



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

la apelante es hermana del menor [REDACTED], por ende ella debe ser la tutora legal como lo establece el artículo 506 del código civil y el aquo ha inobservado tal disposición legal sin motivación alguna.

- La designación de tutor dativo no es a criterio del juez, pues tal designación exige la conformación del consejo de familia y cuya composición le corresponde integrar a la apelante, sin embargo el juez actuó arbitrariamente al no convocar el consejo de familia en cambio designó como tutora dativa del menor a la demandante.
- La demandante [REDACTED] está impedida de ejercer la tutela del menor al ser arrendataria del inmueble en donde reside dicho menor y a la fecha de la apelación aquella adeuda por arriendos la suma de s/. 18,400 soles, por lo cual existe impedimento legal para su designación como tutora, conforme lo prescribe el artículo 515 del código civil.

II.- ANÁLISIS:

1.- El presente caso versa sobre el derecho del adolescente a vivir dentro de una familia, por lo cual resulta pertinente analizar el presente caso a la luz del derecho de protección a la familia.

- Derecho que deriva de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, el cual señala: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”*.
- Siendo que a nivel regional este derecho se desprende de lo establecido en el artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que entiende que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*.
- Al respecto el Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) reconoce en su artículo 15.1: *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. Por lo cual en el artículo 15.3 establece: Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a...c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral...”*.
- Precisando en su artículo 16 *Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del*



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente...”.

- En ese sentido el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece: *Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*
- Criterio asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos , en su Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, donde dispuso(punto resolutive 5) : *Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.*
- Al respecto el Tribunal Constitucional en su sentencia del 8 de noviembre de 2016 recaída en el Exp. N° 02744-2015-PA/TC expresa en su fundamento 33: *“...ahora bien, en la valoración que formulen las entidades públicas o privadas del interés superior del niño que justificaría la separación de sus padres, tutores u otros responsables, resulta de vital importancia que tomen en cuenta la participación del menor y la manifestación de su opinión, en tanto se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para una vida futura...”.*

2.- A folios 16 corre la demanda de nombramiento de tutor dativo interpuesta por [REDACTED]

[REDACTED] “...ejercer la tenencia por encargo del referido menor desde su nacimiento ocurrido en Huanacané- Puno el 19 de diciembre de 2000, al laborar como empleada del hogar en la vivienda de los padres del citado niño, cuya hija mayor [REDACTED] al fallecer el padre del niño, arribó a la ciudad para tramitar la sucesión intestada de su padre ante un Notario Público de La Oroya, declarándose sólo a su persona y su madre [REDACTED] como únicas herederas del causante [REDACTED], preteriendo los derechos del menor pese a tener conocimiento de su existencia. Al fallecer la madre en Lima, de igual manera procedió esta persona a solicitar la declaratoria de herederos notarial omitiendo nuevamente incluir a su hermano el menor [REDACTED], por lo que el tío materno [REDACTED] quien reside en forma permanente en Puno- formuló oposición ante la Notario Miryam R. Acevedo solicitando se incluya en la petición al citado menor, anexando los documentos respectivos, paralizándose el trámite de dicho proceso desde el año 2011. Siendo el comportamiento de la hermana mayor de apropiarse de todos los bienes dejados por sus padres preteriendo los derechos sucesorios del indicado menor y ante la ausencia de familiares más próximos es que solicita el nombramiento de un tutor legal”.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

3.- A folios 3 corre el acta de nacimiento de fecha 19 de marzo de 2005 del menor [REDACTED], nacido en la provincia de Huancané-Puno el 19 de diciembre de 2000, cuyo nacimiento fue declarado y reconocido por su padre [REDACTED], señalando como madre del menor a [REDACTED], consignando como estado civil el de casados. Acreditándose de este modo el vínculo filial existente entre los padres y el menor.

4.- De lo actuado se aprecia:

