

[ENTRE CORCHETES]

Comentarios y anotaciones

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

CAS. N° 4881-2009-AMAZONAS

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

DEMANDANTES	J.B.G.S., D.P.G. y el Ministerio Público
DEMANDADA	H.F.V.
MATERIA	Tenencia y tutela de menor
FECHA	5 de abril de 2011 (El Peruano, 30/01/2012)

CRITERIO DEL TRIBUNAL

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

BASE LEGAL:

Código de los Niños y Adolescentes: arts. III TP y 81.

CAS. N° 4881-2009-AMAZONAS

Lima, cinco de abril de dos mil once.-

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

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

I. MATERIA DEL RECURSO

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

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

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

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

FALLO ANTERIOR

"Si en el presente caso las instancias inferiores han constatado el fallecimiento de la madre de la menor e hija de los accionantes, y estos peticionan la tenencia de la menor, resulta que si gozar de legitimidad para oír, puesto que prevalece el interés superior del niño y el respeto a sus derechos" (Cas. N° 5200-2009-Ancash, El Peruano, 30/01/2010).

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

III. CONSIDERANDO

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

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

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

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

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

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

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

Cuarto.- Que, habiéndose declarado precedentes los recursos de casación por la causal referida a la infracción normativa material, cabe hacer las siguientes precisiones: la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 apartado 1) señala: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", por su parte el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dispone: "Interés superior del niño y del adolescente. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales,

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

Quinto.- Que, se observa que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, en ese sentido, este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios 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

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



NUESTRA OPINIÓN

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

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

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

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

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

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

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

El criterio contrario de la Sala Superior invocaba que la tenencia es exclusiva entre padre e hijo, no entre abuelos y nieto, ya que la tenencia es un atributo de la patria potestad y por ende solo le corresponde a los padres no pudiendo incluirse otros familiares a través de una interpretación extensiva del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.

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

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

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

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

o disposiciones de las que pueda resultar tal situación.

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

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

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

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

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

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

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

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

[ENTRE CORCHETES: ANOTACIONES]

[❶] Código de los Niños y Adolescentes

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente

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

[❷] Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 81.- Tenencia

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