicamente como derecho de los padres, más bien como una relación personal que debe existir entre padres e hijos, basada en una relación de convivencia que permita al menor desarrollarse integralmente.

SEGUNDA: Se debe propiciar los estudios e investigaciones sobre los alcances del principio del interés superior del niño, con la finalidad de propiciar su conocimiento y su correcta aplicación, a fin de salvaguardar el interés superior y los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. Para su organización debe convocarse la participación de las Universidades, del Poder Judicial, Ministerio Público (Fiscalías de Familia), Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, entre otras instituciones.

TERCERA: Dado que en nuestro país, en los hechos existen muchos casos donde la tenencia es ejercida por personas distintas que los padres, como abuelos, tíos, hermanos, padrinos, padres o madres afines, etc. cumpliendo con todas las obligaciones que exige la tenencia, pero sin ser legalmente reconocidos, por lo que a pesar de ser padres afectivos de los menores, tienen muchas dificultades para gestionar adecuadamente la educación de los menores, para llevarlos de viaje o autorizar viajes, para casos de tratamientos médicos especializados, para defender los derechos del menor, etc. lo que va definitivamente en perjuicio de los derechos e intereses del menor. Por ello debe modificarse el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, con la finalidad de extender el otorgamiento de tenencia a personas distintas que los progenitores, para lo cual a continuación se plantea una propuesta de ley.

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 84° DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

PROYECTO DE LEY N°: _____

Proyecto de Ley que propone la modificación del artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, referido al otorgamiento de tenencia de menores a personas distintas que los progenitores.

El Congresista de la República que suscribe, _____, miembro del Grupo Parlamentario _____, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. SITUACIÓN FÁCTICA DE LA TENENCIA EN NUESTRO PAÍS

En el Perú existen hogares donde la responsabilidad de los hijos la ejercen los abuelos, tíos, familiares e incluso terceras personas, supliendo todas las necesidades de los menores, ello porque fueron abandonados por uno o los dos padres. Asimismo, encontramos diversos tipos de familia, como las familias ensambladas, reconstituidas y similares que no han merecido regulación en el derecho de familia (Exp. 09332-2006-PA/TC).

Es frecuente que nos encontremos con personas con alto sentido humano, ya sean ellos familiares o no, sin ninguna garantía legal ejerzan tenencia de hecho de menores, sin que se establezcan los derechos y las obligaciones ni del menor ni de la persona que los tiene, por lo que en muchos casos, después de haberse establecido un profundo e irremplazable vínculo afectivo entre ellos, son arrancados por los irresponsables padres, sin respetar el mínimo derecho del niño ni de la persona, en otros casos se entablan

encarnados conflictos judiciales y extrajudiciales, entre los padres y las personas que prohíjan al menor, o entre familiares, en todos ellos motivados por intereses nada afectivos y contrarios a los intereses del menor. Asimismo, en otros casos los niños contra su voluntad son internados en hogares para niños en abandono, por cuanto las personas que prohíjan no cuentan con las suficientes garantías para retenerlos.

En tal sentido, consideramos que es tiempo que nuestro Código de Niños y Adolescentes contemple esta situación, pues si nos enmarcamos únicamente en lo prescrito en dicho Código y seguimos pensando que la tenencia es únicamente el derecho de los padres, estaríamos negando la realidad y vulnerando los derechos fundamentales y principios constitucionales que protegen al niño, como el principio de protección especial del niño, el principio del interés superior del niño, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y el derecho al desarrollo armónico e integral (EXP. N° 01817-2009-PHC/TC.).

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La Constitución Política del Perú en su artículo 1° señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, por lo que el bienestar del niño debe ser prioritario a nivel del Derecho de Familia.

La cuarta disposición final y transitoria de la Constitución señala que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. En ese sentido, en materia de derecho familiar se debe tomar en cuenta que 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”.

El artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, refiriéndose al Interés superior del niño y del adolescente, dispone que: “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.”

La Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes, promulgada con fecha 21 de julio del 2000, en su artículo 81° señala que “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 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”.

El mismo Código de Niños y Adolescentes, en su artículo 84° señala 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; 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”

Como podemos ver el principio del interés superior del niño se constituye en el punto de referencia para la dilucidación de situaciones que implican derechos del menor, como es el caso de tenencia, toda vez que dicho principio 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 (Casación N° 4881-2009-Amazonas).

En ese marco, la aplicación de la normatividad de la Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes, ha quedado insuficiente en el contexto actual que vivimos, donde por las relaciones interpersonales cada vez más complicadas, uno o los dos padres simplemente no se hacen responsables de sus hijos, por lo que muchos niños y adolescentes quedan bajo el cuidado (o tenencia de hecho) de los abuelos, tíos, hermanos, padres afines, familiares o personas de caridad, como es el caso de los padrinos. Estas personas prohíjan al menor, haciéndose cargo de todas sus necesidades como hijo, sin embargo no tienen la posibilidad de ejercer conforme a ley la tenencia de estos menores. En muchos casos, cuando los irresponsables padres ven la posibilidad de obtener provecho de sus hijos, arrancan del hogar al cual habían pertenecido hasta ese momento, rompiendo abruptamente el lazo afectivo, con el consecuente trauma para el menor, así como para las personas que prohijaron al menor.

En tal sentido, actualmente nuestros tribunales comienzan a pronunciarse favorablemente al otorgamiento de la tenencia de menores a personas distintas de los progenitores, tal es el caso de la demanda de tenencia tramitada como Expediente N° 1432-2009, donde la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Suprema de Lima, respecto a una situación de conflicto donde se discutía la tenencia de un menor de edad entre el progenitor y el abuelo materno luego de la muerte de la madre, ha resuelto otorgarle la tenencia al abuelo y un régimen de visitas a favor del padre, en aplicación extensiva del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes para incluir al abuelo que ha convivido mayor tiempo con el menor, siempre que le resulte favorable. Asimismo tenemos el caso de la Casación N° 4881-2009-AMAZONAS donde, en caso donde se discutía la tenencia de una menor entre los abuelos maternos y el padre, la Corte Suprema ha resuelto otorgarle 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. Así también tenemos el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2165-2002-HC/TC, donde el alto intérprete constitucional, señalando que el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de éste y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, resuelve que la tenencia de la niña debe ser entregada a doña Lady Rodríguez Panduro.

El diseño del artículo 84° de la Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes, responde únicamente para el otorgamiento de tenencia de menores a los progenitores, sin embargo se omitió la posibilidad de otorgar en casos excepcionales, la tenencia del menor a los abuelos, tíos, hermanos, u otros familiares o personas de buen corazón, muy a pesar que a nivel de la vida familiar peruana, en el caso de niños y adolescentes abandonados por sus padres, los abuelos, familiares, e incluso otras personas, se responsabilizan del cuidado y protección de los menores, prohíjan, estableciendo vínculos afectivos de padres y proveyendo para las necesidades del menor.

