



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

TENENCIA DE MENORES
EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN CONYUGAL

**PARA OPTAR EL TITULO DE
ABOGADO**

AUTOR:

ROSSANA ISABEL CAVERO CABRERA

ASESOR:

DR. ALBERTO VELARDE RAMÍREZ

LIMA, MAYO DEL 2022

Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 30-may.-2022 1:32 p. m. -05

Identificador: 1847340419

Número de palabras: 8997

Entregado: 1

Rossana Isabel Cavero Cabrera Por RossanaIsabel
Cavero Cabrera

Índice de similitud

23%

Similitud según fuente

Internet Sources:	23%
Publicaciones:	1%
Trabajos del estudiante:	15%

6% match ()

[Noblecilla Ulloa, Sandra Patricia. "Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño". Universidad Privada del Norte, 2014](#)

4% match (Internet desde 23-sept.-2021)

<https://core.ac.uk/download/pdf/288302727.pdf>

3% match (trabajos de los estudiantes desde 24-ago.-2018) [Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2018-08-24](#)

1% match (trabajos de los estudiantes desde 03-jul.-2018) [Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2018-07-03](#)

1% match (Internet desde 22-sept.-2021)

http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/UNJFSC/1848/TFDyCP_01_09.pdf?isAllowed=y&sequence=1

1% match (Internet desde 15-dic.-2021)

<https://b.se-todo.com/pravo/4902/index.htm?page=14>

< 1% match (Internet desde 22-sept.-2021)

<https://core.ac.uk/download/pdf/80293278.pdf>

< 1% match (trabajos de los estudiantes desde 06-jul.-2021) [Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2021-07-06](#)

< 1% match (Internet desde 05-jun.-2020) <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el-htm>

< 1% match () http://www.custodiacompartida.org/activismo/acciones/Pagina_que_es_la_Custodia_Compartida.htm

< 1% match ()

[Sokolich Alva, María Isabel. "La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema Judicial Peruano", Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2015](#)

< 1% match (trabajos de los estudiantes desde 06-jul.-2019)

[Submitted to Universidad Católica Los Angeles de Chimbote on 2019-07-06](#)

< 1% match (Internet desde 02-dic.-2020) <https://idoc.pub/documents/patria-potestad-y-tenencia-d4pqk6re7wnp>

< 1% match (Internet desde 13-nov.-2020) <https://idoc.pub/documents/familia-manual-de-solari-2015-eljqvzqqw41>

< 1% match (Internet desde 04-nov.-2017)

<http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/314/Tesis%20-%20Vanessa-ok.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

< 1% match (Internet desde 10-dic.-2020)

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/5972/DEchmapa.pdf>

< 1% match (Internet desde 08-feb.-2021)

<http://repositorio.uns.edu.pe/bitstream/handle/UNS/3476/49938.pdf?sequence=1>

< 1% match (Internet desde 13-oct.-2021)

<http://repositorio.uns.edu.pe/bitstream/handle/UNS/3364/49099.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

< 1% match ()

[Falla Collantes, Margaret Esther. "La tenencia en el código de los niños y los adolescentes peruano". 'Baishideng Publishing Group Inc.', 2019](#)

< 1% match (Internet desde 18-jul.-2020) http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/9831/Tesis_58954.pdf?seq=

< 1% match ()

[SOSA LEON, KELIN YOLANDA. "La tenencia o custodia en nuestro ordenamiento jurídico peruano". Universidad San Pedro, 2019](#)

< 1% match (Internet desde 26-jul.-2021)

http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/16857/CALIDAD_SENTENCIA_VASQUEZ_SAAVEDRA_ANDRES_W

[isAllowed=y&sequence=1](#)

< 1% match (Internet desde 24-feb.-2015)

<http://blog.pucp.edu.pe/archive/741/2008/catid/xml-rss2.php?blogid=741>

< 1% match (Internet desde 14-dic.-2020)

ILLIAM .pd

Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a mi madre que está en el cielo y con mucho esfuerzo en vida dio todo para ser una gran profesional.

Agradecimiento

Agradezco a mi madre, hermanos e hijo por todo el apoyo brindado en mi desarrollo personal y profesional, y a mis docentes por las enseñanzas y conocimientos impartidos.

ÍNDICE

Caratula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Introducción	vii

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1.1 Saberes previos	8
1.1.1. Marco histórico	8
1.1.2. Marco teórico	12
1.1.3. Investigación relativa al tema	15

CAPÍTULO II MARCO CONCEPTUAL

2.1. Marco conceptual	20
2.1.1. Instituciones Familiares en la Legislación Peruana	20
2.2. Accedentes teóricos	27
2.3. Características de la tenencia	29
2.4. Tipología de la tenencia	29

CAPÍTULO III ASPECTO NORMATIVO

3.1. La tenencia desde una perspectiva normativa	33
Conclusiones	39
Recomendaciones	40
Referencias Bibliográficas	41
Anexos	43

Resumen

En el presente trabajo se busca dar a conocer los lineamientos de los factores que determinan el otorgamiento de la tenencia de menores en los procesos de separación conyugal, si es que la tenencia del menor debe ser otorgada a favor del padre o de la madre, más aun cuando este tipo de situaciones se daen una separación conyugal en donde el juez debe decidir que padre es el más apto para cuidar de su hijo a fin de salvaguardar el derecho al interés superior del niño, así mismo el presente trabajo académico es relevante por cuanto se pretende que los padres conozcan aún más el tema de la tenencia, as mismo guiar con reglas como se desarrolla los principios en la actividad judicial en estos temas de familia, y por ultimo dar a conocer el grado de afectividad y afinidad que deben tener los padres e hijos y son evaluado por los jueces antes de emitir un juicio.

Palabras Claves:

- Divorcio, Tenencia, Separación Ulterior, Familia y Patria Potestad.

Abstract

In the present work, we seek to present the guidelines of the factors that determine the granting of custody of minors in marital separation processes, if it is that the custody of the minor should be granted in favor of the father or mother, more even when this type of situation occurs in a marital separation where the judge must decide which parent is the most suitable to take care of their child in order to safeguard the right to the best interests of the child, likewise this academic work is relevant for how much it is intended that parents know even more about the issue of possession, as well as guide with rules how the principles are developed in the judicial activity in these family issues, and finally make known the degree of affectivity and affinity that they should have. parents and children and are evaluated by judges before passing judgment.

Keywords:

- Divorce, Custody, Further Separation, Family and Parental Authority.

Introducción

En nuestra historia como seres humanos, hemos tenido grandes similitudes en la idea de la familia, la cual está conformada por un padre, madre e hijos, sin embargo en la actualidad la figura de la familia se ha ampliado a tal punto de ver diversas figuras que se forman en nuestra sociedad, sin embargo la estructura unificada no siempre se mantiene igual por el tiempo y las familias se desintegran, se separan o simplemente cambian a tal punto que los más afectados son los hijos menores de edad, pues el padre y la madre que a pesar que están casados realizan estos actos, cada uno quieren tener a sus hijos y criarlos según su modo de vida, es aquí en donde el derecho del menor se hace más que evidente, pues son sus interés los que deben anteponerse a cualquier tema, y el juez va a analizar y dar fuerza a su decisión con pruebas y demás aspectos, todo en beneficio del interés superior del niño, pues no puede verse afectado en un proceso de tenencia, el cual debe ser llevado con justicia y darle tal poder al padre correcto, y quien posea las posibilidades de darle la mejor calidad de vida posible.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1 Saberes previos

1.1.1. Marco histórico

La práctica judicial peruana deriva del Derecho Romano se consideraba que en cuya regulación, los hijos eran vistos como una propiedad del padre que tenía absoluto poder tanto sobre ellos como sobre su esposa, a la que podía abandonar o vender si ese era su deseo. El niño era objeto de mucha atención y amor, pero no existía como individuo, Era considerado un pequeño hombre desprovisto de palabra y sin personalidad propia, a tal punto que para los romanos estaba permitido el abandono de los niños. Así, en caso de repudio o divorcio, el pater familias disponía de la potestad y la custodia absoluta de los menores.

