



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
Juzgado Civil Permanente – La Esperanza**

EXPEDIENTE : 00824-2019-0-1618-JM-FC-01
DEMANDANTE : ██
DEMANDADO : ██
MATERIA : NOMBAMIENTO DE TUTOR(TENENCIA Y CUSTODIA)
JUEZ : FELIX ENRIQUE RAMIREZ SANCHEZ
SECRETARIA : EDGAR RUBEN ALTUNA

SENTENCIA N° - 2023

El juez o la jueza de familia están obligados a proveer un *trato diferenciado y especializado*, en los procesos judiciales donde se discuten los derechos de los niños, niñas y adolescentes; por lo que deberán disponer los ajustes del procedimiento necesarios, en razón del contexto de desigualdad sustantiva como procesal en el que se encuentra dicho infante o adolescente en el cada caso concreto. En el presente caso, se ha dispuesto como ajustes del procedimiento la aplicación de la suplencia de queja deficiente, en tanto fue errónea la pretensión planteada por la abuela materna en el escrito de demanda al solicitar la tutela de su nieta vía proceso no contencioso, por lo que se corrigió y entendió que la pretensión a discutir en el presente proceso era la de tenencia y custodia de su nieta; así como también se dispuso la conversión del proceso no contencioso de tutela en un proceso contencioso (proceso único), en aras de garantizar la tutela efectiva reforzada a dicha a la menor M.I.F.E.

En cuanto a la tenencia y custodia [entiéndase guarda y custodia], debe entenderse, desde una perspectiva convencional, como una manifestación de la "responsabilidad parental" que debe ser ejercido en primer orden por ambos progenitores en el marco de la co-parentalidad e igualdad entre hombres y mujeres ya se compartida y exclusiva; sin embargo, dicha guarda y custodia puede ser ejercida de manera excepcional por parte de los abuelos y abuelas, siempre que ello le sea más favorable para el desarrollo integral de la niña, niño y adolescentes, lo cual deberá determinarse caso por caso. En el presente caso, se determinó que la adolescente M.I.F.E. siempre estuvo bajo el cuidado de su abuela paterna ante el fallecimiento de su padre, con quién generó un vínculo afectivo y estrecho de respeto y amor entre abuela-nieta, así también se comprobó que dicha adolescente no tuvo vínculo comunicacional y afectivo con su madre, desde que nació, y es que esta última ha demostrado un total desinterés por ejercer su derechos y deberes de cuidado, siendo la abuela paterna quién le brinda mejores condiciones personales y afectivas para ejercer dicho cuidado; razón por la cual se le otorgó excepcionalmente a esta última la tenencia de dicha menor de edad, ello en el marco del principio del interés superior del niño

RESOLUCIÓN NÚMERO CATORCE

La Esperanza, cuatro de marzo
Del año dos mil veintitrés.

I. ASUNTO:

Determinar la fundabilidad o no, de la pretensión requerida por doña ██████████
██████████████████ contra ██ y el
MINISTERIO PÚBLICO, quién solicita que se le nombre como TUTORA de su nieta
M.I.F.E. (entiéndase TENENCIA Y CUSTODÍA).



II. ANTECEDENTES:

2.1.) DEMANDA.

Con fecha 16 de enero del 2019, [REDACTED] interpone demanda, con la finalidad de que se nombrada como tutora de su nieta M.I.F.E. de 8 años de edad; acción que la dirige contra la madre de ésta, doña [REDACTED]

Fundamenta dicha pretensión manifestando que su hijo [REDACTED] y la ahora demandada [REDACTED] tuvieron una hija de nombre M.I.F.E.; sin embargo, refiere que la madre entregó a su hijo y a ella, en su condición de abuela paterna, a la niña a los 8 días de nacida, tiempo a partir del cual asumieron la custodia de la menor, hasta el 25 de abril del 2018 en que falleció su hijo y padre de su nieta, producto de un accidente de tránsito ocasionado por la empresa de transporte “Nuevo California SA”; producto del cual se sigue una investigación preliminar por la presunta comisión de delito contra la vida, el cuerdo y la salud en la modalidad de homicidio culposo – Caso No 1978-2018-Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de la Esperanza en agravio de su nieta.

Refiere también que desde el fallecimiento de su hijo ella se ha hecho cargo del cuidado de su nieta, quién le ha brindado cuidado y protección, asumiendo el gasto por sus necesidades básicas, tanto alimentación, vestido y educación, en la medida que su madre no ha mostrado interés en saber cómo está su hija. Así también cuenta que la menor actualmente cursa estudios escolares de nivel primario en la institución educativa No 81751 “Dios es Amor” donde la recurrente figura como apoderada a raíz del fallecimiento de su hijo, contando incluso con una constancia de tenencia expedida por el juez de Paz de Wichanza.

Para finalizar indica que su requerimiento de ser nombrada tutora se debe a que a su nieta le corresponde una indemnización por daños y perjuicios producto del accidente que le ocasionó su muerte de su padre, y es que para ello se requiere previamente que se le nombre tutora para poder efectivizar el cobro del mismo.

2.2.) ESCRITO PRESENTADA POR LA DEMANDADA

La demandada [REDACTED] se apersonó al presente proceso y mediante escrito de fecha 26 de septiembre del 2019, informa al Juzgado que su hija le fue arrebatada a los pocos días de nacida, siendo imposible hasta la fecha recuperar a su hija, debido al impedimento ejercido por la abuela paterna, [REDACTED] como su familia en general. Aclara, en ningún momento le entregó a su hija, tal es así que es melliza con su hijo [REDACTED] pues ambos nacieron el 26 de abril del 2010, siendo que este último estudia en el Colegio [REDACTED] y se encuentra bajo su cuidado.

2.3.- DECURSO PROCESAL.-



- (i).-Mediante resolución número uno, de fecha 4 de marzo del 2019 (folios 23 y 24) se admite la demanda y, se corre traslado al demandado [REDACTED] para lo cual se les procedió a notificar conforme ley, tal como consta en el preaviso y cédula de notificación que obra en autos (folios 47 y 48).
- (ii).-Con fecha 16 de setiembre del 2019, la demandada [REDACTED] se apersonó al proceso nombrando abogado defensor (folios 52) y con fecha 26 del mismo mes, pone en conocimiento de los hechos (folios 58 y 59), solicitando que la demanda sea declarada infundada.
- (iii).-Seguidamente se realizó la audiencia de esclarecimiento de hechos (audiencia única) con fecha 21 de octubre del 2019 (folios 60 al 63), donde se emitió la resolución número cuatro que dio por apersonado a la emplazada. Inmediatamente se procedió admitir los medios probatorios y actuar los mismos, procediendo luego a entrevistarse tanto con la demandante y demandada, como con la entonces niña M.I.F.E..
- (iv).- Con fecha 28 de diciembre del 2021 se recepción el Informe Social de la demandante No. 121-2021 (folios 188 a191) y en cuanto al Informe Social de la emplazada no se realizó, procediéndose a emitir la Razón N.º 94-2022 (folios 198 y 199).
- (v).- El Ministerio Público emitió su dictamen Fiscal con fecha 28 de noviembre del 2022, opinando por declarar fundada la demanda interpuesta por [REDACTED] siendo el estado del presente proceso el de emitir sentencia

III.- CUESTIÓN PREVIA: LA NECESIDAD EN EL PRESENTE PROCESO DE OTORGAR TUTELA DIFERENCIADA EN EL MARCO DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

