



TENENCIA Y CUSTODIA
Expediente N° 00714-2008
Dra. Yaneth Salcedo Saavedra

SUMILLA

TENENCIA Y CUSTODIA

“El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. [...]”.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
PRIMERA SALA CIVIL

EXPEDIENTE : 00714-2008
DEMANDANTE : EDGARDO DOLORIER POLO
DEMANDADO : EDITH JIMÉNEZ MALVACEA
MATERIA : TENENCIA y CUSTODIA
PROCEDENCIA : SEGUNDO JUZGADO MIXTO MBJ LOS OLIVOS

RESOLUCIÓN NÚMERO

Independencia, veinte de enero del dos mil nueve

VISTOS; La causa en audiencia pública, sin informe oral, interviniendo como ponente la señora Vocal SALCEDO SAAVEDRA, conforme dispone el numeral 2) del artículo 45º del Decreto Supremo 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo opinado por la Representante del Ministerio Público en su Dictamen N°357 -08 de fojas 480 a 483; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANTECEDENTES

Viene en grado de APELACIÓN la sentencia expedida mediante resolución número 29 de fecha 31 de marzo del 2008, de folios 411 a 416, que declara funda-



da la demanda interpuesta por Edgardo Fernando Dolorier Polo contra Edith Rosario Jiménez Malvacea sobre tenencia y custodia de menor; ordenado que el demandante ejerza la tenencia y custodia de sus menores hijos F J A y E J; fija a favor de la demandada Edith Rosario Jiménez Malvacea el régimen de visitas correspondiente los días sábados y domingos con externación desde las nueve de la mañana hasta las siete de la noche; e, infundada la demanda de autos incoada por Edith Rosario Jiménez Malvacea contra Edgardo Fernando Dolorier Polo sobre tenencia y custodia de menor, con los demás que contiene.

SEGUNDO: SÍNTESIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Interpuesto por Edith Rosario Jiménez Malvacea, de folios 434 a 443 contra todos los extremos de la sentencia. Sostiene la apelante:

1.1. No se ha tomado en consideración las prestaciones económicas realizadas desde España, cumplimiento alimentario a favor de sus menores hijos.

1.2. La conducta reprochable del demandante Dolorier Polo al tener otra pareja estando casado, es una mala influencia y ejemplo de sus menores hijos.

1.3. A la fecha ya no tiene contacto personal con sus hijos quienes inducidos por su padre muestran una conducta inadecuada a su edad, no considerándola como su madre.

2. Interpuesto por Edgardo Fernando Dolorier Polo, de folios 449 a 452, en el extremo que otorga régimen de visitas a la demandada. Sostiene el apelante:

2.1. El régimen de visitas debe establecerse en horarios y días adecuados.

2.2. El régimen establecido no guarda relación con el estado y actividades de los menores, perjudicándoles en sus estudios los días sábados; y los domingos se atenta contra el apelante al no poder estar al lado de sus hijos.

2.3. No se ha tenido en cuenta el deterioro de las relaciones existentes entre los menores y la madre.

TERCERO: EVALUACIÓN JURÍDICA DEL COLEGIADO

3.1. De las demandas acumuladas: Se trata de una acumulación de procesos que,



por un lado don Edgardo Fernando Dolorier Polo, de fojas 16 a 19 13 a 19 solicita la tenencia y custodia de sus menores hijos F J A y E J de 09 y 05 años de edad, respectivamente, por ejercer la custodia de hechos desde diciembre del 2003; y de otro, Edith Rosario Jiménez Malvacea, de folios 159 a 165 peticiona la tenencia y custodia de sus menores hijos F J A y E J de 09 y 05 años de edad, respectivamente, demanda que dirige contra su cónyuge Edgardo Fernando Dolorier Polo.

3.2. De los procesos acumulados: mediante resolución número siete, de fecha 29 de mayo del 2007, que obra a folios 193 a 194 se declara fundada la solicitud de acumulación de procesos, siendo acumulado el Expediente N°2007-0066-FA con el Expediente N°2007-168-FA tramitados ante el Segundo Juzgado Mixto del MBJ de Los Olivos.

3.3. De la tenencia: Es un atributo de la patria potestad, al ser una institución jurídica reservada para los padres separados de hecho; en ese caso deberá tomarse en cuenta el interés superior del niño, que es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor, y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar en toda decisión que afecte al niño o adolescente.

Ambos padres gozan del derecho de petición conforme al artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes que establece: “El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho de Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes”.

3.4. Marco Jurídico de la tenencia: El literal a) del artículo 84° Código de los Niños y Adolescentes establece que: “En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. [...]”.

Así mismo, el artículo 85° del Código de los Niños y Adolescentes establece que: “El Juez Especializado deberá escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.