Una de las primeras versiones del concepto de Custodia (o Tenencia) Compartida fue desarrollada alrededor de 1970, según el texto Children Rights Council), para ayudar a promover la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos. El primer Estatuto de crianza conjunta fue aprobado en el Estado norteamericano de Indiana en 1973, extendiéndose en los 50 estados de la unión.

La tenencia, llamada también custodia compartida, ha sido una reivindicación irrenunciable de las asociaciones de padres separados en todos los países de Occidente. No obstante, durante varios años sus antagonistas y los poderes públicos se habían limitado a rechazarla, por lo que su debate no salió de sus límites teóricos. Se analizaba si ante una posible separación de los

padres quienes se encontraban en una disputa de tenencia de los hijos, éstos podían mantener vínculos estrechos con ambos, ya que no son quienes se pelean ni se divorcian de sus padres; como podían preservar los lazos familiares naturales tras la ruptura del contrato matrimonial.

Hacia mediados de 1990, algunos países ya habían cruzado el punto de inflexión en la trayectoria hacia la viabilidad de la tenencia o custodia compartida, que actualmente es toda una práctica con resultados satisfactorios en favor de los principales destinatarios, los hijos, a favor de cuyo beneficio operan todos los implicados en el proceso de toma de decisiones sobre su tenencia o custodia en aplicación del imperante Principio del interés superior del niño y la legislación de la mayoría de sociedades avanzadas.

Por otro lado, a lo largo de la historia, la dinámica de las relaciones familiares ha venido atravesando diversos cambios.

Según Varsi Rospigliosi (2016) señala:

Grandes cambios, lo que ha determinado que el concepto de familia, abandone esa visión institucional que la concebía como la célula básica y fundamental de la sociedad y se dirccione por un nuevo enfoque basado en el afecto, solidaridad, lealtad, respeto, cooperación y la búsqueda de la realización plena de la persona humana. Es un organismo compuesto de elementos jurídicos, éticos y morales (p. 35)

Giselda Hironaka (2017) “El lugar donde se pueden integrar los sentimientos, esperanzas y valores y el camino hacia la realización del proyecto para la felicidad personal, lo que llamamos proyecto de vida, la familia constituye un instrumento para el ser humano que le permite su desarrollo

como persona, y ya no como un fin en sí misma, en el que se prioriza el grupo familiar, como tradicionalmente se concebía.” (p. 127)

En opinión del Dr. Carmona Brenis, la familia ya no es considerada un núcleo económico y reproductivo sino una fuente socio-afectiva, en la que priman la solidaridad y el afecto. Por consiguiente, siendo el Derecho un instrumento regulador de las relaciones de familia, deberá tener en cuenta el afecto como elemento estructural de dichas relaciones.

En resumen, el concepto de familia es un concepto cultural, un concepto abierto. Es la base de la estructura social y la sede de la plenitud de bienestar de los seres humanos. Nada más que el pilar, el cimiento sobre el cual se organiza la sociedad. El desafío de los tiempos modernos es encontrar el vector de la caracterización de la variedad de relaciones interpersonales que permita llamarlas familias. Y esa referencia, sin duda, solo se puede encontrar en el afecto.”

Bajo lo señalado en el Tribunal Constitucional en el expediente 6572- 2006-PC/TC-PIURA, en su fundamento 10 señala que: “La familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice únicamente la procreación, sino que es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales, En ese sentido, su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros. En mérito a ello, surge la función de todo estado democrático de protegerla, por lo que se convierte en un objeto necesario de regulación jurídica.

Esta función de protección reconocida en el artículo IV de nuestra Constitución Política, hace hincapié en la obligación especial de proteger al niño y al adolescente, por cuanto estos se encuentran en plena etapa de formación integral como personas. Los niños y adolescentes, por su propia edad y desarrollo físico y psicológico, se encuentran en posición de desventaja frente a los demás integrantes de la familia y de la sociedad, por lo que merecen una especial protección.”

Para Salles Domenech (2010) indica que:

En nuestro contexto actual, la dinámica de las relaciones familiares viene percibiendo cambios en cuanto a los vínculos afectivos que la construyen, los roles de género y la participación activa de los niños y adolescentes dentro de éstas, democratizándose de esa forma las relaciones familiares amparadas en principios de igualdad y dignidad de la persona; éstos entre padres e hijos que han pasado de tener una estructura jerarquizada a plantearse como relaciones más horizontales y democráticas

En tal sentido, bajo el contexto de los recientes cambios sociales, resulta de vital importancia las funciones que ejerce la familia sobre sus miembros, en el contexto de los recientes cambios sociales, lo que ha determinado que los llamados a cumplir con estas funciones dentro del grupo familiar, dispongan de competencias y recursos para poder afrontar la problemática y dar respuesta a sus necesidades familiares. (p. 79-80)

1.1.2. Marco teórico

Para Blanca Gomez (2009) señala que:

Resulta innegable que tanto las constituciones políticas de los diversos estados como las normas internacionales de protección de los derechos humanos, reconocen a la familia como una institución constitucionalmente protegida, sino también como un derecho fundamental; es decir, no solo como un elemento objetivo y base de un estado democrático y social de derecho, sino como un derecho exigible tanto al estado como a la sociedad. Por tanto, vivir en una familia es un derecho constitucional, cuyo respeto y garantía resultan exigibles al Estado.

Nuestro Tribunal ha recogido en diversas sentencias que el derecho a vivir en una familia tiene como fin que los niños y adolescentes satisfagan sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, por ser la familia el instituto básico de la sociedad. A su vez, este derecho va de la mano con el derecho de todo niño y adolescente a no ser separado de sus padres, excepto una autoridad competente juzgue que corresponde a su interés (artículo 9 de la Convención de los derechos del niño).

Considera que el hecho de que un niño se vincule con un adulto que cumpla una función de apego es una necesidad básica para su desarrollo, considerando incluso que dicho apego convierte al niño en un ser humano y lo prepara para la sociedad. (p. 67-68)

Para Ricardo Perez (2015) señala que:

Formula que la vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor desarrollo integral, por lo que ningún niño ni adolescente debe ser separado de ella por razones económicas. Sólo debe ser separado cuando las autoridades competentes lo consideren necesario, en caso de que sobrevengan situaciones que determinen la separación del núcleo familiar, pero respetando el derecho de mantener los vínculos afectivos y contacto directo con uno o ambos padres, salvo si es contrario a su interés.

En virtud de ello, el Principio del Interés Superior del Niño se ha convertido en un principio de difícil definición debido a su componente sociológico, por eso su complejidad y constante modificación. El tratamiento adecuado a dicho principio es empezar por la adaptación. Los menores vienen experimentando muchos cambios en la sociedad moderna, de modo que se deben adaptar los cambios sociales y promover la importancia y participación de los menores en la sociedad, de modo que el interés del menor se interprete en función de cada caso concreto.

En consecuencia, no afectar el interés superior del niño es una gran responsabilidad por parte, principalmente de los padres, posteriormente de los abogados y finalmente de los jueces; por tanto, cuando se tomen decisiones concernientes a los niños, deberán considerar la situación de

cada caso en particular, velando por su interés superior, conforme al Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. (p.42)

Hollweck (2001) expresa que:

Ninguno de los progenitores es el más idóneo que el otro, conforme a toda la prueba actuada y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercida por la madre, es necesario encontrar un régimen que permita poner fin al clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, ya que esto es indispensable para su crianza y educación. Considerar al niño como sujeto de derechos implica generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, la cual tendrá una participación distinta en cada etapa de su vida. Esta participación contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan.”

En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento el Interés Superior del Niño, independientemente de los intereses de los padres. Ahora, ¿Qué límites existen para la aplicación de dicho Principio?

Cillero (1998) al respecto, expresa lo siguiente:

Generalmente, se cree que el Interés Superior del Niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, por lo que las resoluciones judiciales que se adoptan basadas en ella muchas veces no satisfacen debidamente las exigencias de tutela efectiva que la

Convención consagra y debilitándose la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva que la Carta Fundamental garantiza.