En esas condiciones, la actual regulación del Código de Niños y Adolescentes no garantiza el debido respeto del interés superior del niño, pues es común en nuestro país que personas con alto sentido humano, sin garantía alguna ejerzan tenencia de hecho de menores, sin que se establezcan los derechos y las obligaciones ni del menor ni de la persona que los tiene, por lo que en muchos casos, después de haberse establecido un profundo e irremplazable vínculo afectivo entre ellos, son arrancados por los irresponsables padres, sin respetar el mínimo derecho del niño ni de la persona, en otros casos se entablan encarnecidos conflictos judiciales y extrajudiciales, entre los padres y la personas que prohíjan al menor, o entre familiares, en todos ellos motivados por intereses nada afectivos y contrarios a los intereses del menor. Asimismo, en otros casos los niños contra su voluntad son internados en hogares para niños en abandono, por cuanto las personas que prohíjan no cuentan con las suficientes garantías para retenerlos.

En el marco de las premisas señaladas, es necesario adoptar las medidas necesarias a efecto de modificar dicho artículo, sin que ello vulnere la atención más ágil que el interés superior del niño requiere.

III. FUNDAMENTO TEÓRICO Y TERMINOLOGÍAS BÁSICAS

5.1. PATRIA POTESTAD

Alex Plácido (2002), nos dice que “la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de éstos. En ella, está estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley” (p. 318).

La patria potestad, como señala Benjamín Aguilar (2013), “se caracteriza por ser intransferible, personalísima, irrenunciable y temporal. Personalísimo porque la patria potestad está contemplada en función de los padres, solo de ellos, no es posible que se pueda ceder o delegar, intransferible porque no es posible su transmisión en todo o en parte, irrenunciable, porque no es factible renunciar a la patria potestad y temporal, porque su existencia es mientras exista un incapaz al que hay que cuidar, pero cuando éste adquiere la capacidad, ya no tiene sentido la patria potestad” (p. 209).

Los deberes y derechos de los padres a favor de los hijos menores por ejercicio de la patria potestad se encuentran enumerados en el artículo 423° del Código Civil en concordancia con el artículo 74° del Código del Niño y del Adolescente, estos deberes y derechos son:

- 1) Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
- 2) Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

- 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.
- 4) Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- 5) Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.**
- 6) Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- 7) Administrar los bienes de sus hijos.
- 8) Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

5.2. LA TENENCIA DE MENORES

La Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que “la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres, al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro” (Casación N° 1738-2000-Callao).

Chunga Lamonja (2008), “la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo por extensión señala el Código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés” (p. 350).

5.3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño, que en el numeral 1) de su artículo 3°, dispone que “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” (CDN, 1989, artículo 3).

En nuestra legislación, el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, dispone que “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” (CNA, 2000, T.P. Artículo IX).

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de nuestra República ha señalado que “el principio del 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” (Casación N° 4881-2009-AMAZONAS, 2011, quinto considerando).

En ese sentido, la tutela del interés superior del niño tiene por objetivo constituir una garantía al desarrollo integral del niño. Por lo que, en los procesos judiciales de tenencia como primera acción se debería realizar un test de protección de derechos sobre la base de dos aspectos complementarios:

- a) Una directriz, de preferencia de interpretaciones normativas. Así, el magistrado deberá optar por hacer prevalecer la norma más favorable al menor con independencia de su nivel jurídico.
- b) El resultado de la evaluación psicológica del menor y progenitores a efectos de determinar el derecho del menor de convivir con el “mejor progenitor”.

Solo con este mecanismo sería factible una protección real de los niños en un proceso judicial, por cuanto la judicatura suele interpretar que se protege los derechos de éstos con una preferencia –por lo general– hacia las mujeres, sobre la base de las acciones afirmativas en la materia.

En ese sentido, concordando con Zermatten podemos decir que “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el 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 será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia” (Zermatten, 2003, 15).

5.4. OTORGAMIENTO DE TENENCIA A LOS ABUELOS, FAMILIARES Y PERSONAS DISTINTAS QUE LOS PADRES

Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En muchos hogares peruanos, los abuelos ejercen el papel de padres, supliendo desde las necesidades afectivas hasta las necesidades físicas y sociales del menor. Así también tenemos a los hermanos y tíos que se hacen cargo de sus familiares supliendo las necesidades del menor. Es más, en nuestro país se encuentra bastante arraigado en caso de padrinos que crían y cuidan a sus ahijados, que son personas de buen corazón que suplen las necesidades sin ser pariente, sino una persona que se encuentra ligado al menor por razones de religión y la moral.

Sin embargo, nuestra normatividad no garantiza la posibilidad de tenencia de parte de estas personas, familiares o no, muy a pesar que ellos son los responsables y ejercen el papel de padres para los menores. Por ello, el debido respeto del interés superior del niño no se cumple, pues estas personas ejercen la tenencia de hecho del menor sin garantía alguna, sin que se establezcan los derechos y las obligaciones ni del menor ni de la persona que los tiene, por lo que en muchos casos, después de haberse establecido un profundo e irremplazable vínculo afectivo entre ellos, los padres olvidando su irresponsabilidad arrancados los niños del hogar que formaron, sin respetar el mínimo derecho del niño ni de la persona que los acogió, en otros casos se entablan encarnecidos conflictos judiciales y extrajudiciales, entre los padres y las personas que prohíjan al menor, o

entre familiares, en todos ellos motivados por intereses nada afectivos y contrarios a los intereses del menor. Asimismo, en otros casos los niños contra su voluntad son internados en hogares para niños en abandono, por cuanto las personas que prohíjan no cuentan con las suficientes garantías para retenerlos.

Bajo este esquema, atendiendo al interés del hijo, principio rector en nuestro Derecho de Familia, que regula un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores, se hace necesario la intervención de los poderes públicos para asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 4° de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia.

Es ese sentido, que existe la necesidad que nuestra legislación haga extensivo, pero de manera excepcional, previa evaluación del equipo multidisciplinario, la tenencia de los hijos podrá ser otorgada a los abuelos, parientes u otras personas y, de no haberlos, a una institución idónea, en ese orden de prelación, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Sin embargo, para ello es necesaria la modificación del artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, con la finalidad de prever la decisión jurisdiccional, para que cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, pero de forma excepcional, anteponiendo a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones

IV. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente velar por el adecuado cumplimiento y aplicación del principio del interés superior del niño, haciendo que excepcionalmente, previa evaluación del equipo multidisciplinario, la tenencia de los hijos pueda ser otorgada a los abuelos, parientes u otras

personas. Por lo que, no es posible establecer una valoración de carácter económico referido a los efectos que generen la aprobación de la presente iniciativa legislativa. Lo que más bien se logrará es velar por la correcta aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente y proveer de herramientas suficientes a los operadores del derecho en el caso de los procesos de tenencia.

