



[REDACTED] pretende la tenencia de sus nietos [REDACTED] debido a que su hija -madre de los niños- falleció porque el padre de los niños la habría matado, y en razón de ello se declaró la situación de desprotección familiar de los niños y se suspendió la patria potestad del padre. Dicho caso concreto no está regulado de forma expresa, pues el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes únicamente estipula la tenencia para los padres; esto quiere decir que el legislador no ha previsto los casos en los que ninguno de los padres pueden ejercer la tenencia, ya sea porque fallecieron, se extinguió su patria potestad o se suspendió la misma, entre otros casos más; de tal manera que, debe otorgarse una solución jurídica a dicho problema, teniendo en cuenta el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

La falta de regulación de la posibilidad de la tenencia de la abuela es posible aplicándose el principio de interés superior del niño, pues el mismo resulta útil para lograr el fin de otorgar tenencia a quien la solicita, cual es asegurar derecho al desarrollo integral de los niños; además, no existe una medida igualmente eficaz y menos gravosa que la aplicación de dicho principio para lograr el derecho antes mencionado, pues antes de recurrir a un método de integración, debe aplicarse el derecho positivo regulado (interés superior del niño<sup>1</sup>). Si bien podría considerarse que al permitir la posibilidad que la abuela solicite tenencia se estaría vulnerando el principio de legalidad, pues el artículo 81 sólo regula la tenencia para los padres; sin embargo, dicha afectación es mínima frente a la alta satisfacción del derecho al desarrollo integral de los niños, materializado con el principio de interés superior del niño.

Resolución **DIECISÉIS**

Trujillo, veintiocho de junio

Del año dos mil veintitrés. –

## -SENTENCIA DE VISTA-

En el proceso sobre tenencia y custodia, interpuesto por [REDACTED]; la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, integrada por los Jueces Superiores: **Carlos Natividad Cruz Lezcano** (Presidente y Juez Superior Titular), **Juan Virgilio Chunga Bernal** (Ponente y Juez Superior Titular) y **Carlos Alberto Anticona Luján** (Juez Superior Titular); con intervención de **Miriam Patricia Zevallos Echevarría** (Secretaria de Sala); en audiencia pública de vista de la causa, previa deliberación y votación, emiten la siguiente decisión:



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

I. ASUNTO:

Apelación<sup>1</sup> interpuesta por [REDACTED] contra la **SENTENCIA** contenida en la Resolución Judicial número NUEVE, de fecha dieciocho de noviembre del año dos mil veintidós, obrante de fojas ciento setenta y cinco a ciento ochenta y ocho, que resolvió: “1. Declarando FUNDADA, la demanda interpuesta por [REDACTED] sobre Tenencia contra [REDACTED], en consecuencia; 2. OTÓRQUESE LA TENENCIA de los niños [REDACTED] [REDACTED] actualmente de 05 años y diez meses y 02 años y un mes de edad respectivamente, a favor de su abuela materna [REDACTED] (...).”.

II. ANTECEDENTES:

- 2.1. María Francisca Díaz Arias, en calidad de abuela de [REDACTED] interpuso demanda<sup>2</sup> de tenencia y custodia contra [REDACTED], su padre. Por el auto<sup>3</sup> contenido en la resolución N° 01 se admitió a trámite la demanda. El demandado presentó escrito<sup>4</sup> contestatorio, pero el mismo fue rechazado por extemporáneo, por lo que, se le declaró rebelde<sup>5</sup>.
- 2.2. El 22 de junio del 2022 se llevó a cabo audiencia única<sup>6</sup>, donde se saneó el proceso, se frustró la conciliación, se fijaron puntos controvertidos, se admitieron y actuaron pruebas, y se suspendió la diligencia para actuar el medio probatorio de oficio consistente en conferencia de [REDACTED] siendo que, el 10 de agosto del 2022 se llevó a cabo la conferencia de la niña y los abogados expusieron sus alegatos de cierre<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Folios 199-203.

<sup>2</sup> Folios 46-58.

<sup>3</sup> Folios 59-61.

<sup>4</sup> Folios 90-94.

<sup>5</sup> Folios 95-96.

<sup>6</sup> Folios 148-150.

<sup>7</sup> Folios 151-154.