- a) La peticionante en su declaración vertida en la audiencia de actuación y declaración judicial obrante en los folios 73 y 74 al preguntarle el a-quo: *¿Cuáles son los motivos para hacerse cargo del menor? Desde que fallecieron sus padres yo me ocupaba de él en todos sus gastos y todo lo que necesitaba. ¿Conoce cuáles son los bienes del menor? Si la casa, donde vivo ubicada en la Mz. E lote 16 San Hilarión y otra casa en la provincia de Hualzapata, hay varios terrenos que adquirió el finado...en la Municipalidad hay un reclamo a favor del finado y del FONAVI sus aportaciones y pensión de orfandad porque el finado era jubilado de la ley 19990...tengo grado de instrucción secundaria y el menor vive conmigo y estudia en la IE Albert Einstein...en el inmueble vivo con el menor desde el 10 de julio de 2009, con mi pareja y mis 2 hijos, solvento mis gastos con una pequeña panadería..”.*
- b) Aseveración que se corrobora con la referencial del adolescente [REDACTED], he vivido en Puno algunas veces, mis estudios primarios y secundarios los hice en Lima. **Alicia Flores Pampa es mi madrina, me ha bautizado, es buena, me ayuda en mis tareas, me aconseja, con su familia me llevo bien..toda la vida he vivido con ella...a veces ella iba a cuidar a mis padres en Puno y a veces me llevaba a mis padres...si deseo continuar viviendo con ella.** Al ser preguntado *¿Quién es [REDACTED] y si sabe el grado de parentesco que tiene con ella? No se mucho de ella Creo que es mi hermana ...nunca he vivido con ella y no conozco su domicilio...”*
- c) De lo que se tiene que dicho menor al ser criado por la demandante se ha generado un vínculo de afecto con ella y su familia, por lo cual no sólo reconoce haber vivido siempre con ella sino también manifiesta su deseo de continuar viviendo al lado de ella y su familia. En cambio, sobre su hermana [REDACTED] refiere no conocerla y nunca haber vivido con ella, es decir, no sólo no existió interacción familiar entre ambos sino que tampoco existe afecto hacia aquella al no haberse criado juntos.
- d) Opinión que resulta importante ser tomada en cuenta al ser el adolescente sujeto de los derechos que le son reconocidos y es él quien debe ejercerlo; deber que no se agota en escucharlo simplemente sino en comprender su determinación. En ese sentido el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: *Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan*



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño...

Estableciendo la Observación General N° 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño: 2. *El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención...*

- e) La autora argentina Cecilia P, Grosman sobre el derecho del niño a ser escuchado manifiesta: “escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona. (...) Si bien la palabra del menor no define la decisión judicial, su pensar y sus sentimientos constituyen un ingrediente esencial de la determinación del juez. (...) Cuando se trata del ejercicio de los derechos personalísimos, el niño que haya alcanzado un cierto grado de madurez, o sea, adquirida la capacidad para regular sus preferencias con comprensión de las consecuencias, no sólo debe ser escuchado, sino que es necesario que otorgue su consentimiento informado. (...) En uno de los extremos, el niño, al opinar, asiente el acto del otro. En el otro, elige por comprensión y razonamiento basado en la plena información y en el conocimiento de los riesgos” En ese sentido el ejercicio del derecho de opinión del menor guarda relación con la determinación de cuál es su mejor interés.
- f) Siendo que la evaluación psicológica practicada a dicho menor (ver folios 65 a 68) el examinador en sus conclusiones señala: “No se evidencia alteraciones emocionales ni comportamentales en el menor. Control emocional estable. Adecuado desarrollo de la autoestima. Presencia de recursos para interactuar fácilmente con su entorno o coetáneos. Nivel intelectual normal promedio. Mantiene una visión de familia en la familia de su madrina, con presencia de soporte en dicho entorno, alta estima y consideración por su madrina y esposo de ella. Se evidencia adecuado estilo de crianza impartido en el menor, donde prima la comunicación y el aspecto moral”. Comprobándose el vínculo socio afectivo existente entre dicho menor la demandante y su familia.
- g) En cuanto a las condiciones de habitabilidad de la vivienda en donde reside el menor se tiene que la Trabajadora Social en su Apreciación Social señala: (ver folios 81 a 82) “...Al visitar el domicilio se verifica que la vivienda es de material noble semiconstruída perteneciente a los padres fallecidos del menor en cuestión (paredes revestidas y techo de calamina metálica) de 4 ambientes, cuenta con servicios básicos y se verifica las relaciones intrafamiliares entre los integrantes del hogar en forma estable. En el ambiente del menor se observa algunas comodidades suficientes para su desarrollo educativo y personal, recibiendo apoyo económico, moral, educativo, alimentos y de vivienda por parte de sus padrinos. Sus padrinos de bautizo perciben ingresos económicos moderados, observando suficientes productos de pan llevar para la buena nutrición de los integrantes del hogar. Existe presencia delictiva en las zonas aledañas a la vivienda”. Comprobándose una vez más que el referido menor es criado por la demandante y su familia.
- h) La apelante mediante escrito de fecha 22 de abril de 2013 (folios 33) se apersonó al presente proceso en calidad de hermana del menor [REDACTED] oponiéndose a la designación de tutora dativa, pero reconociendo: “...mi hermano [REDACTED] [REDACTED] **conjuntamente con la demandante**” Lo que es reiterado en su declaración