V. EFECTO DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La iniciativa legislativa implica únicamente la modificación del artículo 84° de la Ley N° 27337 a efecto de perfeccionar la norma.

VI. FÓRMULA LEGAL

Por lo expuesto, se somete a estudio el siguiente texto legal:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 84° DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo Único.- Modificación del artículo 84° del Código de Niños y Adolescente

Modifíquese el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 84.- Facultad del juez

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;
- 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.

Excepcionalmente, previa evaluación del equipo multidisciplinario, la tenencia de los hijos podrá ser otorgada a los abuelos, parientes, y de no haber familiares a terceras personas, en ese orden de prelación, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

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.”

Lima, 09 de setiembre del 2018.



BIBLIOGRAFÍA

- Águila Grados, Guido y Morales Cerna, Josué (2011). El ABC del derecho Civil Extrapatrimonial. Lima. Editorial San Marcos
- Aguilar Llanos, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales.
- Aguilar Llanos, Benjamín (2016). Tratado de Derecho de Familia. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Belluscio, César Augusto (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomo I y II. Buenos Aires: Ediciones Astrea.
- Bermúdez Tapia, Manuel (2012). Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos.
- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo (2004). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Buaiz Valera, Yuri Emilio (2013). Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura.
- Calderón Beltrán, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores.
- Canales Torres, Claudia (2014). Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión. Lima: Gaceta Jurídica.
- Canales Torres, Claudia (2014). Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Chunga Lamonja, Fermín (2012). Derecho de Menores. Lima: Editorial Jurídica GrijLey.
- Cornejo Chávez, Héctor (1999). Derecho familiar peruano. Décima Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores SRL.
- Comisión Andina de Juristas (2009). Derecho de familia. Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional N° 3. Lima: Comisión Andina de Juristas.

- Corte Superior de Justicia de Lima (2007). Acceso a la justicia de familia y criterios jurisprudenciales. Comisión de capacitación - Área de familia. Lima-Perú
- Cusma Cáceres, Gissele (2013). Familias ensambladas. Lima: Guy editores E.I.R.L.
- De Trazegnies Granda, Fernando y otros (1990). La Familia en el Derecho Peruano. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica de Lima.
- Fernández Sessarego, Carlos (2015). Derecho a la identidad personal. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández Revoredo, Marisol (2013). Manual de Derecho familia. Constitucionalización y diversidad familiar. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Gaceta Jurídica (2005). Constitución Política Comentada. Tomo I y II. Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Gaceta Jurídica (2010). Código Civil Comentado. Tomo II y III. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Gaceta Jurídica (2013). Código Civil en su Jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gallegos Canales, Yolanda y Jara Quispe, Rebeca (2014). Manual de Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores.
- Garay Molina, Ana Cecilia (2009). Custodia de los Hijos cuando se da fin al matrimonio: Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad). Lima GrijLey.
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso (2005). La argumentación en el Derecho. Segunda edición corregida. Lima: Palestra.
- Hawie Lora, Illian Milagros (2015). Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia. Lima: Gaceta jurídica.

- Hinostroza Minguez, Alberto (2017). Procesos Judiciales derivados del Derecho de familia. Lima: Justitia.
- Mejía Salas, Pedro (2009). La Patria Potestad. Lima: Librería y Ediciones jurídicas.
- Méndez Costa, María José (2006). Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Méndez Costa, María Josefa; Ferrer, Francisco y Otros (1982). Derecho de Familia. Tomo I-II Buenos Aires. Ediciones Rubinzal-Culzoni.
- Meza Torres, Yelena. (Cood.) (2018). Código de Niños y Adolescentes Comentado. Lima: Jurista Editores.
- Montoya Chávez, Víctor Hugo (2007). Derechos fundamentales de los niños y adolescentes. El interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4° de la Constitución. Lima: GrijLey.
- Palomino Ramírez, Nancy y Arana Zegarra, María Teresa (2011). Marco conceptual sobre familia. Lima: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Dirección de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia
- Peralta Andía, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: Idemsa.
- Pérez Contreras, María de Monserrat (2000). Derechos de los padres y los hijos. Colección nuestros derechos. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Plácido Vilcachagua, Alex (2008). Manual de Derecho de Familia. Un enfoque de estudio de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Plácido Vilcachagua, Alex (2015). Manual de Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.
- Plácido Vilcachagua, Alex (2016). El principio del Interés Superior del Niño. Lima: Academia de la Magistratura.

Poder Judicial (2015). *Plan Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad – Poder Judicial 2016 – 2021*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Rodríguez Pinto, María Sara (2010). *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia*. Chile: Abelodo Perrot.

Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución política de 1993*. Tomo I y II. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Torres Carrasco, Manuel Alberto (2014) (Coordinador). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.

Unicef (1999). *Justicia y derechos del niño*. Santiago de Chile: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2012). *Jurisprudencia sobre Derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

ARTÍCULOS

Aguilar Llanos, Benjamín (2010). *Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho*. En: *Revista Gaceta Constitucional*. Tomo 35. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Aguilar Llanos, Benjamín (2012). *¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?* En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 164. Mayo 2012.

Aguilar Llanos, Benjamín (2014). *Patria Potestad*. En: *Patria Potestad, Tenencia y alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.

Aguilar Llanos, Benjamín (2018). *Interés superior del niño y adolescente*. En: *Código de los Niños y adolescentes comentado*. Lima: Jurista Editores.

Aguilar Llanos, Benjamín (2018). *Tenencia del niño y adolescente*. En: *Código de los Niños y Adolescentes Comentado*. Lima: Jurista Editores.

- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1.
- Alegre, Silvana; Hernández, Ximena y Roger, Camile (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. En: Cuaderno 5, del Sistema de Información de la primera infancia en América latina.
- Ayvar Chu, Karina (2010). ¿Tienen los abuelos legitimidad para obrar en un proceso de tenencia? En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 195. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bermúdez Tapia, Manuel (2012). La mejor cualidad como condición para ponderar la tenencia de menor cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 164. Lima: Gaceta Jurídica
- Calderón Beltrán, Javier Edmundo (2011). ¿La madre cría y el padre provee? Desenterrando mitos respecto de la tenencia” En: Diálogo con la jurisprudencia N° 159. Lima: Gaceta Jurídica.
- Canales Torres, Claudia (2014). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia. En: Patria Potestad, Tenencia y alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cillero Bruñol, Miguel (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Justicia y derechos del niño. Editado por UNICEF.
- Mosquea Vásquez, Clara Cecilia (2012). Tenencia de menor solo puede ser ejercida por los padres. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 164. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ninamancco Córdova, Fort (2016). Manifiesto sobre los Plenos Jurisdiccionales Civiles. Estudio introductorio. En: Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas. Vol. I (2016). Lima: Gaceta jurídica.