- 2.3. Mediante la sentencia<sup>8</sup> contenida en la resolución N° 09 se declaró fundada la demanda porque: i) El demandado tiene proceso penal por feminicidio agravado en agravio de la madre de los niños; ii) Se declaró la situación de desprotección familiar provisional de los niños y la suspensión de la patria potestad del demandado; iii) La abuela asumió el cuidado de los niños y en la conferencia con la niña, ésta manifestó sentirse cómoda con su abuela; y, iv) No se ha acreditado que la accionante tenga conducta inmoral o que haya sido sentenciada por delito doloso.

III. PRETENSIÓN, AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

El demandado pretende la revocatoria a infundada la demanda, invocando como agravios y fundamentos los que se resumen a continuación: i) Respecto al cuidado y protección de sus menores hijos, además de este proceso, la demandante ha iniciado tres procesos judiciales sobre alimentos, tutela y desprotección familiar, pero además de ello, su hermana ha iniciado proceso judicial donde está solicitando la tenencia de sus hijos, estando a la espera de fijación de realización de audiencia, lo que significa que la demandante no cuenta con solvencia económica para atender económicamente la manutención de sus hijos; ii) Se incurre en motivación indebida, pues se ha omitido evaluar y actuar el protocolo de pericia psicológica, en el que se aprecia que la niña refiere que su abuela y su tía la encierran, lo que significa que [REDACTED] están siendo sometidos a maltrato emocional grave que definitivamente afecta su desarrollo emocional; y, iii) Además que la demandante no ha acreditado solvencia económica, pesa sobre la familia de ella una denuncia por la comisión del delito de atentado contra la vida de su hermana, lo que ha generado el otorgamiento de garantías personales, según se aprecia de denuncia [REDACTED].

<sup>8</sup> Folios 175-188.



#### IV. PRINCIPIO TANTUM APELLATUM QUANTUM DEVOLUTUM:

Este Tribunal absolverá el grado respetando el principio tantum appellatum quantum devolutum, que garantiza que el órgano jurisdiccional, al absolver la impugnación, solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el recurso de apelación<sup>9</sup>; sin embargo, este principio encuentra una excepción<sup>10</sup> en las genéricas facultades<sup>11</sup> nulificantes del Tribunal<sup>12</sup>, pero sólo cuando esté en controversia o en disputa la aplicación de normas de orden público o que tengan relación con la protección de derechos fundamentales y respecto de las cuales se aprecien afectaciones que revistan una especial gravedad y flagrancia<sup>13</sup>.

#### V. RESOLUCIÓN DEL CASO:

**La posibilidad de que la abuela pida la tenencia de los nietos.**

- 5.1. María Francisca Díaz Arias pretende la tenencia de [REDACTED], debido a que su hija -madre de los niños- falleció porque el padre de los niños la habría matado, y en razón de ello se declaró la situación de desprotección familiar de los niños y se suspendió la patria potestad del padre. Dicho caso concreto no está regulado de forma expresa, pues el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes únicamente estipula la tenencia para los padres; esto quiere decir que el legislador no ha previsto lo casos en los que ninguno de los padres pueden ejercer la tenencia, ya sea porque fallecieron,

<sup>9</sup> STC N° 05901 - 2008 - PA/TC.

<sup>10</sup> Esta excepción se fundamenta en la potestad nulificante del juez y es recogida en la parte final del artículo 176° del Código Procesal Civil que prescribe: "Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda".

<sup>11</sup> Esta potestad es entendida como aquella "facultad conferida a los jueces en forma excepcional para declarar la nulidad aun cuando no haya sido invocada, si se tiene en consideración que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines del proceso o ha alterado la decisión recaída en él (STC N° 6348-2008-PA/TC)".

<sup>12</sup> La doctrina uniformemente está de acuerdo que la nulidad procesal declarada de oficio presupone que el acto procesal viciado no sea posible de convalidación y que su procedencia solo se justifica en la protección de las garantías constitucionales del proceso, siendo una de las más importantes el respeto al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (STC N° 6348-2008-PA/TC)

<sup>13</sup> STC 3151 - 2006 - AA/TC.



se extinguió su patria potestad o se suspendió la misma, entre otros casos más; de tal manera que, debe otorgarse una solución jurídica a dicho problema, teniendo en cuenta el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