- 3.1.- En primer lugar, debe tenerse en cuenta, que tanto el corpus iuris internacional de derechos humanos, como nuestra Constitución reconocen la necesidad de protección, a la familia y a los integrantes que la conforman, en especial de los grupos vulnerables, entre los que se encuentra los niños, niñas y adolescentes; existiendo así, una obligación por parte de los organismo que conforman el Estado, entre los que se encuentra el Poder Judicial, *de realizar una intervención particularizada y especializada cuando se trata de abordar conflictos de naturaleza familiar, ya que éstos se caracterizan por su intensidad y variabilidad, en la medida que están inmersos en ellos, una compleja gama de relaciones y vínculos afectivos de duración y permanencia; es más, se entiende, que dicha injerencia será más intensa, cuando el conflicto gira alrededor de los niños, niñas y adolescentes, quienes por su edad se encuentra en una situación de desigualdad y desventaja respecto a los adultos (situación de vulnerabilidad).* Así mismo, el conflicto familiar paso de ser un tema particular que competía exclusivamente la solución del mismo a sus miembros, a ser considerado un tema de naturaleza pública, debido a la relevancia constitucional que ostenta la familia y sus



miembros, así lo ha reconocido tanto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 1060-2012-PHC/TC¹, como la Corte Suprema en el III Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-PUNO)²

- 3.2. Es claro entonces, que se requiere de un sistema procesal más adaptado a la infancia y adolescencia, en razón de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra dicho grupo etario y porque, los conflictos que pretende resolver giran en torno a garantizar sus derechos fundamentales. Es por ello, que toda decisión jurisdiccional debe partir por reconocer las características propias de la niñez y adolescencia y su condición de sujetos de derechos, así como el nivel de vulnerabilidad y discriminación en la que se encuentran, y a partir de ello, garantizar sus derechos fundamentales sustantivos y procesales, respetando la autonomía progresiva que ostentan dicho grupo vulnerable en el ejercicio de los mismos.
- 3.3. En suma, existe la obligación de los jueces y juezas de proveer ***un trato diferenciado y especializado durante el curso del proceso donde se discutan los derechos de los niño, niñas y adolescentes, desde su inicio hasta la decisión final e incluso en la ejecución misma, a través de una tutela reforzada***; respetando las garantías mínimas procesales y compensando la desigualdades materiales y procesales en la que se encuentran dicho grupo etario y considerando siempre en toda decisión el interés superior del niño; así lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la **Opinión Consultiva OC-17/02 Condición jurídica y derechos humanos del niño, que a la letra dice:**

“98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”

- 3.4. Entonces, el proceso judicial familiar, donde se discuten derechos de los infantes y adolescentes, debe caracterizarse porque en ella, se ponderan los aspectos formales de los procedimientos para evitar la revictimización del niño, niña y adolescente participantes, y así lograr una testimonial u opinión única que permita tomarlos en cuenta al momento de sentenciar, así también se flexibiliza los ***requisitos procesales previstos normativamente, se dispone realizar los ajustes al procedimiento mismo, adecuando el proceso mismo (conversión del proceso), se aplica la relativización del principio de congruencia***

¹Exp No. 1060-2012-PHC/TC.- “Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución y el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional, ***sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4° de la Constitución***”

² Casación No. 4664- 2010-PUNO.- “6.- Como ha señalado Augusto César Belluscio: «La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aun cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros»; en sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares. Esto no impide, ***por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente***”



(aplicando el iuranovit curia y suplencia de queja), y se permite la participación del infante en dicho proceso³, todo ello, en aras de garantizar el interés superior del niño.

- 3.5.- Resumiendo lo avanzado, diremos que el proceso de familia debe armonizar el interés superior del niño como regla procedimental, relativizando las formas y los principios procesales que los guía, rompiendo cualquier barrera que obstaculice el acceso a la justicia, compensando así la desigualdad real y procesal en las que se encuentra dicho grupo vulnerable en relación a los adultos, convirtiéndolo así un proceso más especializado y diferenciado; simplemente un proceso más humano y justo. Y es que la finalidad de dicho proceso es proteger a la familia y los grupos vulnerables que lo conforman, eliminando el conflicto en su total dimensión, razón por la cual los jueces y juezas de familia tiene una participación más activa, cumpliendo un rol socializador para cumplir con los fines determinados como es de abordar íntegramente el problema, pacificar el conflicto familiar, clarificar las posiciones reales de las partes y resolviendo conforme a derecho
- 3.6.- Dicho esto, pasamos analizar el presente proceso, observando de ella, que la discusión y controversia familia gira alrededor del interés superior de la ahora adolescente M.I.F.E., quién se encuentra en un contexto complejo y muy particular, el cual no puede ser obviado, y es que fue el padre de ésta, don [REDACTED] la persona que venía ejerciendo la guarda y custodia exclusiva y directa con dicha adolescente, pero luego falleció, quedando a partir de ese momento al cuidado de la abuela paterna, [REDACTED] a ello debe sumarse que la vida de dicha adolescente ha estado marcada por una ausencia total y afectiva por parte de su madre, con quién no tiene comunicación alguna, desde que nació.
- 3.7. Es en ese escenario, que la abuela paterna acude a este órgano jurisdiccional solicitando ser nombrada tutora de su nieta, pese a que la madre vive y no ha sido declarado la pérdida, ni la suspensión, de la patria potestad sobre su menor hija por lo que estaríamos ante una pretensión inviable por el momento; y por otro lado, se dio trámite al presente proceso, bajo los parámetros del proceso no contencioso como si se tratará de una incertidumbre jurídica; sin embargo, la madre manifestó en dicho proceso su oposición a la pretensión planteada por la abuela paterna, convirtiéndolo más bien en un tema contencioso por existir posiciones e intereses contrarios; esto amerita que este órgano disponga ciertos ajustes al procedimiento⁴ para emitir un fallo justo, flexibilizando las formas, dando prioridad a lo central que es resolver el conflicto mismo en su total dimensión y de manera integral siguiendo así el principio procesal de abordamiento integral del conflicto, conversión del proceso mismo. A continuación, las medidas procesales que dispone este órgano jurisdiccional en el presente caso:

³Ver Consejo Económico y Social de la ONU. *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños, víctimas y testigos de delitos.*; Resolución 2004/27 del 21 de julio del 2004.

⁴El ajuste razonable al procedimiento debe ser entendida como regla de conducta positiva que debe desplegar el juez durante el proceso, donde se discuten derechos fundamentales de las personas vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes y que se materializan: reinterpretación, modificando y adaptando (ajustes) las normas procesales existente de manera razonable, para garantizar una verdadera tutela procesal efectiva y protección de los derechos fundamentales en discusión



IV.- PRIMERA MEDIDA PROCESAL: RELATIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y APLICACIÓN DE LA SUPLENCIA DE QUEJA DEFICIENTE AL PRESENTE PROCESO ENTENDIENDO QUE LA PRETENSIÓN VERSA SOBRE TENENCIA Y CUSTODIA Y NO SOBRE TUTELA