- Olgúin Britto, Ana María (2014). Consideraciones sobre la tenencia compartida en el Perú. En: Gaceta Civil & Procesal civil. Tomo 13. Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido, Alex (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. En Revista Derecho N° 71. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sokolich Alva, María Isabel (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. En Revista Vox Juris N° 25. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. Derecho de Relación. Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes. Disponible en Web: http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/DERECHO_DE_RELACION.pdf
- Zarate Del Pino, Juan Belfor (2014). El problema de los disensos. Sobre el ejercicio de la patria potestad y la tenencia. En: Gaceta Civil & Procesal civil. Tomo 14. Lima: Gaceta Jurídica.
- Zermatten, Jean: El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico, Informe de Trabajo, 3-2003, pp. 1-30. Disponible en: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

LEYES

- Constitución Política del Perú, promulgada el 31 de octubre de 1993.
- El Código de Niños y Adolescentes, promulgado el 21 de agosto del 2000, mediante Ley N° 27337. Vigente desde el 08 de agosto del 2000.
- Código Civil, promulgado el 24 de julio de 1984, mediante Decreto Legislativo N° 295. Vigente desde 14 de noviembre de 1984.
- Ley N° 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Vigente desde el 18 de junio del 2016.
- La Declaración de los Derechos del Niño, aprobado el 20 de noviembre de 1959.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Vigente desde el 02 de septiembre de 1990.

Observación General N° 14 (2013). El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Aplicación del artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

JURISPRUDENCIA

Expediente N° 01817-2009-PHCTC. Sobre el principio del interés superior del niño y otros.

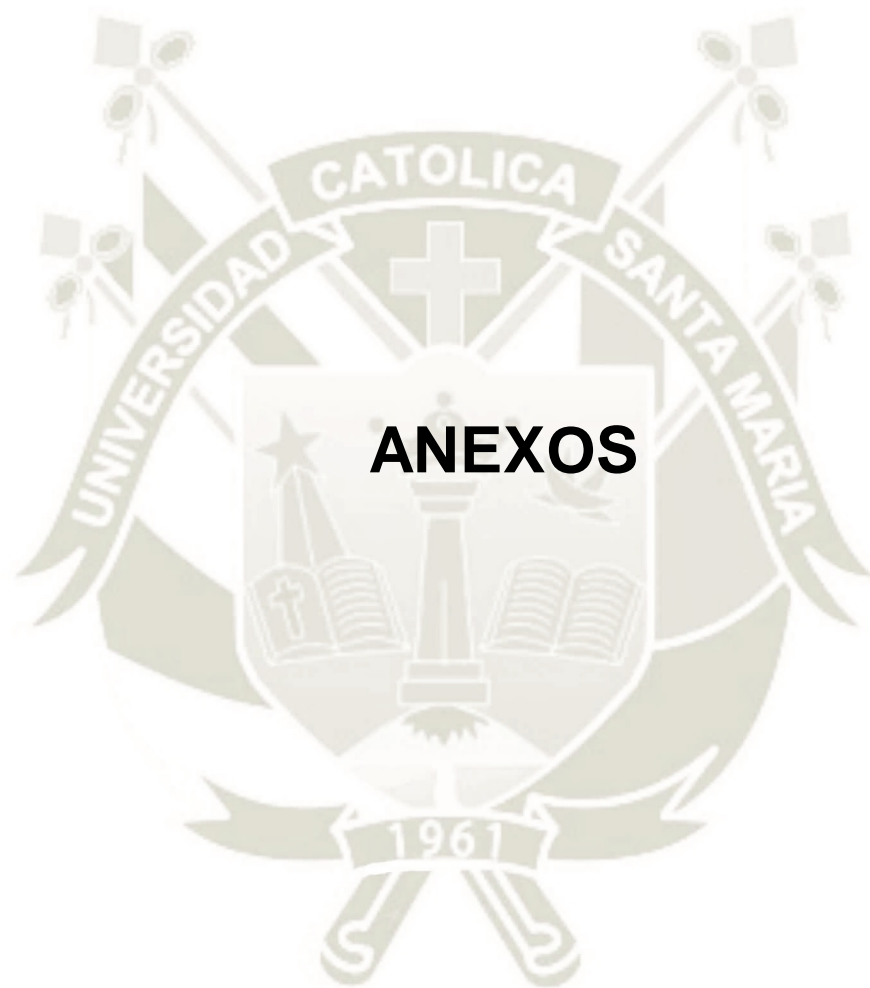
Expediente N° 2165-2002-HCTC. Caso Lady Rodríguez. Tenencia por parte de otra persona.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01817-2009-PHC/TC. Fundamento Jurídico 16.

Casación N° 1432-2009-Lima. Decisión judicial de tenencia a abuelos.

Casación N° 4881-2009-Amazonas, del 05 de abril del 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 4774-2006 - La Libertad, del 04 de abril del 2007, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.



ANEXO 01. Proyecto de Tesis

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Constitucional



**OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A
PERSONAS DISTINTAS DE LOS PADRES, EN SALVAGUARDA DEL
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

AREQUIPA, 2017.

Proyecto de Tesis presentado por la Bachiller:
Vargas Calderón, Jenny Zelmy

Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho Constitucional

Asesor:
Mgter. Fernández Salguero, James

**Arequipa –Perú
2017**

I. PREÁMBULO

Revisando las estadísticas publicadas por los organismos públicos locales y nacionales nos damos cuenta que, en nuestro país, en muchos hogares la responsabilidad respecto a menores, niños o adolescentes, vienen siendo ejercidas por personas distintas que los padres, como los abuelos, tíos, familiares e incluso terceras personas, supliendo todas las necesidades de los menores, por cuanto uno o ambos padres se han desentendido de sus hijos. Esta situación también se da en las familias ensambladas, reconstituidas o similares, que en nuestro país no han merecido regulación en el Derecho de Familia (STC, Exp. 09332-2006-PA/TC, FJ. 8 y ss.).

Notamos también que en nuestro país, muchas personas con alto sentido humanitario, sean familiares o no, sin contar con ninguna garantía legal, ejercen la tenencia de hecho de menores abandonados, sin que se establezcan legalmente ningún derecho ni obligación entre ellos y el menor. En muchos casos, sin respetar los profundos e irremplazables lazos de afecto establecidos entre ellos, los padres biológicos, de manera caprichosa, han arrancado a los menores del lado de sus tenedores, sin pensar en lo más conveniente al interés del menor. En otros casos, contra su voluntad los niños han sido internados en hogares para niños abandonados, puesto que las personas que prohíjan, no gozan legalmente de la tenencia.

En ese contexto, consideramos que nuestro Código de Niños y Adolescentes, considere la posibilidad de otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, y que ésta puede conjugarse con la tutela, con el afán de proteger el interés superior del menor, posibilitando que puedan vivir y desarrollarse en una familia (Exp. N° 01817-2009-PHC/TC).