- 5.2. Nos encontramos ante una laguna del derecho, pues el caso concreto no es subsumible bajo alguno de los significados posibles de algún enunciado jurídico, una vez interpretados los enunciados pertinentes con respecto a las reglas semánticas y sintácticas, y vistas en su contexto regulativo<sup>14</sup>. Las lagunas pueden darse<sup>15</sup>: i) Cuando un enunciado remite a otro la regulación de una materia y éste no existe, ii) Cuando el ordenamiento regula una materia, pero lo hace de manera incompleta por omitir algunos de los aspectos de la misma; y, iii) Cuando el ordenamiento nada establece respecto de una determinada materia jurídicamente relevante. Las lagunas del derecho se solucionan o bien aplicando la analogía (regulada en el artículo IV<sup>16</sup> del Título Preliminar del Código Civil) o bien aplicando los principios generales del derecho (de acuerdo a lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil<sup>17</sup>).
- 5.3. La falta de regulación de la posibilidad de la tenencia de la abuela es posible aplicándose el principio de interés superior del niño, pues el mismo resulta útil para lograr el fin de otorgar tenencia a quien la solicita, cual es asegurar derecho al desarrollo integral de los niños; además, no existe una medida igualmente eficaz y menos gravosa que la aplicación de dicho principio para lograr el derecho antes mencionado, pues antes de recurrir a un método de integración, debe aplicarse el derecho positivo regulado (interés superior del niño<sup>18</sup>). Si bien podría considerarse que al permitir la

<sup>14</sup> Así lo ha establecido García Amado en el año 2001, citado por Victoria Iturralde en: Iturralde, V. (2003). Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial. Editorial "Tirant Lo Blanch. Valencia. Página 196.

<sup>15</sup> Iturralde, V. (2003). Opus citatum. Páginas 196-197.

<sup>16</sup> El cual establece: "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía."

<sup>17</sup> El cual establece: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano."

<sup>18</sup> El cual está regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.



posibilidad que la abuela solicite tenencia se estaría vulnerando el principio de legalidad, pues el artículo 81 sólo regula la tenencia para los padres; sin embargo, dicha afectación es mínima frente a la alta satisfacción del derecho al desarrollo integral de los niños, materializado con el principio de interés superior del niño.

#### **El principio de interés superior del niño, niña y adolescente.**

- 5.4. La Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre del año 1959, estableció en su artículo 2 que: “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 (...)”, y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, relató que: “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”.
- 5.5. El artículo 4 de la Constitución Política del Perú del año 1993 establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que: “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”. De hecho, el Tribunal Constitucional ha establecido en vasta jurisprudencia que el principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, considerando sus alcances cada vez que se adopten decisiones que



tengan como destinatario al niño, niña o adolescente, deber éste que comprende a toda institución privada o pública; además, exige que de todos ellos una actuación garantista de acuerdo con cualquier decisión que involucre a un menor. [Sentencias emitidas en los expedientes N° 1817-2009-HC, N° 4058-2012-PA, N° 4430-2012-HC, N° 1821-2913-HC, N° 1665-2014, N° 4937-2014, entre otras]

- 5.6. El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 del año 2013 ha señalado que el interés superior del niño puede concebirse de las siguientes formas: “a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que este derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...) b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño (...) c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados (...)”.

Patria potestad y tenencia.

- 5.7. El artículo 418 del Código Civil establece que: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” y el artículo 423 numeral 5 del mismo cuerpo normativo prescribe que: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (...) 5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario (...)”. Bajo ese contexto, la tenencia constituye uno de los atributos que confiere la patria potestad, suponiendo un derecho-deber de los padres de tener en custodia a un hijo, por lo que, ello reconoce el derecho del progenitor de custodiar a su hijo como también el deber de otorgarle las mejores condiciones de vida para su desarrollo en todos los aspectos de la vida. También, el



artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes establece que: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial. De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente”, sobre lo cual la Casación N° 2309-2015 LIMA SUR ha establecido en su considerando 4.9 que: “(...) el interés superior del niño constituye punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que 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 (...)”.