En virtud de ello el artículo 84 del código de los niños y adolescentes establece: “Los criterios que deberá tomar en cuenta el Juez al momento de resolver sobre la tenencia, priorizando sobre todo que, el padre a quien se la otorgue, es quien mejor garantizará el derecho de sus hijos y permitirá el contacto con el otro progenitor. El juez deberá resolver el proceso después de revisar el informe del equipo multidisciplinario, órgano de auxilio judicial que está comprendido por psicólogos y asistentes sociales, quienes se encargan de complementar las investigaciones y pruebas necesarias para que el juez determine la tenencia y el régimen de visitas correspondiente, evaluando la situación del niño o adolescente, las relaciones paterno y materno filiales, la idoneidad de establecer y/o modificar regímenes de comunicación la valoración de los entornos familiares, la situación emocional que vive el niño con cada uno de sus progenitores, el estado socioeconómico en el que se desenvuelve el niño y el de sus padres, así como determinar cuál de los dos padre es el más idóneo para mantener bajo su cuidado al hijo.

1.1.3. Investigación relativa al tema

Ramírez (2014) señala que:

El sustento principal para adoptar la figura de la Tenencia de tipo compartida, es que la misma permite demostrar a los hijos que el nuevo estado de la familia no significa ningún cambio para ellos, puesto que todo debe seguir igual, que sus padres siguen siéndolo después del divorcio con todos los

derechos y obligaciones, evitándole al niño la angustia que le cause la disputa de sus padres con la consiguiente incertidumbre sobre el presente y el futuro. (p. 80)

Así mismo, según lo señalado por las APFS (2007), en que habla de la tenencia compartida señala lo siguiente:

El Interés Superior del Niño requiere el contacto frecuente y continuo con ambos padres.

El divorcio debe basarse en un modelo de coparentalidad que reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres.

En el nuevo régimen de compartición igualitaria de derechos y obligaciones, la situación se definirá mejor con expresiones como “coparentalidad”, responsabilidad parental conjunta o similares.

Se debe promover que el divorcio sea de mutuo acuerdo a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación o la conciliación.

En situaciones de proximidad geográfica de los domicilios paterno y materno, y salvo circunstancias especiales, la alternancia semanal parece la fórmula más viable y sencilla.

En los casos de niños de corta edad, los contactos deberán ser más cortos pero más frecuentes.

Como señala Echeagaray (2019): “La tenencia exclusiva se caracteriza por su alta litigiosidad y conlleva transferencias económicas cuya utilización queda

fuera del control de quien las realiza; la custodia o tenencia compartida conlleva un régimen de pagos directo, lo que reduce las disputas.” (p. 112)

Según Echvarría en su tesis Doctoral “la Guarda y Custodia Compartida de los Hijos, realizada en la Universidad de Granada, Facultad de Derecho, se plantea la problemática actual del Derecho de Familia y refiere que: “La Custodia compartida implica una cooperación entre ambos progenitores, apartando el conflicto inicial que fue la separación para tener en cuenta los derechos de sus hijos, quienes son los más afectados en este tipo de situaciones y velar por su desarrollo integral.”

Por otro lado Steffen, (2003) señala que:

El rango de edades va de 4 a ½ a 10 años. Los chicos en tenencia compartida resultaron los más satisfechos con el tiempo que pasaban con cada uno de sus padres. Los padres en tenencia compartida resultaron ser los más involucrados con sus hijos. Por tanto, infiere que una de las ventajas de la Tenencia Compartida es la cooperación derivada de compartir la tenencia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la tenencia monoparental.

La corte superior de justicia de Lima en la casación N 3767-2015-CUSCO, señala que al tenerse de autos que la conducta reiterativa del padre del menor ha sido la de privarlo deliberadamente del contacto con su madre -como se tiene de su renuencia a cumplir el mandato judicial de entregar al menor, así como de su poca colaboración para informar en un primer momento en qué institución educativa seguía estudios-, habiéndose incluso encontrado indicios

de alienación parental en perjuicio de aquélla, este Supremo Tribunal considera que no resulta posible conceder la tenencia compartida a favor de ambos padres, por lo que la evidente inaplicación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes en que se ha incurrido al expedir la recurrida, si bien afecta su motivación, no es casable por ajustarse a su parte resolutive a derecho, como lo dispone el artículo 397 del Código Procesal Civil.

Respecto a la causal de infracción normativa admitida excepcionalmente, de la revisión de la regulación normativa aplicable al caso, este Supremo Tribunal aprecia que pese a que las instancias de mérito determinaron una variación de la tenencia del menor a favor de su madre, no aplicaron el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual, debía ordenarse, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno, lo cual resulta relevante para el caso de autos, tomando en cuenta la edad del menor y el apego emocional que tiene con su padre, con quien ha vivido los últimos años. Así, el extremo de la parte resolutive de la apelada que dispone que el menor sea entregado en un plazo de cinco días después de notificada la sentencia, constituye decisión que podría perjudicarlo, debiendo ser dicha variación de forma progresiva y por períodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente período de vacaciones escolares del año dos mil diecisiete, a fin de no interrumpir los estudios escolares del menor. Asimismo, dado que se ha fijado un régimen de visitas para el demandado, quien continuará por ello en contacto con el menor y su madre, la terapia psicológica a la que será sometido el menor debetambién ser brindada a ambos padres a fin de lograr también en ellos estabilidad psicológica y emocional para garantizar el fortalecimiento del

vínculo afectivo con su hijo, así como el respeto y consideración del otro progenitor, lo que se justifica tanto por el carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con los artículos 396 y 397 del Código Procesal Civil, declararon fundado en parte el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco; por consiguiente, casaron parcialmente la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sólo en el extremo que confirma que el demandado entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución, y la anularon sólo en ese extremo; y actuando en sede de instancia revocaron parcialmente la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, en cuanto dispone que el demandado Edison Vargas Estrada entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución; y reformando dicho extremo, dispusieron que la variación de la tenencia ordenada se efectúe en forma progresiva y con la asesoría del equipo multidisciplinario, de manera que no le produzca daño o trastorno a dicho menor y se lleve a cabo observando las consideraciones expuestas en esta resolución.”

Como se desprende de la referida casación, la Sala consideró en el caso particular, que se le otorgue a la madre la Tenencia Exclusiva del menor de

manera gradual, en aras de no perjudicarlo psicológicamente, no resultando aplicable en este caso la Tenencia o Custodia compartida, por las circunstancias expuestas.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

2.1. Marco conceptual

2.1.1. Instituciones Familiares en la Legislación Peruana

Juan R. (2014) señala que:

(...) Patria potestad; es el deber y derecho de todos los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la constitución de 1993 en su artículo 6, o el deber derecho de los padres de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo prescribe el artículo 418 del código civil. En caso existiera ausencia de uno de los padres, la patria potestad será asumida por uno solo.

Que mientras los hijos son menores de edad, los padres tienen una serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

Tenencia de niños y adolescentes: el código de los niños y adolescentes, equipara la tenencia a la custodia; ante ello surge la pregunta ¿la tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? considera que es un error puesto que la tenencia es un atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres, ello implica el derecho a convivir con los hijos. Ya en el ejercicio de la tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber, por tanto ambos términos no pueden ser sinónimos. Dicha definición es materia de controversia, toda vez que resulta implícito custodiar a un menor de edad al obtenerse la tenencia del mismo, sin entrar en una correlación o superposición de términos. (p. 9-10)

La tenencia es la responsabilidad parental, de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. La madre o el padre que entregue a su hijo en tenencia no pierden la patria potestad. Tal responsabilidad se asume a través del reconocimiento judicial del derecho de custodia y tenencia de un hijo. Procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge conviviente le arrebatara al otro a un hijo si estuviera en peligro la identidad física de éste.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tuición es el efecto y acción de guardar y defender. Guardar es cuidar y custodiar algo, tener cuidado de una cosa y vigilancia sobre ella. Cuidar es asistir, guardar, conservar, por lo que podríamos decir que tuición es el cuidado, custodia, guarda que ejerce una persona sobre un menor. De acuerdo al Derecho

Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición; es así como los Diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española, así como la Enciclopedia Omeba y otros autores, toman esta similitud en sus definiciones.

Alimentos: art. 472° código civil se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la situación y posibilidad de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.

Por su parte, el código de los niños y adolescentes en su artículo 92°, prescribe que “los alimentos son todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño y adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto”.