Nuestra jurisprudencia ya comienza a pronunciarse en este sentido (Cas. N° 4881-2009-Amazonas), en salvaguarda del principio del interés superior del niño, niña y adolescente que según el Tribunal Constitucional constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Constitución (Exp. N° 02132-2008-PA/TC, FJ. 5). Esta situación es la que me motiva a plantearme la presente investigación.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A PERSONAS DISTINTAS DE LOS PADRES, EN SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- a. Campo: Ciencias jurídicas
- b. Área : Derecho de Familia - Derecho Constitucional
- c. Línea : Tenencia de menores

1.2.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

| VARIABLES | INDICADORES | SUB INDICADORES |
|--|---|---|
| <p>Variable Independiente PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (Es un derecho, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento, que busca la satisfacción integral, simultánea y armónica de los derechos del niño, por lo que cuando existan conflictos sobre los derechos e intereses de los niños y otros derechos e intereses igualmente legítimos, se atiende el interés superior de la niña, niño o adolescente como consideración primordial).</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Principio del interés superior del niño en nuestro ordenamiento legal y constitucional. • Principio del interés superior en los procesos de tenencia de menores. | <ul style="list-style-type: none"> - Status jurídico del principio del interés superior del niño. - Funciones normativas del interés superior del niño. - Aplicación del principio del interés superior en los procesos de familia que involucran menores - El principio del interés superior del menor para el otorgamiento de tenencia de menores |
| <p>Variable Dependiente OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A TERCERAS PERSONAS. (Concederle el derecho de tenencia o tutela de menores a personas que no son los padres del menor, como abuelos, hermanos, tíos, incluso terceras personas e instituciones tutelares).</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Tenencia de niños y adolescentes en nuestra regulación jurídica • Otorgamiento de tenencia a personas distintas que los padres | <ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurídica - Tipos de tenencia - Reglas de otorgamiento de tenencia - Reglas de otorgamiento de tenencia a los padres - Reglas de otorgamiento a otras personas distintas de los padres - La tenencia vs tutela |

1.2.3. INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tenencia de niños y adolescentes según nuestro ordenamiento jurídico?
- ¿Cuál es el status jurídico del principio del interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cuáles son los alcances del principio del interés superior del niño en los procesos de tenencia de niños y adolescentes?
- ¿Es procedente otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, existiendo padres con patria potestad, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente?

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- **Tipo** : Documental
- **Nivel** : Descriptivo - Explicativo

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

En nuestra normativa, la tenencia de niños y adolescentes se regula a través del Código de Niños y Adolescentes, artículos 81° al 87°, que fue modificada mediante Ley N° 29269, que introduce la tenencia compartida. Sin embargo, nuestro Código no contempla el derecho de los abuelos y familiares cercanos que puedan tener derecho a la tenencia de menores, cuando existe una relación fenecida de los padres, aunque sí ha previsto el caso de tutela, que llevan implícitamente la tenencia de menores. Sin embargo, su naturaleza y sus alcances no son los mismos, tampoco se regula la posibilidad de conjugar estas instituciones familiares.

Creemos que teniendo en cuenta la especial situación de convivencia familiar que existe en nuestro país, donde muchos menores viven bajo la tenencia de hecho de abuelos, hermanos, tíos, familiares, padrinos, entre otros, aunque en la realidad los padres continúen gozando de la patria potestad por no haberseles suspendido; en salvaguarda del principio del interés superior del menor, de rango constitucional en nuestro país, debe regularse la posibilidad de otorgar la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, con el afán de proteger el interés superior del menor, por cuanto entre los niños y los familiares que ejercen la tenencia surge un grado altísimo de emparentamiento emocional, por lo que la variación o ruptura de esta situación

podría tener consecuencias muy perjudiciales para los menores, vulnerándose el principio del interés superior del niño.

En base a lo señalado, creemos que la realización de la presente investigación tiene:

Relevancia Jurídica, porque la posibilidad de otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, en aplicación del principio constitucional del interés superior del niño, se enmarcan en el ámbito jurídico, por lo que el problema investigado es relevante jurídicamente.

Relevancia Científica, porque la presente investigación, en base a un análisis sistemático de nuestra normatividad, de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, va a permitirnos comprender la naturaleza de la tenencia de menores, requisitos de otorgamiento y su interrelación con otras instituciones familiares como la tutela, y en base a ello, se planteará nuevas tendencias de interpretación y aplicación de la normatividad respecto al otorgamiento de la tenencia de menores a personas distintas a los padres, permitiendo la conjunción de la tutela y la tenencia, en aplicación del interés superior del niño.

Relevancia Humana, pues por las razones antes expuestas, los resultados de la presente investigación beneficiará a los niños y adolescentes que no se encuentran con sus padres, que se encuentran bajo la tenencia de hecho de los abuelos, hermanos, tíos, entre otras personas, sin que la patria potestad haya sido suspendido, sin que legalmente se encuentran amparados los derechos y los lazos de amistad que nacen entre los niños y las personas que los tienen.

Relevancia Contemporánea, porque el tema que analizamos es actual, toda vez que en estos últimos años nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, se viene pronunciando sobre esta problemática jurídico-social surgida en el entorno de las familias peruanas, los cuales confirman que en nuestra sociedad actual existen niños y adolescentes estrechando relaciones familiares con personas distintas que los padres, lo que no ha sido reconocida por nuestra legislación.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. El Principio del Interés Superior del Niño

2.1.1. Interés superior del niño

Nuestra Corte Suprema ha señalado que “el principio del interés superior del niño implica que el desarrollo del niño 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” (Casación N° 4881-2009-Amazonas, del 05/04/2011, quinto considerando).

Alex Plácido (2008) señala que “el interés superior del niño es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc. que también influyen en los medios elegibles” (p. 171)

2.1.2. La protección del interés superior del niño, niña y adolescente como contenido constitucional

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la norma fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)” (STC, Exp. N.º 02132-2008-PA/TC, FJ. 5).

De modo que, el principio del interés superior del niño es un principio de rango constitucional, un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, por lo que cuando existan conflictos sobre los derechos e intereses de los niños y otros derechos e intereses igualmente legítimos, se atiende el interés superior de la niña, niño o adolescente como consideración primordial.

Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que “tal contenido de fundamentalidad [del principio del interés superior del niño] es reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante resolución legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en separata especial el 22 de noviembre de 1990 y mediante ley N° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la “Convención sobre los Derechos del Niño” (STC, Exp N ° 04058-2012-PA/TC, FJ. 14).

Justamente dicha Convención en el numeral 1) de su artículo 3° señala que “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”.

Según el artículo 55° de nuestra Constitución “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y según la cuarta disposición complementaria de la misma Carta Magna “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. De modo que, la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido suscrita por el Perú, por lo que forman parte de nuestro derecho y de rango constitucional, por lo que el principio del interés superior del niño es uno de rango constitucional y de carácter de derecho fundamental.