- 4.1. Entre los principios procesales que rige los procesos de familia [donde se discute los derechos de la infancia y adolescencia] se encuentra el de congruencia, la cual se “relativiza”, en la medida que ello permite cumplir con otorgar una verdadera tutela diferenciada y reforzada a la niñez y adolescencia⁵. Y es que la flexibilización de dicho principio de congruencia se debe a la singularidad propia de dichos conflictos de familia que pretende resolver, la cual se extiende y puede cambiar e intensificarse durante el trámite del proceso mismo e incluso en la ejecución misma, así tenemos como característica principal de dicho conflicto que se encuentra ligada en gran medida a temas afectivos que perduran en el tiempo; ello exige, por parte del órgano jurisdiccional identificar realmente el conflicto existente, y realizar un ***abordamiento integral y no fraccionado del conflicto***, ya que ello permite darle una solución más justa y dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales que exige el sistema convencional y constitucional existente, ello indistinta e independientemente de la forma o términos en los que se ha planteado en la demanda.⁶
- 4.2. Consecuentemente, el juez o jueza de familia se encuentran obligados a extraer de los hechos planteados por las partes en del proceso y los ocurridos dentro de la tramitación misma, la real controversia fijando los puntos controvertidos y a partir de ello delimitar correctamente el petitorio sobre el cual debe pronunciarse, garantizando así, los derechos fundamentales de los infantes y adolescentes a una sentencia no solo debidamente motivada sino justa. Es así que surgen las figuras como iuranovit curia y la suplencia de queja deficiente, o pretensión implícita, en tanto, la sentencia debe ajustarse a lo realmente solicitado en la demanda y una debida y correcta calificación jurídica de la pretensión misma, es así que se asegura una verdadera tutela efectiva diferenciada a este grupo vulnerable.
- 4.3. En ese orden de ideas, este órgano jurisdiccional considera pertinente esbozar una definición respecto al principio de suplencia de queja deficiente, institución que se encuentra relacionado al presente proceso. Este principio exige, que el juez o jueza de familia ***adecúe o subsane de oficio las pretensiones planteadas por los demandantes cuando advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda, y es que su aplicación se sustenta en la preeminencia del valor de los derechos cuya tutela se pretende proteger (interés superior***

⁵Y es que los jueces y juezas cuentan dentro del proceso donde están involucrados los niños, niñas y adolescentes, con facultades tuitivas para flexibilizar principios y normas procesales con el objeto de hacerlo compatible como el interés superior de la infancia, así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México en la sentencia de amparo directo 22/2016 (párrafo 55)

⁶Realizar un análisis aislado o fragmentando del conflicto familiar vinculados a los niños, niñas y adolescentes implicaría desconocer no solo la fenomenología del conflicto familiar, sino el incumplimiento de las obligaciones convencionales por parte del órgano jurisdiccional; y es que el abordamiento integral del conflicto familiar es una exigencia convencional y una medida necesaria para proteger realmente a la familia y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que están en juego. Ver RAMIREZ SÁNCHEZ, Félix “*Los principios procesales en el proceso especial de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*” en Revista “*Gaceta de Familia*” Tomo 4/Enero-Febrero del 2022; Edit Gaceta Jurídica; 2002; pág.104



del niño), ello en el marco del principio interpretativo pro infante, el mismo que establece que debe optarse por una alternativa que suponga un mejor aseguramiento de los derechos del niño, niña y adolescente que se encuentren en juego en el proceso mismo.

- 4.4. Por su parte, los profesores Mariano Azuela Güitron y Eber Omar Betanzos Torres, expresan al respecto, lo siguiente:

“En el principio de suplencia de la deficiencia de la queja el juez no está obligado a resolver el conflicto apegado en conceptos de violación, cuando encuentra que se ha violado de manera manifiesta determinado derecho en perjuicio del agraviado y éste, por error o ignorancia, no lo hizo valer en sus conceptos de violación, o en su caso los agravios que plantean los recursos o estos resultan deficientes o ininteligibles”⁷.

Queda claro entonces que la aplicación de la suplencia de queja deficiente *se genera a partir del análisis pormenorizado del petitorio y de los hechos expuestos por las partes en el proceso, tanto en el escrito de la demanda, como de contestación de la misma*; e incluso de los hechos expresados en la tramitación del proceso mismo por parte de los niños, niñas y adolescentes.

- 4.5. En resumidas cuentas, la suplencia de queja deficiente es una herramienta procesal obligatoria en el proceso de familia, que permite a los jueces y juezas analizar los casos donde están vinculados los derechos de los infantes y adolescentes de una manera integral y que requieren de una protección reforzada; y a partir de ello deberán integrar si falta algo para completar la justicia de los infantes, o bien remediar las deficiencias existentes en dichas pretensiones. Es así, que la suplencia de queja deficiente se convierte en una exigencia convencional, así lo ha entendido la jurisprudencia comparada en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, y solo a modo de ejemplo tenemos la tesis CCCL/2013 emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema de la Nación de México, quién indicó:

“La suplencia de la queja es una herramienta que le permite a los jueces analizar los casos de manera que se dicten fallos más justos en aquellos casos en que estén involucrados los derechos de personas que pueden estar en desventaja frente a otras o bien de aquellas personas que requieren de una protección reforzada como lo es el caso de los niños.

- 4.6. No olvidemos que el Juez o jueza de Familia (sea unipersonal o colegiado) se encuentra obligado u obligada en todo proceso de familia, a encontrar el remedio judicial “idóneo” para *efectivizar y maximizarlos derechos fundamentales en discusión*, sobre todo si se encuentran inmersos derechos vinculados directamente a las niñas, niños y adolescentes, debiendo hacer uso de la suplencia de queja si es necesario y si el caso concreto lo exige, siempre y cuando se haya respetado el derecho de defensa de las partes sobre el tema central y real.

⁷Ver A.A.V.V. Pérez Daza, Alfonso (Coordinador) “El principio de estricto derecho” . Edit. por el Consejo de la Judicatura Federal; México; 2017, pág. 23



4.7. Dicho esto, pasamos analizar el caso concreto y es que la demandante, [REDACTED] acude al órgano jurisdiccional en vía de proceso no contencioso, a través de su escrito de demanda (folios 16 a 22), cuya pretensión la transcribimos a continuación:

“Solicitando tutela jurisdiccional efectiva, recurro a su despacho con el fin de interponer DEMANDA DE TUTELA de mi menor nieta M.I.F.E. actualmente de 8 años de edad para representarlo en el ejercicio de sus derechos que le corresponde como actor civil”

Como se aprecia defensa técnica realizó la calificación jurídica y encajó el pedido de la actora, dentro de la pretensión de tutela, amparándose en lo previsto en el artículo 502° del Código Civil, que establece que **“Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y de sus bienes”**.

4.8.- De ello podemos colegir que el petitorio planteado por la accionante en su escrito de demanda es totalmente “erróneo”, ello debido a dos razones, que pasamos a describir:

(i).-El petitorio de “tutela” sería totalmente inviable, en tanto dicha pretensión constituye una medida de amparo familiar de **carácter supletorio y excepcional**, el cual opera en favor de la protección de los niños, niñas y adolescentes en el marco del principio de solidaridad humana, cuando existe la ausencia de las personas que deben ejercer en primer orden la responsabilidad parental, surgiendo la necesidad de un tercero [familiar o no] asuma dicha responsabilidad. Y es que la tutela solo opera como consecuencia de la muerte de los progenitores [de ambos] o de la privación de sus derechos a través de la pérdida, extinción o suspensión de la patria potestad.

En suma, “la tutela” solo opera cuando se haya verificado y/o declarado previamente la pérdida, privación, suspensión o extinción de la patria potestad [las causales de este último supuesto se encuentra previsto en los artículos 461 del Código Civil⁸ y artículo 77 del Código del Niño y Adolescente⁹].

En este sentido se aprecia que la parte demandante alega como causal de la tutela, que el padre de su nieta, don [REDACTED] falleció el 25 de abril del 2018, sin embargo, el supuesto en el que operaría sería el de la muerte de ambos padres (artículo 461.1 del Código Civil), situación que no se da en el presente caso, ya que la madre de la niña, doña [REDACTED] aún vive, y por otro lado, tampoco se daría en el supuesto de declaración judicial de desprotección y pérdida de la patria potestad, ya que no existe declaración de la UPE y del Poder Judicial en ese sentido, por lo que no podría aplicarse la figura de tutela.