3.5. De la apelación interpuesta por doña Edith Rosario Jiménez Malvacea: la recurrente solicita que la tenencia de hecho ejercida desde el 30 de julio del 2004 por su cónyuge y emplazado Edgardo Fernando Dolorier Polo, sea variada en su favor, otorgándosele la custodia de sus menores hijos F J A y E J D J de 06 y 10



años de edad respectivamente conforme se acredita con las actas certificadas de nacimiento de folios 4 y 5 de autos.

Al respecto, el Juez además de observar las normas acotadas, debe tener presente que los artículos 82° y 87° del Código de los Niños y Adolescentes dispone que resolverá la tenencia teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario y pruebas aportadas por los padres.

3.6 De lo actuado en autos, el informe psicológico practicado a doña Edith Rosario Jiménez Malvacea, que obra de folios 322 a 324, concluye: “Si bien, la evaluada expresa la preocupación que tiene sobre el bienestar de sus menores hijos, necesitaría del apoyo de su familia para asumir un eficiente rol materno, requiriendo de recursos para la resolución de sus problemas. Razón por la cual se sugiere una derivación a un centro de salud cercano a su domicilio a fin de recibir la orientación necesaria para ello”.

De otro lado, el informe psicológico practicado a Edgardo Fernando Dolorier Polo, de folios 319 a 321, concluye que: “Presenta una familia reconstruida, identificado en su función paterna, rol que es importante en estos momentos, sirviéndose del apoyo de su actual pareja a la que percibe como un complemento para la crianza y educación de sus hijos. Y aunque se perciba en un rol de cabeza de familia, no guarda un rol representativo, girando su vida en torno a la vivencia de sus hijos”.

De ambos exámenes se infiere que, psicológicamente doña Edith Rosario Jiménez Malvacea está en desventaja respecto de su cónyuge para desempeñar el rol de madre, y que si bien, don Edgardo Fernando Dolorier Polo requiere de apoyo de su actual pareja para desempeñar dicho rol, lo que es comprensible conforme a las declaraciones de los dos niños que expresan que su padre trabaja y son atendidos por la actual pareja de su padre quien ha asumido el rol materno.

3.7 Situación y opinión de los menores, contenidas la audiencia única de folios 296 a 299 han sido tomadas en cuenta por el juzgador a fin de otorgar la tenencia y custodia de los menores en favor del padre Edgardo Fernando Dolorier Polo, motivo por el cual la sentencia apelada debe ser confirmada.

3.8 De la apelación interpuesta por Edgardo Fernando Dolorier Polo: Es necesario emitir pronunciamiento respecto del régimen de visitas en favor de Edith Rosario Jiménez Malvacea, madre de los menores F J A y E J, al amparo del literal c) del artículo 84° Código de los Niños y Adolescentes que establece: “Para el que no



obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas”.

Así mismo, el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes establece: “[...] El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.

3.9 En autos se verifica que, el régimen de visitas otorgado a Edith Rosario Jiménez Malvácea es adecuado, a fin de evitar romper los vínculos afectivos con sus menores hijos, a quienes el padre demandante debe inculcar el respeto y procurar eliminar todo tipo de resentimiento existente en ellos con el fin de lograr que desarrollen con una adecuada formación y estabilidad emocional; de lo que se concluye que doña Edith Rosario Jiménez Malvácea no debe tener impedimento alguno de visitar a sus hijos y compartir con ellos; más aún si tenemos en consideración que conforme a lo prescrito por los artículos 86°, 88° y 91° tanto la tenencia como el régimen de visitas son variables de acuerdo a las circunstancias debidamente comprobadas.

3.10. Del debido proceso: Que, en el proceso se encuentra garantizado el derecho de defensa y la igualdad de las partes, al haber litigado activamente ambas partes demandando y contestando la demanda, concurriendo a las audiencias únicas, así como el haberseles concedido el recurso de apelación; proceso en el cual ha intervenido la representante del Ministerio Público, defensora de la legalidad.

Fundamentos por los que:

CONFIRMARON LA SENTENCIA expedida mediante resolución número 29 de fecha 31 de marzo del 2008 de folios 411 a 416, que declara fundada la demanda interpuesta por Edgardo Fernando Dolorier Polo contra Edith Rosario Jiménez Malvacea sobre tenencia y custodia de menor; ordenado que el demandante ejerza la tenencia y custodia de sus menores hijos F J A y E J; fija a favor de la demandada Edith Rosario Jiménez Malvacea el régimen de visitas correspondiente los días sábados y domingos con externación desde las nueve de la mañana hasta las siete de la noche; e, infundada la demanda de autos incoada por Edith Rosario Jiménez Malvacea contra Edgardo Fernando Dolorier Polo sobre tenencia y custodia de menor, con los demás que contiene. Notifíquese y Devuélvase.

S.S.

SOCIEDAD PATERNO FILIAL



**INFANTES VARGAS
TORRES LÓPEZ
SALCEDO SAAVEDRA**