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

- vertida en la audiencia obrante a folios 74: **“Si, el menor ha estado bajo el cuidado de la solicitante desde que ha nacido, es verdad es porque es su madre”** Esto es, reconoce no tener una relación de hermanos al no haber vivido juntos, lo que conlleva falta de afecto y tampoco ha demostrado preocupación alguna por las necesidades de hermano menor de edad.
- i) Si bien en su declaración vertida en la audiencia obrante de folios 72 a 76 manifiesta: “no estar de acuerdo en que la demandante sea la tutora del menor porque ella es la hermana legítima y por tanto quiere ser su tutora...”. Tal aseveración resulta contradictoria con lo declarado por aquella en la audiencia obrante de folios 72 a 76 **“que su hermano siempre ha estado bajo el cuidado de la demandante”**, reconociendo implícitamente que dicho menor fue y es criado por la demandante, por tanto entre su persona y su hermano si bien son familiares consanguíneos empero dicho menor al no haberse criado con su hermana, ni mantenido ninguna cercanía con ella no se ha generado ningún vínculo de afecto entre ambos.
- j) Argumenta la apelante que “nunca desconoció a su hermano como heredero en el trámite de la declaratoria de herederos de su padre y que fue su madre quien estuvo a cargo de ello, en cambio, su persona al solicitar la declaratoria de herederos de su madre ante un notario público de Lima ha señalado que los herederos son su hermano menor de edad y su madre, anexando la copia de la solicitud del 25 de enero de 2011 (folios 107)”. Sin embargo hasta la fecha han transcurrido 7 años y aún se desconoce lo resuelto por la Notaría; en cambio, en su escrito del 8 de abril de 2015 denominado “recurso de queja” en cuanto al dictamen del fiscal provincial, quien opinaba porque se declare fundada la demanda de tutela dativa del referido menor, manifestó: “... [REDACTED] cuando nació el 19/12/200 mi madre tenía 60 años, ¿pudo haberse embarazado? ¿cuál sería la razón de traerlo al mundo para que le cuide una empleada del hogar hasta hoy? Lo cierto es que [REDACTED] es la madre biológica de [REDACTED] y debe practicársele el ADN y al haber autorizado la inscripción fraudulenta de su menor hijo como si mis padres fueran los padres biológicos ha participado de los delitos de falsedad ideológica, contra la fe pública con mis padres...”.

5.- Evidenciándose de ello un conflicto de intereses entre la apelante y su hermano menor de edad aunado al desinterés total que tiene sobre dicho menor de edad, por tanto no resulta suficiente argumentar ser hermana de aquel para ser designada su tutora y mucho menos cuando cuestiona hasta el parentesco consanguíneo existente entre su persona y aquél.

6.- La Constitución Política establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que tanto la comunidad como el Estado protegen especialmente al niño en situación de abandono; y asimismo el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de éste y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

7.- Situación que la magistrada ha valorado y tomado en cuenta al momento de designar como tutora dativa a la de mandante y no a la apelante, pues lo que interesa es el interés superior del menor en este caso a vivir en el seno de una familia y a través de la tutora dativa se cuida su persona y sus bienes.

8.- La apelante señala además que *le causa agravio la sentencia apelada pues la juez de familia arbitrariamente no convocó el consejo de familia en cambio designó como tutora dativa del menor a la demandante*; situación que la recurrente no alegó dentro del proceso y si bien la magistrada no convocó el consejo de familia, tal hecho tampoco vulnera los intereses del adolescente dado que el su tío materno de dicho menor, Elías Flores Callata (hijo de Rafaela Callata Mamani, quien era hermana de Juana Callata Mamani) se apersonó al presente proceso mediante escrito corriente en el folio 64, señalando: **“estoy de acuerdo que se nombre como tutora dativa a la demandante [REDACTED] [REDACTED]**, quien también estuvo presente en la audiencia de actuación y declaración judicial y antes del inicio de la audiencia la apelante-quien estuvo asistida por su abogado Moisés Aira Peña, con CAL 07486- manifestó **“la señorita [REDACTED] es sobrina del menor y sobrina de la recurrente y que el señor [REDACTED] es su primo y que los abuelos materno y paterno han fallecido”** (ver: folios 72) , es decir, al reconocer que las citadas personas son familiares del menor, tácitamente se entiende que eran parte integrante del consejo de familia, por lo cual la recurrente mostró su conformidad con la presencia de los mencionados y en ningún momento cuestionó la actuación de la audiencia por la falta de convocatoria del consejo de familia y mucho menos expuso el nombre de otros familiares que debían ser convocados.