2.1.3. Fundamento jurídico del principio del interés superior del niño

Por la importancia del principio del interés superior del niño, éste ha sido consagrado tanto en normas internacionales de derechos humanos, así como normas nacionales.

a. Ámbito internacional

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de

oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (DDN, del 20/11/1959, principio 2).

Sobre la base de lo establecido por la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1 dispone que: “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” (CDN, 1989, artículo 3.1).

Respecto al artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño, en el año 2013 ha elaborado la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, con el objeto de mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño, a que su interés superior sea evaluado y constituya una consideración primordial. Con el propósito de promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.

Asimismo, podemos citar otras normativas o documentos internacionales que consagran el principio del interés superior del niño. Así tenemos, la Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señala que el principio del interés superior del niño se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (CIDH, 2002, OC-17/02, párr. 56).

También tenemos el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, que establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

b. Ámbito nacional

A nivel de nuestra normativa nacional, el artículo 4° de la Constitución Política establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al

adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a éstos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)” (Constitución, 1993, artículo 4).

De modo que, al señalar que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, implícitamente está consagrando el interés superior del niño. Así el Tribunal Constitucional ha señalado que “teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (STC en el EXP. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ 11.).

En ese orden, el artículo IX del título preliminar del Código de Niños y Adolescentes, dispone que “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” (CNA, Artículo IX del TP).

Finalmente, el 27 de mayo del 2016 se ha expedido la Ley N° 30466, ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, que tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

La indicada normatividad señala que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

2.2. Tenencia de niños y adolescentes

2.2.1. La Patria Potestad

Según Peralta Andía (2008) “la patria potestad es una institución del derecho de familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus menores hijos. En suma, este instituto beneficia y cautela prioritariamente los derechos de los hijos desde la concepción, la niñez y adolescencia, teniendo como directriz el principio superior del niño y adolescente con la finalidad de que aquellos puedan desarrollarse de manera adecuada en los planos: personal, social, económica y cultural” (pp. 523-524).

Bermúdez Tapia (2012) señala que “patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado” (p. 456).

2.2.2. Titularidad y ejercicio de la Patria Potestad

El artículo 418° del Código Civil señala que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”.

La titularidad de la patria potestad corresponde, “en principio a ambos padres. Como consecuencia de esa determinación, se les atribuye a los padres el conjunto de deberes-derechos, que son el contenido de la patria potestad” (Plácido, 2002, pp. 317-318).

Conforme a lo señalado, la patria potestad sólo podría ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer grado, como son de padres a hijos. Sin embargo, modernamente el ejercicio de la patria potestad no está siendo únicamente confiada a los padres, sino en determinados supuestos también se ha confiado a los abuelos, tíos e incluso a terceras personas, existiendo los padres.

2.2.3. Contenido de la patria potestad

El ejercicio de la patria potestad supone el ejercicio de deberes y derechos correlativos, es decir, de los padres a los hijos y viceversa, pues en ese sentido ha establecido nuestra Constitución, cuando en su artículo 6° señala que “es deber y

derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, y correlativamente, los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

Asimismo, conforme señala el artículo 418° del Código Civil por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, especificándose mediante el artículo 423° los derechos y deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad, concordante con el artículo 74 del Código de Niños y Adolescentes.

2.2.4. Tenencia de menores

Nuestra Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la “tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres, al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro” (Casación Nº 1738-2000-Callao).

En ese sentido, la tenencia viene a ser una institución familiar que se instituye cuando los padres están separados de hecho o de derecho, con el fin de establecer con quien se quedan los hijos y además establecer el régimen de visitas para el padre que no obtuvo la tenencia.

La tenencia no es un derecho patrimonial, pero es un derecho que uno de los padres puede ceder a favor del otro, en los casos que establece la ley.

2.2.5. Tipos de tenencia

Doctrinalmente, se habla de tres tipos de tenencia, “la tenencia unipersonal o exclusiva, la tenencia compartida y la tenencia negativa” (Gallegos & Jara, 2014, p. 436).

- a) **La tenencia unipersonal.-** También es conocida como tenencia exclusiva o monoparental. Ocurre “cuando se le reconoce o se le otorga a uno de los padres la tenencia de su(s) hijo(s), teniendo en cuenta el nivel de relación entre el padre o madre con el hijo o hijos” (Bermúdez, 2012, 156).
- b) **La tenencia compartida.-** Es una modalidad de tenencia de los hijos, a través del cual, “luego de que se produce la separación de los padres, ambos

continúan de manera conjunta conviviendo con sus hijos o hijas, ejercitando de manera adyacente y en ribetes de igualdad los roles parentales que han surgido de la consanguinidad. En este caso, el hijo o hija convive por un tiempo determinado con uno de los padres, trasladándose luego al domicilio de su otro progenitor, de esta manera el niño o niña conservará íntegramente sus relaciones familiares paternas y maternas y ambos padres compartirán igualmente sin distinciones sus deberes y obligaciones paterno filiales” (Beltrán, 2011. pp. 109-119).

- c) La tenencia negativa.-** Es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores.

Este tipo de tenencia, lastimosamente afecta mucho los derechos de los menores, sin embargo en el Perú no se sanciona penalmente al padre que "no desea hacerse cargo de su hijo o hija".

La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres no se hacen cargo de él, aunque esta figura no puede existir, ya que un menor no puede estar a cargo de "nadie", el responsable del cuidado del niño, primeramente es la familia y, a falta de ello, el Estado tiene la obligación de actuar y reemplazar el vacío existente

2.2.6. La tutela y la tenencia

Como señala Cornejo Chávez (1988), “la tutela es una institución supletoria de amparo familiar que tiene como finalidad nombrar a una persona, denominada tutor, a efectos que cuide de la persona y bienes del menor que carece de padres; es decir, que no goza de la autoridad paterna y por lo tanto de los beneficios de la patria potestad. La tutela suple a la patria potestad” (p. 74).

Nuestro Código Civil en su artículo 526 dispone que “el tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste, proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia. Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia”.

Asimismo, el tutor representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquellos que por disposición de la ley, éste puede ejecutar por sí solo.

De igual manera, el Código Civil impone al tutor a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria.

De esta manera, nuestro Código Civil, regula algunas instituciones que implícitamente conllevan la tenencia del menor por personas distintas a los padres, tal es el caso de la tutela legítima, donde los abuelos paternos y maternos ejercen el cuidado del niño y de sus bienes, la tutela dativa, donde terceras personas más cercanas, ejercen el cuidado del menor y de sus bienes, aunque no se establecen el rango de preferencia. De modo que, observamos que estas instituciones familiares implícitamente comprenden la tenencia de menores por persona distinta que los padres, sin embargo no existe una regulación expresa, para que así los abuelos y familiares cercanos puedan acceder a la tenencia de menores sin que para ello tengan que someterse a procesos complicados.

