



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA
SEGUNDA SALA CIVIL

EXPEDIENTE N° 0027-2013-0-2501-SP-FC-02

XXXX

XXXX

TENENCIA

SENTENCIA EMITIDA POR LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA

RESOLUCION NÚMERO: VEINTISIETE

En Chimbote, a los seis días del mes de mayo del dos mil trece, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, con la asistencia de los señores Magistrados:

ASUNTO:

Viene en grado de apelación el auto contenido en la resolución número diecinueve, de fecha veintiséis de setiembre del dos mil doce, en el extremo que conceden la tenencia de la menor xxx a favor de la demandante xxx

FUNDAMENTO DEL APELANTE:

El demandado interpone recurso impugnatorio señalando que el A-quo no ha tenido en cuenta, que la demandante tiene viviendo a su hija en un bar, donde a toda hora se expide licor, estando en riesgo la integridad física y psicológica de su hija, estando expuesta la menor a sufrir alguna agresión de parte de los consumidores de licor, los cuales son en su mayoría hombres.

También refiere, que la demandante al desempeñarse como miembro de la Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Distrital de Pallasa Cabana, teniendo un horario de 12 horas, deja el cuidado de su menor hija, a su abuela materna, la cual se dedica a su negocio, que consiste en atender un bar, exponiendo de esa forma a su hija; por lo que indica, que dicho escenario, no resulta ser el más adecuado para su niña.

Asimismo, refiere que el a-quo debe tomar en cuenta lo señalado por su hija al referir, que quiere más a su hermano, por lo que el alejarla de él, le causaría un daño emocional, ya que su afecto se ve recortado pues su hijo xxx de once años, domicilia



con el recurrente en la ciudad de Nuevo Chimbote, y su hija en Cabana. Agrega los demás fundamentos que expone.

FUNDAMENTOS DE LA SALA:

Sobre lo que es materia de apelación:

1.- El artículo 364° del Código Procesal Civil establece que, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Si bien es cierto que el recurso de apelación es el medio que hace tangible el principio de la doble instancia^[1] [previsto en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil], el cual es un recurso ordinario o de alzada, que supone el examen de los resultados de la primera instancia, mediante el cual el Juez Superior *ad quem* examina la corrección y regularidad de la resolución dictada por el Juez *a quo*, según los motivos de agravio que aduzca el apelante. También lo es que en la actividad recursiva se tiene como principio de limitación llamado *tantum devolutum quantum appellatum*^[2], el cual es principio y garantía jurisdiccional que el órgano que conoce la apelación únicamente se pronunciará sobre los agravios invocados por el apelante.

2.- Bajo dicha premisa, se debe señalar que la sentencia expedida en primera instancia ha sido apelada por el demandado xxx en el extremo que le concede a la demandante xxx la tenencia de la niña xxx.

Sobre el principio del interés superior del niño:

3.- No obstante, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al principio del interés superior del niño se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades

⁽¹⁾ “El fundamento de la doble instancia se encuentra ligado a la falibilidad humana y a la idea de un posible error en la resolución judicial; de allí que este principio constituye una garantía para los ciudadanos, ya que la decisión judicial cuyo error se denuncia es llevada ante un colegiado especializado, a fin de ser analizada nuevamente.” [CAS N° 3353-2000-Ica. Publicado el 02 de febrero del 2000].

² “La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación conocido como ‘Tantum Appellatum Quantum Devolutum’ sobre el que reposa el principio de congruencia, y que significa que el órgano revisor al resolver la impugnación debe pronunciarse solamente sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante...” STC 7022-2006-PA/TC.



así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.”⁽³⁾.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. [el subrayado es nuestro].

Este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

“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 niños”. [el subrayado es nuestro].

4.- Teniendo presente que el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, establecido en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes, se puede señalar que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, se puede señalar que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución ⁽⁴⁾.

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

³ CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 59.

⁴ **Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio**

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.



5.- En ese contexto, tenemos que el Código de los niños y los Adolescentes en su artículo 81°, señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescente se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardo en todo momento el interés superior del niño.

6.- El Art. 84° del Código de los niños y Adolescentes señala que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades el Juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien vivió más tiempo, siempre que le sea favorable; el hijo menor de tres años permanecerá con la madre, y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas; finaliza señalando que en cualquiera de los supuesto, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente.

7.- En tal sentido, de la revisión de los autos se advierte, que la decisión del A-quo de dejar a xxx, bajo el cuidado de su padre, responde a que este se encuentra cursando sus estudios en la ciudad de Chimbote, e incluso se encuentra inscrito en el Centro de Idiomas de la Universidad del Santa, evidenciando de esta manera, el deseo del padre, de brindar a su hijos mejores oportunidades.

8.- Sobre xxx, de cuatro años de edad, se tiene, que si bien el padre podría otorgarle igual oportunidades que a su hermanito, por la edad que tiene, es necesario que ella se encuentre bajo el cuidado y protección de su madre, a la cual ella refiere extrañar; puesto que el vínculo materno con su madre, nunca fue interrumpido; asimismo, se debe tener en cuenta que la madre por ser del mismo género influenciara en la personalidad de la niña, que es decisiva durante los primero años de su vida; brindándole también mayor comodidad a la niña, con respecto a las interrogantes que esta pueda hacerle sobre su genero.

10.- Sin perjuicio de lo expuesto, tenemos que el argumento del padre, de que la madre deja a la niña bajo el cuidado de la abuela, la cual trabaja en un bar, siendo este el lugar donde la menor vive, quedo desvirtuada por el Informe social de folios 98 a 103, en el cual, la asistenta social señala que la vivienda está ubicada al frente del restaurante de la abuela pero en independientes, ofreciendo los ambientes de



descanso privacidad a la familia, con las comodidades básicas para que cualquier niño se desarrolle adecuadamente.

Por estos fundamentos, la Segunda Sala Civil del Santa;

FALLA:

CONFIRMANDO la sentencia apelada, contenida en la resolución número diecinueve, de fecha veintiséis de setiembre del dos mil doce, en el extremo que conceden la tenencia de la menor xxxx a favor de la demandante xxxx.

Hágase saber a las partes, y lo devolvieron al juzgado de origen.- **Juez Superior**

Ponente doctor Jesús Murillo Domínguez.-

S.S.

RAMOS HERRERA W.

MURILLO DOMINGUEZ J.

GARCÍA LIZARRAGA D.

LPDERECHO.PE