- 5.8. En esa línea, la Casación N° 1961-2012 LIMA estableció en sus considerandos OCTAVO y NOVENO que: “(...) Los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes hacen referencia al interés superior del niño ya los procesos de menores como problemas humanos. Se trata de normas principistas que guían la interpretación del resto del articulado del referido Código y que deben atenderse, tanto por ser dispositivos legales vigentes como porque responden a los Tratados Internacionales suscritos por el país (...) Siendo ello así las infracciones alegadas por la recurrente al artículo 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes referidos a las facultades del juez en los casos de tenencia y a la necesidad de escuchar la opinión del niño deben ser interpretadas en el marco de las normas principistas antes señaladas (...) con respecto a la permanencia de los menores con el progenitor que los tuvo más tiempo, debe señalarse que, en efecto, el artículo 84.1 menciona que ello es así, pero dicho dispositivo culmina con la siguiente frase: ‘siempre que le sea favorable’. No se trata, por tanto, de una norma fatal, imperativa, que no admite modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el ‘interés superior del niño’, se trata de una regla jurídica flexible, que se adecúa a lo que le favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese ‘interés superior’, considerando al menor como sujeto de derecho y rechazando que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. Así expuestas las cosas,





aunque la permanencia del niño con uno de sus progenitores es un elemento a considerar, tal hecho cede cuando tal evento no sea favorable a él”.

5.9. El Tribunal Constitucional, en vasta jurisprudencia, ha establecido diversos lineamientos que deberán ser tomados en cuenta para la especial protección al niño, niña y adolescente; así, tenemos que se ha considerado lo siguiente:

5.9.1. El niño tiene derecho a tener una familia, la cual debe darle un ambiente adecuado para una vida independiente, pues es indudable que la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez, que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos como en satisfacer sus derechos; así, el deber del Estado y la sociedad en general y de la familia en particular, es preparar al niño para una vida independiente en sociedad y educarlo en el espíritu, valores e ideales proclamados por la Carta Fundamental. [STC N° 04430-2012-PHC/TC, STC N° 04227-2010-PHC/TC y STC N° 1817-2009-HC/TC]-

5.9.2. En todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación, pues tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. [STC N° 03744-2007-PHC/TC].



Respuesta a los agravios y fundamentos de la apelación.

5.10. En primer lugar, el demandado alega que respecto al cuidado y protección de sus menores hijos, además de este proceso, la demandante ha iniciado tres procesos judiciales sobre alimentos, tutela y desprotección familiar, pero además de ello, su hermana ha iniciado proceso judicial donde está solicitando la tenencia de sus hijos, estando a la espera de fijación de realización de audiencia, lo que significa que la demandante no cuenta con solvencia económica para atender económicamente la manutención de sus hijos. Dicho argumento se desestima porque:

5.10.1. No ha probado el demandado la existencia de los procesos que alega, de tal manera que se trata de una mera alegación; y, si lo que pretende es la declaración de nulidad de todo lo actuado para que se proceda a la acumulación de procesos sobre tenencia de los niños, al alertar la existencia de otro proceso donde se está solicitando la tenencia de éstos; sin embargo, no advirtió ello en la primera oportunidad que tuvo, esto es, con su escrito de apersonamiento<sup>19</sup>, donde sólo procedió a contestar la demanda, por lo que, convalidó el presunto vicio, de conformidad con el artículo 176 del Código Procesal Civil.

5.10.2. Y es que, no debe perderse de vista que la apelación supone una confrontación entre el apelante y la sentencia apelada, esto es, el escrito impugnatorio debe denunciar la existencia de vicios o errores de hecho y/o de derecho que estarían contenidos en la resolución apelada; así, en el caso de autos, si la existencia de otros presuntos procesos no ha sido materia de desarrollo en la sentencia apelada porque tal enunciado fáctico no fue postulado en primera instancia, entonces, no hay error que atribuir a la juzgadora de primera

---

<sup>19</sup> Folios 90-94.



instancia, soslayando así el demandado lo dispuesto en los artículos 364 y 366 del Código Procesal Civil.

5.10.3. Siguiendo la idea anterior, se precisa que no es materia de debate en este proceso la tenencia que habría pretendido la hermana del demandado en otro proceso, pues ello no ha sido pretendido en este proceso<sup>20</sup>, no es punto controvertido<sup>21</sup>, no se han invocado hechos relacionados con ello en primera instancia y tampoco existe acumulación de procesos. De otro lado, respecto a que la abuela de los niños habría iniciado proceso de alimentos, ello no acredita que no tenga solvencia económica, pues únicamente actúa en mérito al artículo 94<sup>22</sup> del Código de los Niños y Adolescentes.