⁸ **Artículo 461 del Código Civil.**- Extinción de la patria potestad.- 1.- Por la muerte de los padres e hijos, 2.- Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 [por matrimonio], 3.- Por cumplir el hijo dieciocho años de edad.

⁹ **Artículo 77 del CNA.**-“La patria potestad se extingue o pierde: a).- Por muerte de los padres o del hijo, b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad; c) Por declaración judicial de desprotección familiar, d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, (...) del Código Penal, o por cualquiera de los delitos establecidos en el Dec. Ley 25475 (...), e) Por reincidir en las causales señaladas c) d) y f) del artículo 75; y f) por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil”



(ii).- Tampoco sería viable la pretensión inicialmente planteada, ya que en rigor el nombramiento de tutor se tramita en una vía no contencioso, entendiéndose que no hay controversia alguna, en tanto la norma supone que la menor de edad no se encuentra bajo la patria potestad de los progenitores, por lo que solo se requiere despejar la incertidumbre jurídica de quién es la persona que debe ser nombrado “tutor”; sin embargo, en el presente caso, si existe contradicción y conflicto, ya que la madre de la menor, cuya tutoría solicita, doña Isidora Elcira Esquivel Quezada se apersonó al proceso y mediante escrito de folios 58 y 59, donde solicito que la demanda sea declarada infundada, argumentando que ella puede asumir el cuidado directo de su menor hija M.I.F.E.. En suma, se trata de un proceso contencioso y no de un no contencioso, como ha venido tramitándose.

4.9.- En ese sentido, el Juez en su condición de Director del proceso y en el marco del principio de socialización, y ante el evidente error cometido por la demandante al plantear el petitorio, debe proceder aplicar la suplencia de queja deficiente como una forma de relativización del principio de congruencia y asegurar el derecho a una debida motivación acorde a “derecho”; consecuentemente se dispone adecuar la pretensión formulada por la demandante, entendiéndose que la pretensión real que solicita en su escrito de demanda es la ***declaración de la tenencia y custodia de su nieta M.I.F.E.***, en prelación a la que podría ostentar la madre de ésta, doña [REDACTED] y como consecuencia de ella ejercer la representación de ésta.

4.10.- En suma, queda claro que este órgano jurisdiccional deberá pronunciarse en la presente sentencia sobre la pretensión real fijada y corregida, como es la tenencia y custodia de la adolescente M.I.F.E.; en la medida que este órgano jurisdiccional se encuentra habilitado para ello, ya que los hechos expuestos por las partes (al interponer la demanda y contradecir) han sido suficientemente claros y precisos y relacionados a la guarda y custodia y no a la tutela; sumado al hecho que se ha respetado el derecho de contradicción de la parte demandada, ya que ambas partes entendía que el conflicto en sí en el presente proceso, era sobre quién debería ostentar la custodia y cuidado de dicha menor, así ha quedado demostrado de los escritos postulatorios en ambas partes, el cual lo describimos a continuación a través de un cuadro comparativo:

ACTOS POSTULATORIOS	DEMANDA (folios 26/32)	ABSOLUCIÓN DE LA DEMANDA (folios 58/59)
HECHOS CLAROS Y PRECISOS	(...)3.3.- Que desde que mi nieta tuvo 8 días de nacida fue entregada por su madre [REDACTED] a mi difunto hijo para que en calidad de padre asuma la custodia de la menor lo cual lo ha estado asumiendo desde el año 2010, <u>pero desde el fallecimiento de mi hijo</u>	Refiere “pongo en conocimiento (...) que mi menor hija M.I.F.E. se me fue arrebatada a los pocos días de nacida, por lo que desde esa fecha hasta hoy <u>se me ha sido imposible recuperar a mi hija</u> a consecuencia del impedimento de la abuela [REDACTED] conjuntamente con su



	<p><u>ocurrido el 25 de abril del 2018 ha sido la recurrente quien se ha dedicado al cuidado y protección de la menor y se ha hecho cargo de ella en lo referente a sus necesidades básicas</u> tanto alimentación, vestido y educación debido a que la madre biológica Isidora Esquivel Quezada no ha mostrado interés en saber cómo está su menor nieta, ni cómo va en sus estudios a pesar de haberse enterado del fallecimiento de mi hijo.</p>	<p>familia. En ningún momento entregue a mi menor hija por voluntad propia, y de ahí, ante cualquier intento por recuperarla he sido amenazada. Siendo falso que no cuento con posibilidades económicas para mantenerla (...). <u>Y cuento con las posibilidades económicas para poder criar a mis hijos</u> pues me dedico a la crianza y venta de ganado vacuno y lanar; por tanto, solicito se declare infundada la demanda interpuesta en su contra.</p>
RESUMEN	Teoría del caso: requiere la tenencia de su nieta	Teoría de defensa: ejerció a plenitud el derecho al contradictorio ya que solicita tener la tenencia de su hija

4.11.-Finalmente, debemos indicar que la suplenia de queja deficiente que se aplicó al presente proceso constituye una forma de otorgar la tutela efectiva diferenciada a los niños, niñas y adolescentes por encontrarse en situación vulnerabilidad, en tanto dicha medida procesal permite que éstos gocen efectivamente de sus derechos sustanciales y de los procesales a través de una sentencia debidamente motivada y “acorde a derecho”

V.- SEGUNDA MEDIDA PROCESAL: ADECUACIÓN Y CONVERSIÓN DEL PROCESO NO CONTENCIOSO A PROCESO CONTENCIOSO

5.1. Que la conversión de los procesos no es una figura procesal ajena a la experiencia peruana, ya que ello se viene aplicando en los procesos constitucionales, específicamente entre los procesos de la libertad, y es que es claro, que la conversión de procesos constituye en estricto, una medida de naturaleza procesal excepcional a través del cual se ajusta el procedimiento mismo, flexibilizando las formas procesales en aras de garantizar los derechos sustantivos y fundamentales que se encuentran en juego en todo proceso judicial y que se encuentren referidos a grupos vulnerables.

5.2.- En ese sentido, este órgano jurisdiccional asume plenamente el criterio que dicha institución procesal de conversión de procesos judiciales es plenamente aplicable a los procesos de familia y en especial, cuando se trata de aquellos procesos referidos a conflictos relacionados a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en tanto hay una mayor exigencia de protección procesal diferenciada; sin embargo, debemos indicar que ello solo será aplicable, si cumple ciertos presupuestos procesales, que precisamos a continuación:



a) Que ambos procesos de familia sean de competencia del mismo órgano jurisdiccional (materia, territorio, grado y cuantía);

b).- Que el Juez o Jueza haya corregido la pretensión planteada relativizando el principio de congruencia a través de las instituciones del iuranovit curia o suplencia de queja deficiente, en tanto dicha corrección se ha extraído de los hechos expuestos por las partes

c).-Ha de existir un riesgo irreparable de los derechos fundamentales involucrados de no aplicar dicha conversión; y

d).- La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado y el núcleo duro de los demás derechos de naturaleza procesal