Ahora bien, para Aguila y Capcha (2007) indican que: “Los alimentos son el conjunto de medios materiales indispensables para la subsistencia de las personas y también para la educación y formación de ellas.” (p. 45)

Para Carbonell, Lanzon y Moquera (2010) expresan que:

El concepto de alimentos posee más de una connotación. Comúnmente se entiende por alimento cualquier sustancia que sirve para nutrir, pero cuando jurídicamente nos referimos a él, su connotación se amplía en tanto comprende todas las asistencias que se prestan para el sustento y la sobrevivencia de una persona y que no se circunscriben sólo a la comida. Jurídicamente, por alimentos deben entenderse la prestación

de dinero o en especie, de una persona, en determinadas circunstancias (indigente, incapaz, etc), puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y subsistencia; es pues, todo aquello que por misterio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir. (p. 63)

Castellanos, Diaz, Hernandez, peso y Soza (2011) señala que:

La tutela es la suplencia de la patria potestad por incapacidad, fallecimiento o ausencia para acudir y representar a un menor de edad en la administración de los bienes. Es una institución creada por la ley para proteger a los menores de edad que no se encuentran sometidos a la patria potestad, y excepcionalmente aun existiendo padres en ejercicio de aquella para resolver situaciones de intereses contrapuestos en la administración de los bienes, pero que implica fundamentalmente, la colocación de un menor de edad bajo la asistencia y la representación de una persona mayor de edad, cuyas condiciones hacen presumir que se encontrará capacitado para tales fines, artículo 502° Código Civil. (p. 35)

La Curatela: en nuestro código civil en el artículo 564 señala que: “Están sujetos a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2,3 y 44, incisos 2 al 8”.

Según (Avendaño, 2012) citando el Expediente N° 368-1997-Lima,

La curatela es una institución de protección a los mayores de edad, que no están en aptitud para dirigir su persona ni conservar sus bienes. En dicho expediente, habiéndose amparado la demanda al declarársele la interdicción corresponde designarle curador, cuyo cargo debe recaer en la actora como

hermana del interdictado, La curatela es inherente a la incapacidad de mayores de edad. Establece que se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes; agregando que son incapaces de administrarlos el demente aunque tenga intervalos lúcidos y el sordomudo que no sabe leer ni escribir. (p. 94)

Consejo de Familia: Art 619 Código Civil. “Habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. También lo habrá aunque viva el padre o la madre en los casos que señale este código”.

Con respecto al Régimen de visitas, Rosales (2005) señala la que:

No es un propio derecho sino un complejo de derecho-deber o derecho-función, cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores (o abuelos y otros parientes), sino cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos. (p. 41)

Así mismo Rosales (2005) indica que:

La Tenencia de menores, es una realidad que no podemos obviar y son los constantes conflictos que surgen a raíz de la ruptura de las parejas, conflictos que involucran directamente a los hijos cuando se trata de atribuir la tenencia exigiendo los padres su derecho de propiedad respecto a ellos y utilizando como comodines emocionales, vulnerándose así su derecho de mantener contacto con sus dos progenitores, lo que conlleva a la afectación de su identidad; salvo casos extremos donde el

padre necesariamente es omiso en todo lo que se requiere a la tenencia o desaparece o no se hace cargo de él voluntariamente. (p. 53)

La determinación de con cuál de los progenitores deben permanecer los hijos en un divorcio o separación se ha convertido en un problema creciente en las últimas décadas. En el pasado los hijos eran vistos como una propiedad paterna, como indico Rodriguez (2017): “Hasta mediados del siglo XIX, los padres mantenían un poder casi absoluto de tenencia; a finales del citado siglo algunos cambios históricos como la revolución industrial hicieron que como consecuencia de la salida del padre del hogar para asistir a los centros de trabajo lejos de su lugar de residencia, las madres se convirtieran en las principales cuidadoras. La división resultante de las responsabilidades familiares en cuidadoras primarias y proveedoras directas del alimento influyó las siguientes decisiones sobre la tenencia.

La preferencia paterna existente hasta entonces, fue sustituida por la preferencia materna, basada en la presunción de los pocos años.

La presunción de la madre como mejor criadora de los hijos recibió un apoyo intelectual en la teoría psicoanalítica de Sigmund Freud, quien focalizó la crianza exclusivamente en la relación materna, olvidando el papel del padre en el desarrollo de los hijos. La resultante idealización de la maternidad se reflejó con frecuencia en las decisiones de tenencia, hasta aproximadamente los años 1960, donde se produjo un movimiento social exigiendo el final de la discriminación existente basada en el sexo.

El movimiento feminista y la entrada de gran número de mujeres en el mercado de trabajo, hizo que muchos estados de EE.UU modificaran a

mediados de los años 1970 “la presunción de los pocos años”, por “el mejor interés del niño”, donde por vez primera las decisiones sobre tenencia se basaron en las necesidades de los hijos más que en el género del progenitor.

El Perú no es ajeno a la tendencia de preferencia que el menor permanezca con su madre sin tomar debidamente en cuenta las condiciones sociales o familiares particulares de las personas. Esta tendencia empieza desde la cultura que se ha forjado, la madre es responsable de criar a los hijos y el padre de proveerlos, pues debido a ello, los asesores o abogados orientan indebidamente a sus clientes o usuarios, si es la madre quien solicita demandar Tenencia de su menor, pues es orientada a defender sus derechos como madre de permanecer con su hijo, sin embargo dándose el caso de que sea el padre quien lo solicite generalmente desprestigian sus capacidades paternas, haciéndolos ajenos a derechos que se les son reconocidos como padres. Lo mismo sucede cuando se judicializa el caso, en la práctica los factores empleados por los jueces de familia, para la otorgar la tenencia a favor de uno de los padres, parecen estar apartados del interés superior del niño e inclinados a los prejuicios socioculturales manteniendo la visión a priori que la madre es la más idónea para ejercer los cuidados del menor, no motivan correctamente sus decisiones, se conducen por un costumbrismo jurídico que ellos mismos han creado, despojando a los padres de sus derechos inherentes como tales, y principalmente no priorizan el derecho del menor a permanecer allado de ellos.

Ahora bien como señala Rodríguez, Citando al Artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes: “(...) Da la posibilidad de la tenencia compartida, el artículo 84 da un marco rígido a las facultades del juez tendentes a la tenencia

monoparental a favor de la madre. La posibilidad de actuar a favor del hijo (Interés Superior del Niño) es sólo un marco referencial, mas no una imposición al juez especializado.”

El artículo 206° de nuestro código civil según Martínez (2014) plantea que: “se deberá otorgar la tenencia al progenitor que se considere más idóneo, en el que concurran condiciones que hagan presumir que resultarán mejores para la convivencia del menor en el seno familiar; por ello, la resolución deberá recaer eligiendo al progenitor que esté en mejores condiciones de hacerlo, no asumiendo a priori que es la madre necesariamente la más indicada para asumir la tenencia y custodia del menor.”

2.2. Antecedentes teóricos

Se debe tener en cuenta que la familia según Pérez y Hernández (2019):

Cumple un rol fundamental en el desarrollo del ser humano, por cuanto constituye el primer medio a través del cual este logra su formación como persona, ya que es un hecho no sujeto a discusión que desde que nacemos e inclusive desde la concepción, necesitamos de otras personas para satisfacer nuestras necesidades materiales, espirituales y sociales. Tanto las constituciones políticas de los diversos estados como las normas internacionales de protección de los derechos humanos, reconocen a la familia no solo como un elemento objetivo y base de un estado democrático y social de derecho, sino como un derecho exigible tanto al estado como a la sociedad; por tanto, el derecho a vivir en una familia tiene como fin que los niños y adolescentes satisfagan sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. A su vez

este derecho va de la mano con el derecho de todo niño y adolescente a no ser separado de sus padres, excepto una autoridad competente juzgue que corresponde a su interés. (p. 26)

En virtud de ello, el Principio del Interés Superior del Niño se ha convertido en un principio de difícil definición debido a su componente sociológico, por lo que el tratamiento adecuado es empezar por la adaptación. Los menores vienen experimentando muchos cambios en la sociedad moderna, de modo que se deben adaptar a los cambios sociales y promover la importancia y participación de los menores en la sociedad, de modo que el “el interés del menor” se interprete en función de cada caso concreto. Por ejemplo, Si en un caso judicial de Tenencia se ha demostrado que ninguno de los progenitores es el más idóneo que el otro, conforme a toda la prueba actuada y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercida por la madre es necesario encontrar un régimen que permita poner fin al clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, ya que esto es indispensable para su crianza y educación.