5.10.4. Es más, la solvencia económica de la demandante para atender las necesidades de sus nietos sí está acreditada a criterio de este Colegiado, pues: i) Obra declaración jurada de ingresos<sup>23</sup>, donde refirió que genera ingresos de S/ 1,700.00 soles, documental no cuestionada; ii) En el AUTO FINAL del 23 de julio del 2021 se valoró que refirió tener una empresa donde percibe S/ 7,000.00 soles y que ninguna de sus hijas depende económicamente de ella<sup>24</sup>; y, iii) La Ad quo concluyó en la sentencia apelada que la demandante tiene posibilidades de asumir los gastos de sus nietos al indicar que se dedica a la actividad comercial generando ingresos aproximados de S/ 5,000.00 soles<sup>25</sup>, extremo que no ha sido impugnado por el apelante y por ende ha quedado consentido.

<sup>20</sup> Folios 46-58.

<sup>21</sup> Folios 148-150.

<sup>22</sup> El cual establece: "La obligación alimentaria de los padres continúa en caso de suspensión o pérdida de la Patria Potestad."

<sup>23</sup> Folios 11.

<sup>24</sup> Folios 16.

<sup>25</sup> Folios 182-183.



- 5.10.5. Aun cuando no hay coincidencia en los montos que declara percibir la demandante, pues se aprecia que señaló que percibe S/ 1,700.00, S/ 5,000.00 y S/ 7,000.00 soles, sin embargo, ello no lleva a que Colegiado concluya que no cuenta con posibilidades económicas para asumir la tenencia de sus nietos, en tanto al declarar que se dedica a la actividad comercial, los ingresos en tal rubro son fluctuantes a diferencia de un trabajo dependiente; así como, conforme señalamos anteriormente, no se ha extinguido la obligación alimentaria del padre -aun cuando se ha suspendido su patria potestad- y la demandante no tiene más personas a su cargo, pues sus hijas no dependen de ella.
- 5.11. En segundo lugar, el demandado alega que se incurre en motivación indebida, pues se ha omitido evaluar y actuar el protocolo de pericia psicológica, en el que se aprecia que la niña refiere que su abuela y su tía la encierran, lo que significa que sus hijos están siendo sometidos a maltrato emocional grave que definitivamente afecta su desarrollo emocional. Dicho argumento se desestima por las siguientes razones:
- 5.11.1. La pericia psicológica fue admitida en la audiencia única del 22 de junio del 2022<sup>26</sup> y fue presentada ante la judicatura el 02 de noviembre del 2022<sup>27</sup>. Según se aprecia de las actas de audiencia<sup>28</sup>, la pericia psicológica no fue actuada, sin embargo, no ha desarrollado el demandante cómo es que ello le ha afectado, no existiendo nulidad por nulidad; y es que, nótese que sus argumentos impugnatorios, aun cuando formalmente denuncian falta de “actuación” y “evaluación”, en realidad están cuestionando la valoración realizada por el Ad quo de la pericia psicológica, aspecto relacionado con el fondo del asunto.

<sup>26</sup> Folios 148-150.

<sup>27</sup> Folios 165-168.

<sup>28</sup> Folios 148-152.



5.11.2. Ahora bien, este Colegiado interpreta que el demandado considera que la abuela de sus hijos no es idónea para tener su tenencia [REDACTED] [REDACTED] e su abuela y su tía la encierran. En efecto, en la pericia psicológica se aprecia que la citada niña refirió que su abuela la encerró<sup>29</sup> y luego que también su tía [REDACTED] hace eso, acongojándose<sup>30</sup>; sin embargo, tal hecho invocado por la niña en su relato no es suficiente para concluir que la demandante no debe tener la tenencia de ella, pues no ha sido corroborado en autos -no existe evidencia sobre ello más que el relato de la niña- y lo que es materia de evaluación en una pericia psicológica -dada su especialidad- no es el relato del paciente sino el diagnóstico del mismo.

5.11.3. No debemos perder de vista que la pericia psicológica ha sido practicada a una niña de 05 años, por lo que, el relato vertido por ella debe ser tomado únicamente como referencia y no como una declaración. Justamente, en el medio probatorio antes mencionado se estableció que la niña tiene reacción ansiosa, problemas de conducta y emociones y personalidad en proceso de estructuración, lo que se debe a que se encuentra en proceso de adaptación a un nuevo contexto familiar de convivencia ante la ausencia de figuras parentales, correspondiendo un contexto familiar estable y seguro, que beneficie y garantice su desarrollo socioemocional.