5.3.- En el presente caso, este órgano jurisdiccional procede a disponer, en el marco de los principios de flexibilización, adecuación de las formas a los fines del proceso y economía procesal, **la conversión del presente proceso judicial, adecuando el proceso no contencioso en que se venía tramitaba la tutela a un proceso contencioso (proceso único)**; y es que se dan todos los presupuestos para su aplicación, la cual detallamos a continuación:

a).- En cuanto a la competencia del órgano jurisdiccional, tenemos que tanto la pretensión no contenciosa de tutela, como el de la pretensión de tenencia y custodia son de competencia del Juzgado de Familia o el que haga sus veces, como ocurre en el presente proceso, donde este Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de la Esperanza tiene competencia sobre asuntos de familia, por lo que es competente tanto por la materia, por el grado y por el territorio (centro de vida de la niña M.I.F.E. en tanto radica en el distrito de la Esperanza) para conocer tanto el proceso de tutela –no contencioso- como el de tenencia de la citada menor de edad –contencioso-.

b).-En referencia a la adecuación de la pretensión, tenemos que en el presente proceso se aplicó el principio de suplencia de queja deficiente para corregir el error originado por la demandante al pretender ser nombrada tutora de su nieta M.I.F.E., entendiendo que la pretensión real no era la de tutela, sino la de tenencia y custodia, tal como se ha desarrollado supra.

c).- Sobre la existencia de un grave perjuicio, en caso de no aplicar la conversión, tenemos que cuando se inició el presente proceso M.I.F.E., tenía 8 años de edad, sin embargo, en la actualidad ostenta 12 años de edad, debido a la dificultad que se tuvo para emplazar a la madre de ésta, hoy demandada, por lo que se hace necesario disponer la conversión del proceso, ya que de no realizarlo, la presente demanda de tutela devendría en improcedente, exigiendo a la demandante que vuelva a demandar, esta vez pretendiendo la tenencia de su nieta, y es que ello causaría un riesgo irreparable, ya que lo sometería a la ahora adolescente a una sobre-victimización por parte del Poder Judicial, al someterla a un nuevo proceso judicial, obligándola a ser sometida a otro proceso judicial largo y tedioso.



d).- Por otro lado, en el presente proceso se ha respetado el derecho de defensa de la demandada [REDACTED], en tanto ella ha ejercido su derecho al contradictorio, como es de verse del escrito de folios 58 y 59. Así mismo se ha respetado la participación del Ministerio Público en el presente proceso como un acto procesal principal, ya que, si bien en el proceso no contencioso de tutela no es necesario que dictamine el Ministerio Público, más si, en el proceso único de tenencia, en el presente proceso la Fiscalía de Familia de la Esperanza ha dictaminado conforme lo establece el artículo 141° del Código del Niño y Adolescente, ello se observa a folios 213 a 220, en donde incluso el Ministerio Público se pronuncia sobre tenencia de la niña M.I.F.E. en tanto existe un vínculo afectivo entre la abuela paterna y su nieta.

En suma, se ha dado todos los presupuestos para convertir el presente proceso de un no contencioso a un contencioso (proceso único), en donde se ha respetados las garantías mínimas y los derechos procesales básico de todo proceso, quedando habilitado así, este órgano jurisdiccional para expedir sentencia y pronunciarse sobre la pretensión corregida.

VI.- DETERMINACIÓN DE LA CONTROVERSIAS FAMILIAR

6.1.-A efectos de resolver la pretensión de tutela jurisdiccional efectiva y real solicitada por la demandante, es preciso determinar que el *tema decidendum* resolver por este Juzgado, en tanto, se aplicó la suplencia de queja deficiente en el presente proceso, así tenemos:

- (i).- Determinar si debe o no otorgarse la tenencia y custodia exclusiva de la ahora adolescente M.I.F.E. a favor de la abuela paterna, [REDACTED] o por el contrario debe otorgarse a la demandada y madre de la niña, doña [REDACTED] o si debe disponerse la tenencia compartida
- (ii).- Determinar si es necesario disponer una régimen de comunicación y visitas a favor de la ahora adolescente M.I.F.E. con la abuela paterna o madre no custodia, en caso de que se determine la tenencia exclusiva.
- (iii).- Determinar las facultades de representación que debe tener la persona que éste a cargo de la tenencia y custodia de la citada infante.

Para resolver los puntos controvertidos, tenemos previamente que aclarar ciertos criterios jurisdiccionales sobre la institución jurídica aplicable al presente proceso.

VII.- LA TENENCIA (CUSTODIA Y GUARDA) DESDE UN PUNTO DE VISTA CONVENCIONAL CONSTITUYE UN CONCEPTO AMPLIO Y NO ES EXCLUSIVO DE LOS PROGENITORES, SINO QUE PUEDE ABARCA TAMBIÉN A LOS ABUELOS DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTES DE MANERA EXCEPCIONAL



7.1.- La guarda y custodia como institución del derecho de familia tiene como fundamento de validez: el ejercicio de dos instituciones convencionales de gran importancia. El primero, el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella; y segundo, la responsabilidad parental que debe tener los progenitores respecto de sus hijos [entre los cuales se encuentra el cuidado y protección], dejando establecido que dicha responsabilidad puede ser ejercida de manera excepcional por los familiares (en un sentido amplio), siempre y cuando dicha delegación se encuentre dentro del marco del interés superior del niño.

7.2.- Dentro de los derechos humanos de la infancia y adolescencia, tenemos el derecho a “**tener una familia y no ser separada de ella**”, el cual tiene un reconocimiento en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 17.1), como en la Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo y artículo 9.1), normas convencionales que reconocen por un lado, que la familia, es el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, por ser considerado el espacio natural por excelencia para el desarrollo personal integral de sus integrantes, y en particular de los niños por su propia condición, no pudiendo ser separados arbitrariamente de ellos; y por otro lado, reconocen la **obligación de la familia de brindar a los niños, niñas y adolescentes la estabilidad emocional y bienestar, recayendo sobre ellos la responsabilidad de su crianza y desarrollo**¹⁰. Así lo ha manifestado la Corte IDH

“[el] niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analizan la separación del niño de su familia

[...] el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior del aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente temporal”

7.3.- Nuestro ordenamiento jurídico interno, reconoce dicho derecho específico de manera expresa en el artículo 8 del Código del Niño y Adolescente, al señalar que “el niño y el adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno familiar (...). El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias específicas (...)”. En esa misma línea, tenemos lo indicado por nuestro Tribunal Constitucional en el 1817-2009-PH/TC, quién reconoce su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, indicando lo siguiente:

¹⁰El mismo preámbulo de la convención sobre los derechos del niño reconoce la necesidad de brindar apoyo a las familias, en un sentido amplio, por ser el escenario principal en el que los niños se desarrollan. En tal sentido se indica: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”



“A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo a la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2 , incisos 1) de la Constitución.

En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento esencial en la vida de la familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de Ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no existe un ambiente familiar de estabilidad y bienestar (...)”