Asimismo, con la actual regulación que tenemos, la tutela solo se da cuando no existe patria potestad, es decir cuando la patria potestad se ha suspendido, se ha extinguido, han fallecido los padres. Entonces como quedan los menores de quienes se desconoce la dirección de sus padres, o no se sepa el paradero de sus padres, o simplemente son niños cuyos padres los han abandonado. En estos casos, si bien formalmente no existe confluencia entre patria potestad y tutela, por su excepcionalidad se viene forjando la confluencia de la patria potestad y la tutela, la convivencia de la tenencia y la tutela.

Por otra parte, otra pregunta que nos planteamos es si ¿podría ejercerse tutela, estando el padre en ejercicio de la patria potestad? Al respecto, podemos citar la resolución casatoria 4881-2009-Amazonas, donde la Sala Suprema no solo otorga tenencia a los abuelos, sino también tutela. Como sabemos la tutela, es una institución de amparo del incapaz que entra en defecto de la patria potestad, sin embargo en el presente caso, observamos como la Sala, cambiando radicalmente la apreciación del Código Civil, nos señala que ello es posible, pues en ningún momento la sentencia casatoria se pronuncia por la suspensión del ejercicio de la patria potestad, ergo, el padre sigue en pleno ejercicio.

Creemos que la decisión de la Sala Suprema es acertada, toda vez que existen muchos casos donde los abuelos solicitan tutela, respecto de sus nietos que viven con ellos, en razón de que sus padres los han abandonado, o por razones

laborales los han dejado a su cuidado, o lo que es peor, la situación del padre que solo se limitó a reconocer a su hijo, y luego se olvidó de él, desapareciendo de su vida, y en esa situación, en la que el padre en los hechos no ejerce patria potestad, y se da el pedido de tutela, por parte de los abuelos, los jueces con criterio legalista se los niega, argumentando que existen padres, y como no han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, entonces no procede la tutela, desconociendo con ello los principios que inspiran el Código de los Niños y Adolescentes, la Convención de los Derechos del Niño, en particular el interés superior del niño y adolescente. Por lo que, consideramos acertado que la Sala Suprema se haya pronunciado no solo sobre la tenencia, sino también sobre la tutela, demostrándose con ello la posibilidad de coexistencia de patria potestad y tutela.

3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Realizando las averiguaciones en las bibliotecas de las universidades de nuestra ciudad, tanto de Pre Grado como de Post Grado, así como en otras universidades del país, no encontramos trabajos que hayan abordado el tema de “Otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas de los padres, en salvaguarda del principio constitucional del interés superior del niño. Arequipa, 2017”, lo que hace ver que el presente trabajo sea original.

Por otra parte, señalamos que existen algunos artículos, manuales e informes relacionados con el tema, a nivel de Internet, en las páginas o portales webs de instituciones u organismos públicos como el Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, estudios jurídicos, abogados independientes, entre otros, los que constituirán fuentes de información muy importantes para la ejecución del presente trabajo.

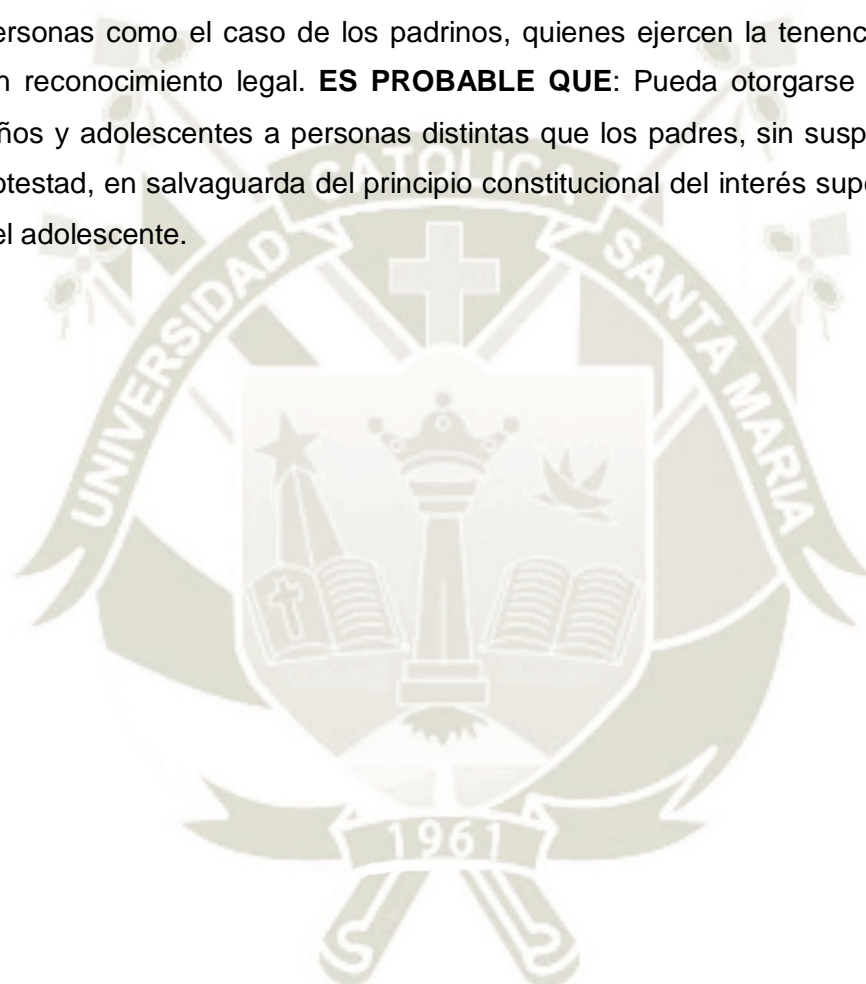
4. OBJETIVOS

1. Determinar la naturaleza jurídica de la tenencia de niños y adolescentes según el ordenamiento jurídico peruano.
2. Establecer el status jurídico del principio del interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento jurídico peruano.
3. Precisar los alcances del principio del interés superior del niño en los procesos de tenencia de niños y adolescentes.

4. Evaluar la procedencia del otorgamiento de la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, sin suspender la patria potestad, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente.

5. HIPÓTESIS

DADO QUE: En nuestra realidad local y nacional muchos niños se encuentran al cuidado de familiares como abuelos, hermanos, tíos, así como de terceras personas como el caso de los padrinos, quienes ejercen la tenencia de menores sin reconocimiento legal. **ES PROBABLE QUE:** Pueda otorgarse la tenencia de niños y adolescentes a personas distintas que los padres, sin suspender la patria potestad, en salvaguarda del principio constitucional del interés superior del niño y del adolescente.