9.- Por otra parte a efectos de no causar perjuicios sobre la situación jurídica del precitado adolescente, y teniendo presente el Principio del Interés Superior del Niño, en su derecho a vivir en familia es que debe sacrificarse la forma de los actos procesales, otorgando prevalencia al fondo del proceso, es decir, la dilucidación de una incertidumbre jurídica (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil), pues lo que finalmente se persigue es otorgar protección inmediata al adolescente en estado de desprotección familiar debido al fallecimiento de ambos padres.

10.- La apelante también indica como agravio: *“...la persona de [REDACTED] está impedida de ejercer la tutela del menor al ser arrendataria del inmueble en donde reside dicho menor y a la fecha de la apelación aquella adeuda por arriendos la suma de s/. 18,400 soles, por lo cual existe impedimento legal para su designación como tutora, conforme lo prescribe el artículo 515 del Código Civil”*; argumento inadmisibles toda vez que hasta la fecha es sólo su persona quien figura como heredera de dicho bien que perteneciera sus padres [REDACTED] [REDACTED]) conforme es de verse de la inscripción de sucesión



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

intestada de su citado padre en el Registro de la Propiedad Inmueble obrante en el folio 44, y, en esa condición “soy heredera del causante [REDACTED] es que dirige la carta notarial del 19 de abril de 2013 a Margarita [REDACTED] solicitando desocupar el inmueble situado en [REDACTED]

[REDACTED] que su hermano menor de edad vivía en dicho inmueble con la demandante y había sido preterido como heredero en la sucesión de su padre, no mostrando ninguna preocupación por la necesidades materiales y afectivas de su hermano menor de edad.

11.- Conforme a lo expuesto es evidente que la señora [REDACTED] [REDACTED] es que viene ejerciendo los cuidados del mismo, y dada la petición formulada por la solicitante y teniendo en cuenta lo señalado en el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes “Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos” es que debe adoptar la medida concerniente atendiendo al Principio del Interés Superior del Niño en su derecho a vivir en familia y el respeto a sus derechos.

12.- Es del caso precisar que la Observación N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de Las Naciones Unidas establece: “... puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que **los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.**”

13.- Si bien al encontrarse fallecidos los padres del adolescente, se encuentra destinado a ejercer la tutela de aquél, el ascendiente más próximo e idóneo conforme lo establece el artículo 506 del Código Civil, y en ese supuesto tenemos que el pariente más cercano del menor viene a ser su [REDACTED] empero de lo actuado en autos no se aprecia que aquella luego de



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA Y PERMANENTE DE SAN JUAN DE LURIGANCHO

ocurrido el fallecimiento de sus padres se haya hecho cargo de su hermano menor de edad es decir, de sus necesidades alimenticias, económicas, afectivas, médicas y educacionales, evidenciándose de ello comportamiento falto de solidaridad hacia dicho menor de edad. En cambio, quien se ha encargó de cubrir estas carencias fue la demandante [REDACTED] Pampa.

14.- En consecuencia, el Colegiado encuentra que la señora [REDACTED] es la persona más idónea para desempeñarse como tutora dativa del adolescente [REDACTED] [REDACTED] quien deberá cuidar de los bienes y de la persona de dicho menor hasta que cumpla la mayoría de edad y, previo al ejercicio de la tutela solicitar al juzgado el discernimiento del cargo, así como petitionar la convocatoria del consejo de familia en los casos que corresponda

Por los fundamentos expuestos, conforme a las reglas de la sana crítica e impartiendo Justicia a nombre de la Nación

III. DECISIÓN:

CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución número 11 de fecha 10 de marzo de 2017, obrante de folios 171 a 174, que **Resuelve:**

- 1.- Declarando infundada la oposición formulada por [REDACTED] [REDACTED].
- 2.- Declarando Fundada la demanda de fojas 16 a 20, en consecuencia declara la tutela del menor [REDACTED] a favor de doña [REDACTED]
- 3.- Hacer seguimiento por parte de la trabajadora social integrante del equipo Multidisciplinario de esta sede, la misma que realizara un informe.

2.- Notificándose y los devolvieron.-

G.LL.CH/k.s

CORNEJO ALPACA
Presidente

LLANOS CHAVEZ
Jueza Superior

RAMIREZ CASTAÑEDA
Jueza Superior