7.4.-De este modo, en virtud de este derecho fundamental, la familia entendida en sentido amplio[familia extensa, dentro de los cuales se encuentra los progenitores] asume, la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. Es a partir de este derecho humano de la infancia, que surge convencionalmente la institución de la **responsabilidad parental**, institución impuesta por la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales¹¹, como también del artículo 4 de nuestra Constitución, el cual viene a sustituir a lo que denominamos patria potestad, y es que la **“responsabilidad parental” constituye un conjunto de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño niña, que incluye el cuidado, protección y educación, el mantenimiento de relaciones personales, determinación de residencia, administración de sus bienes y representación legal**¹²; y es que dichos deberes y derechos deben ser ejercidos teniendo en cuenta que el niño, niña y adolescente son sujetos de derechos y que estos cuenta con autonomía progresiva, por lo que su ejercicio solo será válido si su ejercicio tiene como finalidad garantizar el interés superior del niño [eficacia de sus derechos fundamentales]

7.5.- Un aspecto importante a resaltar de la responsabilidad parental, es que la titularidad y el ejercicio de la misma lo tienen en primer orden, los progenitores, en tanto tiene relación con el niño, niña y adolescente y sus bienes; sin embargo en el marco del interés superior del niño y la obligación de la familia de protegerlos y brindarles afecto, es que dicho ejercicio puede ser extensivo o transferidos a algunos de los familiares (abuelos, abuelas, tíos y tías, entre otros) y terceros, pero en casos excepcionales, cuando los progenitores no pueden o no quieren ejercer sus derechos y deberes, así la familia extensiva tiene la posición de también

¹¹La responsabilidad parental tiene como fundamento el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y Ciudadano; artículo 3 (inc. 2), 7, 9 (inc. 1) y 18 (inc. 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño y del propio artículo 4 de la Constitución Política

¹² Esta definición fue desarrollada por Nicolás Espejo Yaskic en A.A.V.V. **“Responsabilidad Parental en el Derecho: Un mirada comparada”**. Edit. por la Suprema Corte de la Nación de México y el Centro de Estudios Constitucionales; México, 2021; pág. XX y XXI.



ejercer dicha responsabilidad parental a efectos de cuidarlos y ejercer su representación, siempre y cuando ello vaya en el marco de garantizar su pleno desarrollo. No puede entenderse desde un punto de vista convencional, la responsabilidad parental y sus manifestaciones (como es el cuidado y guarda), como exclusiva de los progenitores, ya que ello puede ser extensiva, según sea el caso particular, a los familiares, ello en aplicación estricta al principio del interés superior del niño, debiendo el juez o jueza evaluar el contexto en que se encuentra el infante o adolescente y la ponderación de sus intereses frente a los demás.

- 7.6.- Dicho esto, pasamos a señalar que la TENENCIA y CUSTODIA (entiéndase guarda y custodia), prevista en nuestro ordenamiento jurídico, es una manifestación o expresión de la responsabilidad parental, en tanto son ambos progenitores en igualdad de condiciones quienes tiene la obligación del cuidado y protección personal de sus menores hijos, y es que, se entiende que la convivencia de los padres directamente con sus hijos permite el acompañamiento y crianza en su proceso formativo ya que coadyuva a su desarrollo integral, lo que permite a su vez, lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. La custodia y guarda deriva justamente de lo establecido en los artículos 418 y 423 inc. 1,2 y 5 del Código Civil y artículo 74 incisos a), c) y e) del Código del Niño y Adolescente y debe ser interpretado bajo los parámetros del derecho de los infantes a la familia y a tener contacto con sus progenitores y dentro del marco del concepto convencional de responsabilidad parental.
- 7.7.- En rigor la custodia y cuidado siempre debe ser ejercido por ambos progenitores, en el marco de la co-parentalidad e igualdad entre hombre y mujeres, incluso cuando ambos progenitores se encuentren separados, ya que dicha situación de ruptura del vínculo entre padres, ***no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad***; siendo la prioridad que el ejercicio de dicha guarda y custodia se compartida y excepcionalmente, cuando el caso lo exija, se podrá establecer excepcionalmente, una tenencia exclusiva a favor de algunos de los progenitores, siendo que en este último supuesto deberá garantizarse al padre o madre no custodio mantenga una relación afectiva y de comunicación con su hijo o hija; así lo ha entendido el artículo 81 del Código del Niño y Adolescente, modificado recientemente mediante Ley 31590.
- 7.8.- Si bien las normas sustantivas previstos en el Código Civil y el Código del Niño y Adolescentes detalladas en el considerando 7.6 de la presente sentencia, hacen referencia a que la tenencia (custodia y cuidado) debe ser ejercida por ambos padres, ello debe ser interpretada a la luz del sistema convencional y constitucional desarrollado líneas arriba (derecho de los niños a vivir en familia y la responsabilidad parental), en tanto se permite que excepcionalmente también pueda ser ejercida por los abuelos y abuelas, siempre y cuando ello sea más favorable para el desarrollo personal e integral del niño, niña y adolescencia, lo cual se tendrá que definir en las circunstancias en cada caso concreto y de acuerdo al interés superior del niño. ***Lo que no puede asentirse, en contravención de las normas constitucionales y convencionales, es cerrar del todo las puertas del proceso de tenencia bajo una aplicación restrictiva e irreflexiva de la ley al entender que la tenencia solo poder ser ejercida por los padres, sin tener en cuenta la afectación de derechos que en***



determinadas circunstancias excepcionales ello puede causar en el niño, niña y adolescente.

- 7.9.- En buena cuenta, en caso de desavenencias entre los familiares, el juez o jueza de familia puede entregar la tenencia y tutela de un niño, niñas o adolescente a favor del abuelo o abuela paterna o materna (o tíos o tías), pese a que los progenitores se encuentran vivos. Dicho supuesto se dará si concurren conjuntamente dos presupuestos: (i).- Que los progenitores no pueden o no quieren ejercer su derechos y deberes de cuidado, o cuando el encontrarse bajo su cuidado afecte enormemente el desarrollo del infante o adolescente (situación perjudicial), y (ii) Cuando los abuelos presten mejores condiciones personales para ejercer dicho cuidado, todo ello en el marco del interés superior del niño.

No debe olvidarse que la custodia y guarda busca asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad.

- 7.10.- Siguiendo esa línea interpretativa, tanto el Tribunal Constitucional Peruano¹³, nuestra Corte Suprema¹⁴ y las distintas Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de la Libertad¹⁵ han reconocido la viabilidad de que los abuelos y abuelas puedan requerir judicialmente la tenencia y custodia de sus nietos y/o nietas, en tanto reconoce que la obligación de cuidado y asistencia y protección del niño, niña y adolescente no necesariamente debe ser ejercida por la familia nuclear, sino que puede ser asumido por la familia extensiva, entendiendo dentro de ello a los abuelos, y ello se determina en el marco del interés superior del niño, quién tiene preeminencia sobre los derechos de los adultos.

Entonces, para concluir en este ítem, afirmamos que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función, mediante la cual se tiene la potestad para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde en primer orden a los progenitores, pudiéndose extender a una tercera persona como son los abuelos, siempre y cuando ello garantice el interés superior del niño. Bajo esa lógica, pasamos analizar el caso concreto.

VIII ANÁLISIS DEL CASO:

- 8.1.- En el marco de la garantía de una debida motivación reforzada, es que éste órgano jurisdiccional procede a desarrollar los puntos controvertidos fijados en considerado 6.1. de la presente sentencia, para lo cual seguirá los parámetros exige el interés superior del niño en toda decisión judicial, y que se encuentran establecidos en los 7 al 10 del reglamento de la

¹³Ver STC N° 1821-2013-PHC/TC, 04937-20 14-PHC/TC,

¹⁴Ver Casaciones N° 4881-2009-Amazonas, 5200-2009-Arequipa, Casación No. 356-2005- Cono Norte, 4774-2006- La Libertad, 4181-2009-La Libertad y 1432-2009-Lima, entre otros

¹⁵Ver resolución de vista de fecha 21 de junio del 2022, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad (Expediente N.° 3033-2021-0-1618-JR-FC-01), así como la resolución de vista quince de fecha 22 de junio del 2022, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad (Expediente N.°02022-2021)



Ley 30466 que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (Dec. Supr. N° 002-2018-MIM).