III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas, instrumentos de verificación

1.1. Precisión

- **Técnicas**
 - Observación documental
- **Instrumentos**
 - Ficha de observación documental estructurada

1.2. Cuadro de Coherencias

| VARIABLES | INDICADORES/SUB INDICADORES | TÉCNICAS/INSTRUMENTOS |
|--|---|--|
| <p>Variable Independiente</p> <p>PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</p> <p>(Es un derecho, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento, que busca la satisfacción integral, simultánea y armónica de los derechos del niño, por lo que cuando existan conflictos sobre los derechos e intereses de los niños y otros derechos e intereses igualmente legítimos, se atiende el interés superior de la niña, niño o adolescente como consideración primordial).</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Principio del interés superior del niño en nuestro ordenamiento legal y constitucional. <ul style="list-style-type: none"> - Status jurídico del principio del interés superior del niño. - Funciones normativas del interés superior del niño. • Principio del interés superior en los procesos de tenencia y tutela de menores <ul style="list-style-type: none"> - Aplicación del principio del interés superior en los procesos de familia que involucran menores - El principio del interés superior del menor para el otorgamiento de tenencia y tutela de menores | <ul style="list-style-type: none"> • Observación Documental - Ficha de Observación documental estructurada |
| <p>Variable Dependiente</p> <p>OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A TERCERAS PERSONAS.</p> <p>(Concederle el derecho de tenencia o tutela de menores a personas que no son los padres del menor, como abuelos, hermanos, tíos, incluso terceras personas e instituciones tutelares).</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Tenencia de niños y adolescentes en nuestra regulación jurídica <ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurídica - Tipos de tenencia - Reglas de otorgamiento de tenencia • Otorgamiento de tenencia a personas distintas que los padres. <ul style="list-style-type: none"> - Reglas de otorgamiento de tenencia a los padres - Reglas de otorgamiento a otras personas distintas de los padres - La tenencia vs tutela | <ul style="list-style-type: none"> • Observación Documental - Ficha de Observación documental estructurada |

1.3. Prototipo de Instrumentos

**MODELO DE FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL DE RESOLUCIONES
JUDICIALES Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

| FICHA DE OBSERVACIÓN N° _____ | | | |
|---|----|---------|----|
| I. DATOS INFORMATIVOS: | | | |
| 1.1. Juzgado : | | | |
| 1.2. Juez : | | | |
| 1.3. Expediente : | | | |
| II. HECHOS | | | |
| III. PROBLEMA JURÍDICO | | | |
| IV. RATIO DECIDENDI | | | |
| V. DECISIÓN | | | |
| VI. VALORACIÓN DE LA RESOLUCIÓN | | | |
| Interrogantes que evalúan la calidad de Resolución | Sí | Parcial | No |
| 1. ¿Tiene claridad en el desarrollo de los argumentos? | | | |
| 2. ¿Mantiene un adecuado orden argumentativo? | | | |
| 3. ¿Tiene precisión en la argumentación y el fallo? | | | |
| 4. ¿Resuelve todas las peticiones planteadas? | | | |
| 5. ¿Valora todos los medios probatorios ofrecidos? | | | |
| 6. ¿Guarda una coherencia interna y externa? | | | |
| 7. ¿Está debidamente motivado? | | | |
| 8. ¿Respeto los plazos? | | | |
| 9. ¿La decisión es proporcional a las peticiones planteadas juzgados? | | | |
| 10. ¿Respeto el debido proceso? | | | |
| VII. COMENTARIOS DEL INVESTIGADOR | | | |

2. Campo de verificación:

2.1. Ubicación espacial

El estudio se realizará en el ámbito nacional.

2.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio está referido al período comprendido entre 2013 al 2016.

2.3. Unidades de Estudio:

Las unidades de estudio están constituidas por las sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional emitidas durante los años 2013 al 2016.

Universo:

El universo de la investigación está conformado por las sentencias de la Corte Suprema y sentencias del Tribunal Constitucional sobre el principio del interés superior del niño y el otorgamiento de tenencia a personas distintas que los padres, así como normas constitucionales, normas internacionales de derechos humanos y normas del Código del Niño y Adolescentes, del Código Civil y legislaciones especiales.

Muestra:

Por la naturaleza de nuestra investigación, nuestra muestra será igual que nuestro universo.

3. Estrategia de recolección de datos

3.1. Organización

- Para efectos de la recolección de datos, se coordinará con el Director de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa y profesores de las maestrías.
- Se efectuará las coordinaciones correspondientes con el Tribunal Constitucional (en su sede de Arequipa) y el Poder Judicial, así como con otras instituciones si fuera necesario.
- Para la recolección de datos se utilizará fichas de observación documental estructurada. Una vez recolectado los datos, estos se sistematizarán estadísticamente para efectuar el análisis, interpretación y conclusiones finales.

3.2. Recursos:

Recursos humanos

| Investigador | Colaborador | Mecanografiado |
|--------------|-------------|----------------|
| 01 | 01 | 01 |

Recursos materiales

| DENOMINACIÓN | CANTIDAD |
|----------------------------------|----------|
| Papel Bond | 2000 |
| Fichas bibliográficas | 100 |
| Fichas de observación documental | 80 |
| Tinta de impresora | 02 |
| Anillado | 09 |
| Uso de computadora | 02 |
| Empastados | 05 |

Recursos financieros

| DENOMINACIÓN | COSTO TOTAL |
|--|----------------|
| Recurso humanos | 4000.00 |
| Recursos materiales (bienes y servicios) | 600.00 |
| COSTO TOTAL GENERAL | 4600.00 |

3.3. Validación del instrumento

Para la validación del instrumento consistente en la ficha de observación estructurada se realizó una prueba piloto en una pequeña población conformada por magistrados, mediante la cual se han corregido algunos errores y se encuentran listos para su utilización.

3.4. Criterios para el manejo de resultados

Los datos recolectados se sistematizarán en cuadros y gráficos estadísticos, para presentarlo adecuadamente el informe, apoyándome con un ordenador y el programa EXCEL.

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

| TIEMPO ACTIVIDADES | JUNIO 2017 | JULIO 2017 | AGOSTO 2017 | SETIEM. 2017 | OCTUBRE 2017 |
|---------------------------------|---------------|---------------|----------------|-----------------|-----------------|
| 1. Recolección de datos | x | X | | | |
| 2. Estructuración de resultados | | | X | X | |
| 3. Informe final | | | | | x |

V. BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA DE ESPECIALIDAD

Aguilar Llanos, Benjamín (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Ediciones Legales.

Aguilar Llanos, Benjamín (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.

Bermúdez Tapia, Manuel (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos.

Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Calderón Beltrán, Javier Edmundo (2014). *La Familia Ensamblada en el Perú*. Lima: Andrus Editores.

Canales Torres, Claudia (2014). *Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima: Gaceta Jurídica.

Canales Torres, Claudia (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.

(Entre otros)