5.11.4. Tales aspectos, y en especial, que la niña tiene personalidad en proceso de estructuración, ratifica que su relato únicamente es referencial; además, no olvidemos que el caso concreto tiene características particulares, pues la madre de los niños falleció porque habría sido matada por el padre de los mismos,

<sup>29</sup> Folios 166.

<sup>30</sup> Folios 167.



quien está siendo procesado por el delito de feminicidio, contando con sentencia condenatoria, a la fecha en casación<sup>31</sup>; entonces, es necesario que los citados niños, en aras de su derecho al desarrollo integral, requieren vivir en un contexto familiar estable y seguro, que asegure su integridad física, psicológica y moral.

5.11.5. Ante ello, la opción que se trae a este proceso es que la tenencia se le otorgue a la abuela materna de los niños, quienes han sido declaradas en situación de desprotección familiar provisional, mediante resolución administrativa de la unidad de protección especial de la libertad, acto administrativo que se presume válido, de conformidad con el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444; y, en proceso de violencia familiar, se ha dispuesto el acogimiento familiar de los niños para con su abuela<sup>32</sup>.

5.11.6. Allí -en el proceso de violencia familiar- se constató que la abuela de los niños cuenta con posibilidades económicas para solventar sus necesidades al tener una empresa -extremo analizado previamente-, que cuenta con domicilio independiente y totalmente construido, aspecto que también se aprecia del acta de constatación de tenencia de menores<sup>33</sup> (sic); y, también se aprecia del informe psicológico que la niña se refiere a su abuela como [REDACTED]", lo que informa una buena relación entre ellas y cariño.

5.11.7. En tal sentido, no existen elementos de convicción suficientes para considerar que la abuela de los niños no es idónea para ostentar su tenencia, es más, la situación particular del caso de autos -la madre fallecida y el padre con suspensión de

<sup>31</sup> Folios 172-174.

<sup>32</sup> Folios 12-26.

<sup>33</sup> Folios 40.



patria potestad-, exige a este Colegiado, aplicando el interés superior del niño, brindar una solución jurídica que garantice la protección de los niños, disponiendo la tenencia de la abuela para que éstos puedan desarrollarse de forma integral.

- 5.12. En tercer lugar, el demandado alega que además que la demandante no ha acreditado solvencia económica, pesa sobre la familia de ella una denuncia por la comisión del delito de atentado contra la vida de su hermana, lo que ha generado el otorgamiento de garantías personales, según se aprecia de denuncia y resolución de [REDACTED] [REDACTED]. Dicho argumento se desestima porque no existe coherencia entre la premisa utilizada por el demandado y la conclusión que postula, pues refiere que la demandante no habría acreditado solvencia económica (conclusión) porque existirían denuncias en su contra (premisa). La existencia de denuncia<sup>34</sup> y resolución de subprefectura<sup>35</sup> en contra de la demandante no significa que ésta no tenga solvencia económica para solventar las necesidades de los niños, sino que únicamente hay conflicto entre ella y los familiares del demandado, máxime si existe a la demandante le asiste en principio de presunción de inocencia.

Conclusión.

- 5.13. En tal sentido, habiéndose desestimado los agravios y fundamentos de la apelación, este Colegiado decide confirmar la sentencia apelada que declaró fundada la demanda interpuesta por [REDACTED] [REDACTED].

<sup>34</sup> Folios 193-194.

<sup>35</sup> Folios 195-196.



VI. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, DECIDEN:

- 6.1. CONFIRMAR la SENTENCIA contenida en la Resolución Judicial número NUEVE, de fecha dieciocho de noviembre del año dos mil veintidós, obrante de fojas ciento setenta y cinco a ciento ochenta y ocho, que resolvió: "1. Declarando FUNDADA, la demanda interpuesta por [REDACTED] sobre Tenencia contra [REDACTED] en consecuencia; 2. OTÓRGUESE LA TENENCIA de los niños [REDACTED] [REDACTED] actualmente de 05 años y diez meses y 02 años y un mes de edad respectivamente, a favor de su abuela materna [REDACTED] (...).".
- 6.2. NOTIFÍQUESE a las partes. PONENTE Señor Juez Superior Titular Doctor Juan Virgilio Chunga Bernal.

S. S.

CRUZ LEZCANO, C.

CHUNGA BERNAL, J.

ANTICONA LUJAN, C.