- 8.2.- Que seguidamente se procede a determinar las características y el contexto familiar en el que se viene desarrollando la ahora adolescente M.I.F.E. , y es que conforme es de verse la partida de nacimiento que obra a folios 3, dicha infante nació el 26 de Abril del 2010, contando a la fecha, con casi 13 años de edad, cuyos padres/progenitores son [REDACTED] y doña [REDACTED], quienes en primer orden tiene la responsabilidad parental de su cuidado y velar por su bienestar.
- 8.3.- Asimismo, tenemos que por declaración asimilada de la accionante expresado en su escrito postulatorio (folios 16 al 22), como por la ratificación expresa realizada por parte de madre de la menor, tanto el escrito de fecha 26 de setiembre del 2019 (folios 58 y 59), como al absolver las preguntas en la audiencia única realizada con fecha 21 de octubre del 2019 (folios 60 a 63), se comprueba que la referida infante fue separada de la madre a los días de nacida, pasando a vivir con su padre [REDACTED] y su abuela paterna, doña [REDACTED] y es que a partir de dicha separación que dicha menor de edad no tiene contacto alguno con la madre, situación que rompió todo vínculo afectivo y comunicacional por más de 12 años, así lo demuestra el Informe Social de la demandante No. 121-2021 de fecha 22 de diciembre del 2021 (folios 189 a 191) al indicar:

“Es importante mencionar que la niña no tiene contacto con su madre biológica, a quien ha visto solo en dos oportunidades en fiestas de navidad, cuando su abuela paterna la llevó para que la conozca, (...)”

De igual manera, la adolescente M.I.F.E. reconoció no tener vínculo afectivo con su madre, así lo mencionó en la entrevista que realizó ante este órgano jurisdiccional en la audiencia única (folios 60 al 63), la cual transcribimos:

“Al preguntarse por [REDACTED] y mostrarse su foto de su DNI, señala que, si la conoce, pero no sabe quién es, ni que es de ella, y que nunca ha conversado con ella, señala que no se acuerda si tiene hermanos”

- 8.4.- Por otro lado, se encuentra totalmente acreditado que desde que nació la citada infante convivió con su padre y la familia extensiva paterna, incluida la abuela paterna, [REDACTED] [REDACTED] habiendo generado vínculo afectivo muy fuerte ente abuela-nieta, quién le ha brindado las atenciones, amor, y los cuidados económicos, educativos y formativos que todo niño necesita, tal es así que dicha abuela paso a sustituir en la vida de la menor a la imagen materna que nunca tuvo, tal es así que la llama “mamita”, y es que dicha relación afectiva se ha visto intensificada con la muerte del padre, ocurrida con fecha 25 de abril del 2018, así consta en la partida de defunción obrante a folios 4. Esta relación afectiva ha quedado demostrada, plenamente, con el Informe Social de la demandante No. 121-2021 de fecha 22 de diciembre del 2021 (folios 189 a 191), el cual concluyó, señalando:



“Tanto la niña como su abuela paterna muestran empatía, respeto y afecto recíproco; lo cual fue corroborado al poder escuchar la opinión de la niña respecto a este proceso, quién manifestó su deseo de vivir con su abuelita a la que cariñosamente llama mamita, pues goza del afecto y cuidado integral de toda su familia paterna”

Por su parte, la infante, M.I.F.E., también reconoce dicho vínculo afectivo, así lo explica al momento de la entrevista realizada por el Juez en la audiencia única, la cual transcribimos:

“M.I.F.E., de nueve años de edad, si estudio en el colegio Dios es Amor, vivo con mi mamá Julia, con mi tía Delta, mis tíos Darío y Gilmer, yo duermo en mi propio cuarto y me siento bien viviendo en mi casa, y cuando saco malas notas me dicen que estudie más”

- 8.5.- Resumiendo lo dicho, colegimos que el entorno familiar en la que se viene desarrollando la ahora adolescente M.I.F.E., ha sido la familia paterna, conformado por la abuela paterna (██████████), tío (██████████) y tía paterna (██████████), con la ausencia total de la madre y la familia materna (hermanos), y es que dicha convivencia lo viene realizando en la Mz. E Lote 04 Primavera, distrito de la Esperanza, lugar donde viven. Siendo la abuela paterna quién ha asumido de manera directa su cuidado y custodia, así consta en el acta de tenencia de menor realizada por el Juez de Paz de Wichanza La Esperanza de fecha 17 de diciembre del 2018 (folios 5) y la constancia de estudios de la Institución Educativa “Dios es amor”, de fecha 28 de diciembre del 2018 (folio 7), y el Informe Social de la demandante No. 121-2021, como de las entrevistas realizadas a las partes y la entrevista con la entonces niña.
- 8.6.- Por otro lado, la madre de la infante, cuya tenencia se solicita, doña (██████████) si bien expresó su deseo de recuperar a su hija M.I.F.E., tanto en su escrito de fecha 29 de setiembre del 2019, como en la entrevista que se le realizó en audiencia única (folios 60 a 63) en donde solicitó que le entreguen a su hija; sin embargo resulta inverosímil creer lo que afirmó como justificación: que no pudo realizar reclamó alguno porque recibió amenazas de la familia paterna, en la medida que ha pasado más 12 años desde la fecha en que su hija fue separada del seno materno, sin que haya pretendido incoar acción legal alguna para restituir la custodia y comunicación de su menor hija; lo cual evidencia abandono total y falta de cumplimiento de sus obligaciones como progenitora.
- 8.7.-Es más, de la conducta procesal desplegada por la madre (██████████) durante el presente proceso, ratifica su total desinterés total por recuperar a su hija u obtener la custodia de la misma, ello debido a que es notorio su falta de cooperación en el presente proceso. Así, la asistente social del Equipo Multidisciplinario de esta Corte Superior de Justicia, Guadalupe del Mogollón, emitió la razón de la demandada No 94-2022 de fecha 9 de mayo del 2022 (folios 199), donde informa al órgano jurisdiccional que ha procedido a comunicarse en más de tres oportunidades con la citada demandada, dejándole mensaje por “WhatsApp” a efectos de llevar a cabo la visita y elaboración del informe social



correspondiente, sin embargo, y pese a ello, jamás devolvió la llamada y mucho menos realizó las coordinaciones respectivas, siendo que dicha situación hace concluir que la demandada demuestra desinterés en entablar una relación con su hija y poca colaboración en este proceso.