Al respecto, según Távara (2017) El artículo 84 del código de los niños y Adolescentes se infiere que:

Los criterios que deberá tomar en cuenta el Juez al momento de resolver sobre la tenencia, priorizando sobre todo que, el padre a quien se la otorgue, es quien mejor garantizará el derecho de sus hijos y permitirá el contacto con el otro progenitor. El juez deberá resolver el proceso después de revisar el informe del equipo multidisciplinario, órgano de auxilio judicial que está comprendido por psicólogos y asistentes sociales, quienes se encargan de complementar las investigaciones y pruebas

necesarias para que el juez determine la tenencia y el régimen de visitas correspondiente. (p. 78)

2.3. Características de la Tenencia

Carácter Personalísimo o intuitu Personae: Significa que es un derecho que puede ser reclamado única y exclusivamente por los titulares del mismo y singularmente, puede ejercerse sobre el menor.

Derecho restringido: Puede ejercerse únicamente frente a los menores de edad, quienes por su simple condición necesitan cuidados especiales, ésta institución proteccional no puede extenderse a mayores de edad. Cuando se trata de mayores de edad se denomina curatela.

Divisible: La tenencia compartida, a la que pueden arribar ambos padres de mutuo acuerdo, le da el carácter de divisibilidad a la tenencia, el menor compartirá tiempo con ambos padres.

Transmisible: Efectivamente, la custodia sí es transmisible por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a personas distintas que no sean necesariamente los progenitores, previo acuerdo de ambos progenitores.

2.4. Tipología de la tenencia

Tenencia Provisional:

El padre o la madre que no tiene la custodia o tenencia del menor, tiene la facultad de recurrir al juez para solicitarle la tenencia provisional cuando el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica.

Tenencia de Hecho:

Puede darse cuando existe un acuerdo entre los padres, ya sea tácito o expreso, sin recurrir al auxilio judicial; o por decisión unilateral de uno de los padres.

En los casos de tenencia, no existe el principio de cosa juzgada, puesto que aunque ésta tenga carácter de definitiva por un procedimiento extrajudicial o por un proceso judicial, siempre podrá ser revisada si surgen situaciones que ponen en riesgo la integridad física o psicológica del menor.

Variación de la Tenencia:

Ésta puede darse de común acuerdo entre las partes de forma tácita, a través de un Centro de Conciliación o por decisión judicial, la cual deberá darse, preferentemente, en forma progresiva, de tal manera que no produzca daño o trastorno en el menor; excepto que las circunstancias ameriten que se haga de manera inmediata por encontrarse en peligro su integridad física y/o psicológica.

Si el cónyuge que perpetró la violencia física y psicológica en el hogar contra el otro cónyuge solicita la tenencia del hijo menor de 3 años, existe la posibilidad de que ésta también sea perpetrada contra el pequeño por tratarse el padre o la madre, de una persona violenta. Por su corta edad, el niño difícilmente podría explicar o dar testimonio de la violencia de la que sería objeto, lo que debe ser apreciado por el juez al momento de decidir cuál de los padres sería la persona idónea para tener bajo su cuidado al menor. Si bien el artículo 84 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes señala que los niños menores de 3 años deben permanecer con la madre, si es ésta quien

perpetró la violencia en el hogar, deberá primar el Principio del Interés Superior del Niño, considerándose como mejor alternativa, que el menor permanezca con el padre.

Si el padre o la madre se declara abiertamente homosexual y se le otorga la custodia, esto podría devenir en confusión y serios daños psicológicos en el menor, quien vería afectado su normal desarrollo y e identidad de su género.

Si bien ambos padres son responsables del cuidado de sus hijos y nuestra legislación confiere, en caso de separación de éstos, prioridad a que el niño quede al cuidado de la madre, es importante que el legislador tenga en consideración que ésta no es siempre la mejor alternativa para quedar a cargo de la tenencia o custodia del menor, en tanto puede tener una personalidad o actitudes que resulten tóxicas o altamente nocivas para éste.

El artículo 84 inciso b) del Código de Niños y Adolescentes establece los criterios que deberá tomar en cuenta el juez al momento de resolver sobre la tenencia, priorizando sobre todo, que al padre a quien otorgue la custodia, es quien mejor garantice el derecho de sus hijos y permita el contacto con el otro progenitor. Si bien el referido artículo señala que el niño deberá permanecer con el progenitor con quien convivió más tiempo y que, cuando el niño sea menor de tres años permanecerá con la madre, estos criterios no son de absoluto cumplimiento para el legislador, sino que constituyen elementos de juicio que deben relacionarse con el interés superior del niño a fin de resolver de la mejor manera la situación del menor de edad y no se prioricen los intereses particulares de los padres.

El juez deberá tomar en cuenta el informe del equipo multidisciplinario compuesto por psicólogos y asistentes sociales, quienes evaluarán la situación del niño o la niña, las relaciones paterno y materno filiales, la idoneidad de establecer y/o modificar regímenes de comunicación y la valoración de los entornos familiares.

El legislador debe considerar prioritariamente el Interés Superior del Niño antes que el derecho de los padres a residir con él, por lo que la elección de del padre a quién le será otorgada la tenencia, debe ser objeto de un minucioso análisis de las características de ambos progenitores en relación con las características básicas del menor.

No es aconsejable otorgar la tenencia al padre que, en comparación con el otro, no tenga las condiciones necesarias para la educación del menor.

El menor debe permanecer con el padre que le garantice las mejores posibilidades para el desarrollo de su infancia y adolescencia, como son: seguridad, tranquilidad, buena alimentación, afecto, escolaridad, disciplina, atención, dedicación, espacio para el juego y creatividad, así como buenos modelos para identificarse.

Ante una posible falta de virtudes suficientes en ambos padres para la crianza adecuada del menor, será necesario otorgar la tenencia a un tercero.

Se debe considerar la edad y sexo del menor, en tanto este factor hace que varíen sus necesidades.

Si el padre o la madre a quien se considera otorgar la tenencia tuvieran una nueva pareja, esto no resulta en sí mismo un factor negativo en la decisión

del juez, siempre que la influencia de esta persona no resulte negativa en el menor.

Ambos progenitores están obligados a contribuir al mantenimiento de sus hijos, en función de sus posibilidades. Aquel que tenga mayores medios económicos deberá contribuir en mayor medida independientemente de cuál de ellos sea quien ejerza la tenencia.

Otro criterio a tener en cuenta es la relación del menor con la familia del progenitor. Si el entorno del progenitor muestra un rechazo muy marcado hacia el menor, resulta importante tomar en cuenta su opinión aunque se trate de un niño de corta edad.

CAPITULO III

ASPECTO NORMATIVO

3.1. La tenencia desde una perspectiva normativa

En nuestro ordenamiento jurídico se señala que: “La tenencia se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres, ésta le corresponderá al otro.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la

voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes, determinen que tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño; tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o violencia familiar, por parte de su padre o madre o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado con referencia a lo anteriormente señalado, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Los Estados Partes respetarán el Derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al Interés Superior del Niño.

Por otro lado, el artículo 81 Código de los Niños y Adolescentes señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos tomando en cuenta la opinión del niño, de acuerdo a su edad. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el Interés Superior del Niño, niña o adolescente.

Las normas sobre tenencia y custodia deben ser entendidas como reglas flexibles que se adecúan a lo que favorece al menor y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia, se debe salvaguardar el Interés Superior del Niño, niña o adolescente.

Se llega a concluir entonces, que la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres o éstos presenten falencias graves que los descalifiquen para el cuidado del menor, estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502 del Código Civil.

La fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, debiendo ser el criterio judicial que, en último término, prevaleciese en caso de desacuerdo entre los padres. Pero es evidente que cada situación familiar es distinta y que los padres están en mejores condiciones que nadie para establecer el régimen de custodia que consideren más conveniente para sus hijos en función de sus respectivas circunstancias personales.”

Esteban (2019) expresa que: “Como ya han desmentido múltiples estudios e investigaciones, el principio de la corta edad que preconiza la irremplazabilidad de la madre en el cuidado de los niños en los años más tiernos de la infancia, considerando superflua o secundaria la figura paterna, es un error, pues cada circunstancia familiar es distinta y la madre no es siempre la más idónea para el cuidado del menor, pues muchas veces presenta falencias y alteraciones psicológicas severas que deben ser consideradas por el legislador.” (p. 15)

Otro criterio que deberá tenerse en cuenta es la distancia geográfica. Cuando los padres viven cerca uno del otro y a poca distancia del colegio, cualquier modalidad de coparentalidad es, en principio, viable. No es

recomendable una fragmentación del tiempo que obliga de hecho a minimudanzas cada pocos días, considerándose que esto es peligrosamente desestabilizador. Se debe procurar la estabilidad domiciliaria del menor, así como su estabilidad emocional mediante el contacto frecuente con el progenitor no custodio.

Es fundamental tener en cuenta la estabilidad emocional de los padres y los hijos en cuanto permitirá a los progenitores coordinar y determinar las pautas de crianza en conjunto, evitando que los niños y adolescentes desacaten los lineamientos trazados por estos. Los padres inestables perjudican a sus hijos, en tanto limitan el rol del otro progenitor, o peor aún, limitan el desarrollo de sus hijos pues los crían inseguros y con poca autoestima.

Fernández (2014) indica que:

(...) A pesar de lo vinculante de los conceptos de igualdad, dignidad y paternidad/maternidad la práctica judicial otorga la tenencia generalmente a la madre, sin una mayor justificación o capacidad argumentativa, lo cual desmerece la propia naturaleza resolutoria del caso. Para determinar del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, es preciso ponderar no solo el requerimiento de las medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño. En razón a ello se considera una apreciación correctamente dirigida a interpretar las normas de acuerdo a las situaciones o casos planteados en los juzgados para dar solución a temas que involucren a

los niños, ya que como se sabe, si bien es cierto pertenecemos a una misma sociedad, nos involucran aspectos y realidades diferentes.

La tenencia no se debería analizar como si fuera un derecho propio de los padres y peor aún, en la práctica dentro de un proceso de tenencia en donde ambos padres disputan por su derecho; sino que debe verse 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, tal como lo refiere el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño, por lo tanto la opinión de los niños resulta importante; y aún, cuando su desarrollo evolutivo no le permitiera formarse su propia opinión, habría que considerar fundamentalmente los intereses de éstos, antes de pronunciarse sobre el otorgamiento de la tenencia. (p.121)

El interés superior del niño constituye una novedad en el Código Civil y es un criterio determinante que deberá tener en cuenta el juez en sus intervenciones, dado que la Convención Sobre los Derechos del Niño contempla reiteradamente este criterio, señalando en su artículo. 3º. Nº 1 que: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.

Ascencio (2017) indica que:

El menor es un sujeto de derecho, distinto de los padres. En consecuencia, se considera al menor, cuando está en condiciones de

formarse un juicio, como sujeto de opiniones propias y se establece la necesidad de oírlo. En cambio, si aún no tiene juicio propio, los mayores no podrán adoptar cualquier resolución a su respecto, ya que se le considera una autonomía en desarrollo. Las resoluciones de los mayores deberán tener en cuenta el impacto de la decisión que se adopte en la autonomía futura del menor. El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a ese criterio de la protección del principio del “interés superior del niño”, que tendrá especial relevancia a propósito de las decisiones que se adopten en materia de tuición, visita y patria potestad. (p. 111)

Los padres deben actuar con prontitud cuando perciban la posibilidad de que ocurran circunstancias que pongan en peligro a su menor hijo, no esperar a que ocurran circunstancias en agravio del menor para accionar ante la ley.

Es preferible, en caso de que los padres no se pongan de acuerdo respecto a la tenencia de sus menores hijos, que la soliciten judicialmente, a fin de que los menores no sufran por los constantes desacuerdos de sus progenitores.

En los casos de familia, no existe la cosa juzgada, por tanto, siempre es factible revisar los casos en razón del interés superior del niño. En los casos de tenencia, no hay plazos para solicitar la revisión, no caducan y es posible volver a iniciar dichos procesos. Son procesos muy flexibles en razón de la tutela del menor y su mejor situación material.”

Conclusiones

- La tenencia y custodia debe estar centrada en el mejor derecho a los menores a fin que se pueda brindar un cuidado de calidad y que se vea reflejado en su desarrollo y calidad de vida.
- La tenencia no es un poder de los padres para con los hijos sino todo lo contrario es una responsabilidad que tiene ellos para cuidar y proteger a los menores.
- La tenencia solo debe otorgarse a los padres que poseen el derecho y la autoridad moral para poder brindarlo, no debiendo ser otorgada a padres que descuiden a sus hijos o posean los antecedentes de realizarlo.

Recomendaciones

- Se recomienda a los legisladores del derecho a crear normas que brinden seguridad y celeridad en el proceso conforme a ley, para que los menores posean un ambiente adecuado donde vivir.
- Se recomienda a toda la masa estudiantil investiguen sobre este apasionante tema, y puedan generar nuevos conocimientos que ayuden a los legisladores.
- Se recomienda a los operadores del derecho tratar de velar por los intereses de los menores, asesorando a sus clientes de forma correcta y evitar dañar al menor que lo único que desea es estar con sus padres, y no comprende esta infame situación de la separación de sus padres.

Referencias Bibliográficas

- Beltran. (2009). El Mejor Padre son Ambos. Boletín de la Familia, 60.
- Charito. (24 de Setiembre de 2011). Patria Potestad y Tenencia. Obtenido de Patria Potestad y Tenencia: <https://elblogdecharitodr.blogspot.com>.
- Chunga. (2001). Derecho de Menores. Lima: Primera Edición.
- Cillero. (1998). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Bogota: Temis- Depalma.
- Cuculiza. (2007). Ley de Tenencia Compartida. Debate de la Comisión de la Mujer, 1-19.
- Dávila. (20 de Octubre de 2018). Régimen de Visitas y Tenencia de Hijos. Obtenido de Régimen de Visitas y Tenencia de Hijos: <http://resultadolega.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos.coml>.
- Española, R. A. (Sábado de Octubre de 1997). La Tenencia. Obtenido de La Tenencia: <http://Derecho/1997/Tenencia.com>.
- Miranda. (2006). La Convención Frente al Menor. Barcelona: Bosch.
- Pérez. (1990). Derecho de Familia. México: Institutos de Investigaciones Jurídicas.
- Placido. (2008). El Derecho a Cuidar y Ser Cuidado. Lima: apuntes Jurídicos.
- Rosales. (2005). Custodia Compartida. III Ciclo de Conferencias sobre Temas Actuales (págs. 1-21). Granada: Canaletas.
- Sokolich. (2013). La Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano. Lima: Unife.

Varsi y Paz. (2012). casuística del Síndrome de Alineación. Dialogo con la
Jurisprudencia, 105.

Anexos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Tribunal Constitucional

Firmado digitalmente por:
LEDESMA NARVAEZ
Marianella Leonor FAU 20217267618
soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 05/05/2021 16:49:22-0500

Pleno. Sentencia 514/2021

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILLIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

Firmado digitalmente por:
REATEGUI APAZA Flavio
Adolfo FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 26/05/2021 06:26:20-0500

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de abril de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que resuelve declarar **IMPROCEDENTE** e **INFUNDADA** la demanda de *habeas corpus* que dio origen al Expediente 01150-2020-PHC/TC.

Firmado digitalmente por:
FERRERO COSTA Augusto FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 12/05/2021 09:55:08-0500

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló un fundamento de voto.

El magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular declarando fundada la demanda de *habeas corpus*.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini emitió un voto singular y que se entregará en fecha posterior.

Firmado digitalmente por:
MIRANDA CANALES Manuel
Jesus FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 10/05/2021 12:58:15-0500

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Firmado digitalmente por:
BLUME FORTINI Ernesto
Jorge FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 24/05/2021 19:06:33-0500

Firmado digitalmente por:
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA
Eloy Andres FAU 20217267618
soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 08/05/2021 11:43:30-0500

Firmado digitalmente por:
SARDON DE TABOADA Jose
Luis FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 10/05/2021 11:41:33-0500

Firmado digitalmente por:
RAMOS NÚÑEZ Carlos
Augusto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 30/04/2021 10:22:18-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de abril de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Liliana Vara Mamani contra la resolución de fojas 291, de fecha 17 de febrero de 2020, expedida por la Sala Penal de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de agosto de 2019, doña Tomasa Mamani de Vara interpone demanda de *habeas corpus* a favor de su hija doña Liliana Vara Mamani y de su nieta de un año y seis meses de edad, de iniciales E. Y. L. V. (f. 21). Dirige su demanda contra don Enrique Lerma Ruelas, padre de la menor favorecida; don Jorge Luis Lerma Suni, medio hermano de la menor favorecida, y de su esposa Jessica Luisa Flores Pajuelo. La recurrente solicita que don Enrique Lerma Ruelas entregue la tenencia y custodia de la menor favorecida a su madre, doña Liliana Vara Mamani. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad personal de la menor favorecida y de la familia.

Doña Tomasa Mamani de Vara manifiesta que el 9 de marzo de 2019 don Enrique Lerma Ruelas citó a doña Liliana Vara Mamani al centro de la ciudad de Arequipa, por dicha razón la favorecida dejó a la menor con una niñera, pero el referido demandado formuló de manera maliciosa una denuncia policial que conllevó el inicio de un proceso en contra de doña Liliana Vara Mamani ante el Décimo Primer Juzgado de Familia Subespecializado en Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar (Expediente 04869-2019-0-0401-JR-FT-11). En la Audiencia Única de Medidas de Protección realizada con fecha 12 de marzo de 2019 se expidió la Resolución 02-2019 (f. 31), mediante la cual se dispuso de manera temporal que la custodia de la menor favorecida quede a cargo de su padre don Enrique Lerma Ruelas.

La accionante alega que, en vista de que don Enrique Lerma Ruelas se negaba a que doña Liliana Vara Mamani visite a la menor favorecida y que tampoco le indicaba su paradero, doña Liliana Vara Mamani, con fecha 24 de mayo de 2019, se apersonó a la Comisaría de Simón Bolívar para ubicar el paradero de su hija, según el inmueble declarado por el demandado en el proceso de violencia familiar como su domicilio en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

urbanización La Breña, Mz. D, Lote 8, Simón Bolívar, distrito de José Luis Bustamante y Rivero. Sin embargo, no se encontró a la menor, situación de la que se dejó constancia policial. Añade que, a fin de localizar el paradero de la menor, el 25 de junio de 2019 se solicitó la ubicación del padre de la menor, a quien se le halló en su domicilio, pero según se advierte del acta de constatación policial de esa fecha, al preguntarse al demandado dónde se encontraba la menor, refirió que se la había entregado a su otro hijo, don Jorge Luis Lerma Sumi y a doña Jessica Luisa Flores Pajuelo; con lo que se hace evidente que el demandado ha abandonado a su suerte a la menor favorecida.

Doña Tomasa Mamani de Vara refiere que la favorecida, doña Liliana Vara Mamani, mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2019, informó de esta situación al Décimo Primer Juzgado de Familia Subespecializado en Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar, a fin de que se proceda a variar las medidas de protección y se le entregue la tenencia de la menor favorecida, pero hasta la fecha de presentación de la demanda el referido escrito no ha sido proveído.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar, con fecha 26 de agosto de 2019, declaró improcedente *in limine* la demanda (f. 36) por considerar que no se advierte una afectación real a la libertad personal de la menor favorecida y que la determinación de su tenencia corresponde a la judicatura ordinaria.

La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de fecha 25 de setiembre de 2019 (f. 63), revocó la improcedencia de la demanda y ordenó su admisión a trámite, por estimar que el hecho relevante señalado en la demanda, reiterado en la apelación y acreditado con la constatación policial, es que el demandado don Enrique Lerma Ruelas, a quien el juez ordinario le dio la custodia de la menor favorecida, ha indicado que ella se encuentra con su hijo y su nuera en la ciudad de Lima y que la dejó por motivos de salud; es decir, el padre no tiene físicamente a la menor, sino que ha sido trasladada a otra ciudad y ha encargado su custodia a terceras personas, por lo que se requiere determinar la real situación de la menor favorecida. De ello concluye que los hechos tienen relación con la integridad y libertad personal de la menor.

A fojas 85 de autos obra el Acta de Constatación de fecha 25 de octubre de 2019, en la que se da cuenta de que, realizada la verificación en el domicilio de don Enrique Lerma Ruelas en la urbanización La Breña, Mz. D, Lote 8, Simón Bolívar, distrito de José Luis Bustamante y Rivero, no se encontró a nadie en el inmueble, y que una pareja de vecinos expresó que generalmente la familia sí se encontraba en dicho inmueble; que allí vivían dos menores de edad, quienes eran bien atendidas. El juez de primera instancia observó que en el techo de la vivienda había ropa tendida principalmente de menores de edad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

Don Jorge Luis Lerma Suni en su declaración señala que vive en Lima y que se encuentra de paso en la ciudad de Arequipa para esta diligencia. Refiere que la menor favorecida es hija de su padre Enrique Lerma Ruelas y de doña Liliana Vara Mamani. Manifiesta también que la conoció cuando tenía seis meses. Agrega que su padre tenía problemas con la madre de la menor por problemas de alcoholismo y que la madre entregó a la menor favorecida a unos venezolanos. Recuerda que doña Liliana Vara Mamani fue encontrada en una licorería y que la policía tuvo que intervenir para poder llevar a la menor con el juez de familia. El demandado sostiene que cuando la menor fue entregada a su padre se encontraba flaquita, desnutrida y que ahora goza de buena salud. Finalmente, indica que el 25 de octubre de 2019, fecha en que se realizó la diligencia de constatación, su padre no se encontraba en su domicilio porque tiene tratamiento ambulatorio por haber sido intervenido quirúrgicamente (f. 90).

Doña Tomasa Mamani de Vara, en su declaración, refiere no conocer a don Jorge Luis Lerma Suni y doña Jessica Luisa Flores Pajuelo, y que lo que quiere es que le devuelvan a su nieta, a quien no ve desde el mes de abril de 2019 (f. 91).

A fojas 92 de autos obra el Acta de la Constatación de fecha 30 de octubre de 2019 realizada en el inmueble de la urbanización La Breña, Mz. D, Lote 8, Simón Bolívar, distrito de José Luis Bustamante y Rivero, para verificar la condición en la que se encuentra la menor favorecida. En dicho inmueble se encontraban don Enrique Lerma Ruelas, doña Sonia Lerma Suni, hija del referido demandado, la menor favorecida y otra menor, hija de doña Sonia Lerma Suni. El juez de primera instancia del presente proceso de *habeas corpus* verificó que la menor favorecida se encuentra en aparente buen estado de salud, adecuado aseo y buenas condiciones de vivienda. El demandado indicó que él es quien se encarga del cuidado de su hija menor de edad, pero que también cuenta con el apoyo de sus hijos mayores y mostró el control de evaluación de la menor en un centro de salud cercano a su domicilio.

Doña Liliana Vara Mamani, en su declaración, refiere que don Enrique Lerma Ruelas es su expareja, pero que nunca vivió con él; que solo iba de visita al inmueble donde él vive porque la casa es de sus hijos por herencia. Añade que no sabe nada de su hija y que cada vez que iba a visitarla doña Sonia Lerma Suni le decía que no se encontraba; que es mentira que le guste tomar bebidas alcohólicas y que el demandado ha iniciado un proceso de tenencia que se encuentra en trámite (f. 105).