- 8.8.-** Que en el marco de la autonomía progresiva y el derecho a ser oído que tiene la ahora adolescente M.I.F.E. considerada sujeto de derecho, es que este órgano jurisdiccional ha procedido a entrevistarse con ella, quién ha manifestado su deseo de estar con su abuela paterna y estar bajo su cuidado (folios 60 a 63), e incluso expreso ante la asistente social sentirse feliz viviendo con su familia paterna extensa (folios 189 a 191). En suma, es claro que este órgano jurisdiccional debe preservar el entorno familia paterno en que se desarrolla la adolescente M.I.F.E., siendo necesario que mantenga las relaciones afectivas entre la abuela paterna y ésta, no siendo viable una separación con dicho entorno familiar, máxime si la madre no brinda las seguridades de cuidado y amor que requiere la formación de dicha adolescente.
- 8.9.-** Así, ponderando el manifiesto conflicto de interés expresado por [REDACTED] [REDACTED] quién pretende la custodia y cuidado de su hija M.I.F.E., con el interés expresada por esta última de continuar quedándose bajo el cuidado y protección de su abuela paterna; es que debemos dar prioridad al interés expresado por esta última, debido a que existe, por un lado, una relación afectiva fortalecida entre abuela-nieta, forjada desde el nacimiento de esta última hasta la fecha, por lo que resultaría inviable, bajo ningún modo, desligarlo, ya que vienen cumpliendo a cabalidad su responsabilidad de cuidado en su desarrollo, tanto en lo económico como en lo afectivo brindándole amor y comprensión; y lo segundo, porque, en el marco del interés superior del niño, es la abuela paterna la que ofrece afecto y cuidado a dicha adolescente; y finalmente es el hecho que existe un desinterés real por parte de la madre de cumplir con sus obligaciones parentales, que ha sido manifestado desde el nacimiento de la citada adolescente hasta la fecha, tal como se ha detallado líneas arriba.
- 8.10.-** En resumida cuenta, este órgano jurisdiccional dispone otorgar la tenencia exclusiva (custodia y guarda) de manera excepcional a la abuela paterna [REDACTED] [REDACTED] en tanto, la madre se encuentra renuente a cumplir con su obligación de cuidado para con su hija M.I.F.E., y además, por dicha abuela viene otorgando mejores condiciones afectivas, emocionales, educacionales, y económicas para lograr el desarrollado de dicha adolescente; consecuentemente deberá declarar fundada la demanda interpuesto en dicho extremo y disponer que la abuela paterna este a cargo de la crianza en su proceso formativo, coadyuvando así a su desarrollo integral, lo que permitirá a su vez, lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.
- 8.11.-** También resulta necesario, que este órgano jurisdiccional otorgue facultades de representación a la demandante a efectos de que pueda velar por los intereses de su nieta, pudiendo realizar trámite en representación de ella, ante las instancias correspondientes para asegurar su derecho a la educación, salud, recreación, etc; y a la vez se le otorga la representación legal para participar en el proceso penal o civil, en defensa de los intereses de



su nieta, ya sea como actor civil o como parte demandante en el caso de interponer daños y perjuicios derivados de la muerte de su padre, dejando en claro que cualquier monto indemnizatorio que se reconozca a su favor, deberá ser depositado en una cuenta a nombre dicha adolescente.

8.12. Indistintamente de haberse dispuesto la tenencia exclusiva a favor de la abuela paterna, este órgano jurisdiccional cree necesario en el marco del principio de solución integral del conflicto familiar, establecer un plan de parentalidad a favor de la ahora adolescente M.I.F.E., quién deberá iniciar y consolidar el vínculo afectivo materno-filial con su madre, [REDACTED] debiendo también hacerse extensivo dicho plan, para consolidar la relación afectiva con sus hermanos, sobre todo con su hermano mellizo Luis Alejandro Flores Esquivel, a quién no conoce. Así se dispone lo siguiente:

(i).- Establecer un régimen de comunicación abierta y progresiva por parte de la demandada [REDACTED] con su menor hija, donde también participarán los hermanos de ésta, quienes podrán comunicarse a través de la línea telefónica, celular, WhatsApp, o cualquier otro medio informático, para tal efecto tanto la abuela paterna como la madre de la menor, deberán proporcionar un número de celular a efectos de iniciar dicha comunicación, debiendo en todo momento facilitar y promover dicha comunicación.

(ii).- Disponer un régimen de visita abierta y progresiva, en la medida que la demandada Isidora Alicia Esquivel Quezada podrá visitar personalmente y conjuntamente con sus hijos a la adolescente M.I.F.E., debiendo la abuela paterna otorgar las facilidades que permita interrelacionarse con la familia materna, y poder dialogar y compartir momentos juntos, generando así vínculos afectivos entre ellos.

(iii).- La abuela paterna [REDACTED] deberá llevar a la citada adolescente a conocer a su madre y hermanos, debiendo trasladarla al lugar donde radica estos último, que es el [REDACTED] distrito de Cachicadán, en la provincia de Santiago de Chuco, viaje que deberá realizar dentro de los seis meses de consentida la presente sentencia, el cual servirá para entrelazar vínculos afectivos con la familia materna.

(iv). La madre de la adolescente deberá propiciar la comunicación y los vínculos afectivos entre la adolescente M.I.F.E. con sus hermanos, bajo responsabilidad de imponer las medidas correctivas y sancionatorias que corresponda.

8.13.- Finalmente debemos indicar que en el marco del principio de supervisión y control que prima en los procesos de familia, este órgano jurisdiccional dispone que el equipo multidisciplinario de esta Corte Superior de Justicia realice el acompañamiento, seguimiento y control de las medidas dispuestas en esta sentencia; debiendo coadyuvar a que se dé una revinculación de la ahora adolescente M.I.F.E. con su familia materna; debiendo para tal efecto informar al órgano jurisdiccional cada tres meses sobre los avances de la ejecución de la presente sentencia; ello indistintamente de que este órgano jurisdiccional verifique su cumplimiento, disponga entrevistas con las partes involucradas, realice visitas inopinadas, y tome las



medidas correctivas necesarias para dar cumplimiento la sentencia en sus propios términos. Así mismo se dispone que de verificarse situaciones en el marco del cumplimiento de esta sentencia, que ponga en peligro el desarrollo de la tantas veces citada adolescente, este órgano jurisdiccional respetando el derecho al contradictorio, podrá disponer variar, modificar, extinguir la tenencia exclusiva dispuesta, siempre y cuando aquello permita garantizar el derecho del niño a una vida tranquila que le permite su desarrollo personal.

IX.- PARTE RESOLUTIVA

Por estos fundamentos, el Juzgado Civil Permanente del Módulo Básico de Justicia de La Esperanza, con la autoridad que le confiere la Constitución Política, Ley Orgánica del Poder Judicial y Código del Niño y Adolescente, SE RESUELVE:

- 9.1. DISPONER CONVERTIR** el presente proceso no contencioso de tutela en un proceso contencioso único sobre tenencia y custodia (proceso único), dejando establecido que se ha garantizado los derechos procesales fundamentales en este proceso.
- 9.2.- DECLARAR FUNDADA** la demanda de folios dieciséis al veintidós interpuesta por [REDACTED] contra [REDACTED] sobre tenencia y custodia de su nieta M.I.F.E., la misma que deberá ser ejercida por la demandante en su condición de abuela paterna de la misma; **CONSECUENTEMENTE** la abuela paterna deberá bajo responsabilidad brindar el cuidado y potestad de criar, educar, orientar, conducir, fomar hábitos positivos, dirigir y disciplinar la conducta de dicha adolescente. Asimismo, la demandante podrá ejercer la representación de su nieta ante las instancias correspondientes para asegurar su derecho a la educación, salud, recreación, etc; y a la vez se le otorga la representación legal para participar en el proceso judicial derivados de los daños y perjuicios por la muerte de su padre, conforme se ha detallado en el considerando 8.11 de la presente sentencia.
- 9.3.- DISPONER** como plan de parentalidad un régimen de visita y comunicación abierta a favor de la madre de la citada adolescente para con su hija M.I.F.E., con quién deberá interactuar y generar vínculos afectivos materno-filiales, así como también se deberá genera espacios y lazos afectivos entre la citada menor de edad y sus hermanos por parte de su madre, debiendo ambas partes seguir estrictamente los parámetros fijados en el considerando 8.12 de la presente sentencia, bajo apercibimiento de imponer las medidas correctivas correspondientes
- 9.4.-** Establecer que el equipo multidisciplinario de esta Corte Superior de Justicia realice el acompañamiento, seguimiento y control de las medidas dispuestas en esta sentencia; debiendo para tal efecto informar al órgano jurisdiccional cada tres meses sobre los avances de la ejecución de la presente sentencia; ello indistintamente de que este órgano jurisdiccional verifique su cumplimiento, disponga entrevistas con las partes involucradas, realice visitas inopinadas, y tome las medidas correctivas necesarias para dar cumplimiento la sentencia en sus propios términos.

Notifíquese.-