Don Enrique Lerma Ruelas, en su declaración, manifiesta que convivió con doña Liliana Vara Mamani por espacio de un mes; que ella no se acostumbraba; por eso, siempre regresaba con su mamá y se llevó a su hija; que en una ocasión lo llamó mareada para insultarlo, por lo que llamó a la mamá y hermana de doña Liliana Vara Mamani para que la busquen y verifiquen en qué situación se encontraba su hija; cuando doña Liliana Vara Mamani fue ubicada no quería decir dónde estaba la menor. Por esa razón acudieron a la policía y el juzgado le dio la tenencia provisional de su hija. Añade que la menor se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

encuentra bien de salud, es una niña alegre y tiene sus controles al día; que sus hijos mayores la quieren mucho y lo apoyan en su cuidado. Además, su hijo y nuera, también demandados, viven en Lima y siempre lo atienden cuando va de visita o para recibir atenciones médicas por la intervención quirúrgica que tuvo. (f. 108).

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar, mediante sentencia de fecha 22 de enero de 2020 (f. 231), declaró infundada la demanda, por considerar que en la diligencia realizada el 30 de octubre de 2019, en el inmueble de don Enrique Lerma Ruelas se encontró a la menor en adecuado estado de salud y de vivienda. Y es que se constató que el referido demandado es quien ejerce su tenencia por disposición del juez ordinario, sin que exista prohibición alguna de poder viajar con la menor favorecida. Y, si bien en el Informe Social 298-2019-PJ/CSJA/MJIDVCLMEIGF/TS-WAAC, se da cuenta de que la menor favorecida se encontraba en Lima a cuidado de los otros demandados, el juzgado de familia pidió un informe sobre el paradero de la menor a don Enrique Lerma Ruelas, quien indicó que ello sucedió cuando fue intervenido quirúrgicamente. Además de ello, doña Liliana Vara Mamani ha solicitado la variación de las medidas de protección, pero su solicitud fue desestimada por el juez de familia, debido a que la tenencia y el régimen de visitas deben ser analizados por la judicatura ordinaria.

La Sala Penal de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene a don Enrique Lerma Ruelas la entrega física de la menor de edad de iniciales E. Y. L. V. a doña Liliana Vara Mamani y que se le otorgue la tenencia. Se alega la vulneración de los derechos a la integridad y libertad personal.

Análisis del caso

2. Este Tribunal Constitucional ha dejado claro a través de su jurisprudencia que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha dicho que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (Sentencias 00862-2010-PHC/TC; 00400-2010-PHC/TC y 02892-2010-PHC/TC). Y también ha precisado que en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

claramente agotadas, cabrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional (Expediente 0005-2011-PHC/TC).

3. En consecuencia, no compete a este Tribunal determinar a quién corresponde el mejor derecho de tenencia sobre la menor de edad de iniciales E. Y. L. V., reexaminar los criterios del juez ordinario a efectos de disponer o suplir medidas provisionales o definitivas al interior del proceso ordinario de familia (tenencia, régimen de visitas, etc.), ni mucho menos analizar cuestionamientos legales respecto de la tramitación del aludido proceso civil; salvo que exista un desborde en las posibilidades de respuesta de dicha judicatura, que no sucede en el caso de autos.
4. En efecto, el Décimo Primer Juzgado de Familia Subespecializado en Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar mediante Resolución 02-2019, de fecha 12 de marzo de 2019 (f. 31), dictó como medidas de protección la prohibición de que doña Liliana Vara Mamani se abstenga de realizar actos de agresión física y/o psicológica en contra de la menor de edad de iniciales E. Y. L. V.; y que don Enrique Lerma Ruelas conserve la situación de hecho de manera temporal de tener la custodia de la menor, dejándose a salvo el derecho de la madre de hacer valer sus derechos de tenencia y régimen de visitas (Expediente 04869-2019-0-0401-JR-FT-11).
5. Posteriormente, el Tercer Juzgado de Familia de Arequipa, mediante Sentencia 009-2020-3JEF, Resolución 3, de fecha 27 de enero de 2020 (f. 264), declaró fundada la demanda de reconocimiento de tenencia y custodia de la menor de edad de iniciales E. Y. L. V. a favor de don Enrique Lerma Ruelas y se estableció un régimen de visitas a favor de doña Liliana Vara Mamani, sin externamiento (Expediente 09404-2019-0-0401-JR-FC-03).
6. De otro lado, mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2020 (f. 279), el abogado de doña Liliana Vara Mamani informa que ante el Tercer Juzgado de Familia de Arequipa han interpuesto otra demanda de tenencia y custodia de la menor favorecida, proceso que se encuentra en trámite (Expediente 19443-2019-0-0401-JR-FC-03). Si bien mediante escrito de fecha 6 de marzo de 2020 (f. 311) se señala que don Enrique Lerma Ruelas no permite que se cumpla con el régimen de visitas a favor de doña Liliana Vara Mamani y se presenta la Ocurrencia de Calle 238 de fecha 5 de marzo de 2020 (f. 313), este Tribunal aprecia del referido documento que dicha diligencia se realizó en mérito a lo dispuesto en el proceso recaído en el Expediente 09404-2019-0-0401-JR-FC-03; es decir, no se advierte un desborde en las posibilidades de respuesta de la judicatura ordinaria.
7. Por consiguiente, respecto a la pretensión de que se entregue la tenencia de la menor de edad de iniciales E. Y. L. V. a doña Liliana Vara Mamani, corresponde su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

7. De este modo, de la noción de interés superior del niño se desprende una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa, a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes, incluso por sobre los derechos de los adultos u otros bienes constitucionales valiosos³.
8. En este sentido, como ha tenido ocasión de señalar recientemente este Tribunal, este principio “predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso” (STC Exp. N.º 01665-2014-HC, f. j. 21).
9. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Campo Algodonero vs. México* (sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009), señaló que:

“[L]os niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable” (cfr. fundamento 408).
10. A mayor abundamiento, en el caso peruano fue emitida la Ley n.º 30467, que si bien tenía un contenido muy general, ha sido objeto de precisión y desarrollo por el Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP. Allí se señala que, para evaluar el interés superior de los niños y las niñas se debe, entre otras consideraciones, realizar “un adecuado análisis de la relación de preferencia entre los derechos que entran en conflicto”, debiéndose preferir “aquellos que garanticen a largo plazo [el] interés y desarrollo de manera integral” de los niños y niñas. Asimismo, que tiene que tenerse en cuenta “la posibilidad de riesgos y desprotección, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad de la niña, niño o adolescente”, y que las decisiones de las autoridades deben “garantizar las condiciones y prácticas que

³ Vide STC Exp. N.º 02132-2008-AA, f. j. 10; STC Exp. N.º 2079-2009-HC, f. j. 13; STC Exp. N.º 02132-2008-AA, f. j. 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

contribuyan a la protección, desarrollo y bienestar de las niñas niños y adolescentes”.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01150-2020-PHC/TC
AREQUIPA
LILIANA VARA MAMANI Y
OTRA, representadas por
TOMASA MAMANI DE VARA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, discrepo de la decisión de mayoría por lo siguiente:

1. Los hijos menores de tres años deberían permanecer con la madre. El Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 84 establece que:

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:

- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre
2. La menor de iniciales E.Y.L.V. a la fecha de la demanda, 19 de agosto de 2019, tenía un año y seis meses de edad; por lo que, en su caso, es de aplicación dicha norma.
3. Los padres de la menor se han interpuesto demandas para obtener su tenencia y custodia. Dichos procesos se encuentran aún en trámite según el Reporte de Expedientes del sistema de Consultas de Expedientes Judiciales del portal electrónico de la página web del Poder Judicial (Expediente 09404-2019-0-0401-JR-FC-03 / Expediente 19443-2019-0-0401-JR-FC-03).
4. Por consiguiente, en tanto la judicatura ordinaria no defina en forma definitiva la tenencia de la menor favorecida, para lo cual debería tener en cuenta el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes si aún fuera pertinente dada la edad de la menor, corresponde que sea entregada a su madre, doña Liliana Vara Mamani.
5. Por estas consideraciones, considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA**. En consecuencia, corresponde que la menor de iniciales E.Y.L.V. sea entregada a su madre, doña Liliana Vara Mamani.

S.

SARDÓN DE TABOADA