

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**



**CASACIÓN N°2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor**

El Interés Superior del Niño.- Es un principio fundamental y constituye un conjunto de acciones tendientes a alcanzar el máximo bienestar del niño por su condición de ser humano, respetando el ejercicio pleno de todos sus derechos para garantizar su desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente en el seno de una familia y a no ser separados de ella.

Lima, quince de mayo de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; vista la causa N°2139-2017, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante [REDACTED] [REDACTED] (fojas 298), contra el auto de vista de 11 de noviembre de 2016 (fojas 280), que confirma la resolución apelada de 17 de junio de 2016 (fojas 228), que resuelve rechazar la demanda sobre adopción por excepción, en consecuencia consentida o ejecutoriada que sea se archiven los actuados en el modo y forma de ley.

II. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Por escrito de 12 de mayo de 2016 (fojas 140, subsanada a fojas 222), [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] demanda como pretensión adopción extraordinaria del menor [REDACTED], al haberlo prohijado por espacio superior a los dos años, a quien lo trata y considera como un hijo desde su nacimiento, sin serlo biológicamente; alega que contrajo matrimonio civil con [REDACTED] y mientras duró la unión matrimonial no concibieron hijos por ello tomaron la decisión de adoptar un niño; sin embargo, en la actualidad ambos cónyuges se encuentran separados en vía de hecho,

**CASACIÓN N° 2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor**

estando en trámite el proceso de divorcio, y el [REDACTED] quedó a cargo de la recurrente de manera exclusiva, no teniendo su cónyuge la intención de adoptarlo, por lo que la presente demanda es a título personal. Mientras la suscrita deseaba tener un hijo, la demandada [REDACTED] estaba embarazada y no tenía posibilidades económicas y emocionales de cuidar a su hijo, es así que inmediatamente después de su nacimiento [REDACTED] para que lo cuidara como si fuese su madre, suscribiendo un documento de puño y letra manifestando su voluntad de entregarlo; posteriormente suscribió otro documento [REDACTED] certificando su firma ante notario público. Desde el primer día de su nacimiento hasta la actualidad el menor fue acogido y tratado como hijo propio en el seno de su familia, habiéndolo prohijado [REDACTED] a la recurrente, existiendo una verdadera relación materno filial en su entorno inmediato y ante terceros. Luego del nacimiento de [REDACTED] se produjo la separación de hecho con su cónyuge, quien se desentendió de [REDACTED] así fluye de la demanda de divorcio que se encuentra en trámite, y la suscrita continuó con la crianza de [REDACTED] como madre soltera. Es el prohijamiento existente que la habilita a acudir al órgano jurisdiccional a demandar su adopción. La recurrente es brasileña de nacimiento, teniendo a la fecha carnet de extranjería, radicando en la ciudad de Trujillo desde hace aproximadamente cinco años. En lo referente al asentimiento de la adopción de su cónyuge, tal requisito no es indispensable porque la actora ya no vive con su aún cónyuge, se encuentran separados en vía de hecho, él radica en el país de Japón y están tramitando un proceso de divorcio por causal; después de la separación en vía de hecho su cónyuge dejó de apoyarla económicamente desistiéndose de la adopción de [REDACTED] por lo que es innecesario su consentimiento.

2. RESOLUCIÓN FINAL DE PRIMERA INSTANCIA

El Primer Juzgado de Familia de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, por resolución de 17 de junio de 2016 (fojas 228), resuelve rechazar la demanda sobre adopción por excepción; al considerar que la demandante no

CASACIÓN N° 2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor

ha cumplido con subsanar en su totalidad la demanda, esto es el asentimiento de su aún cónyuge [REDACTED] conforme lo prescribe el inciso 3) del artículo 378 del Código Civil, que prescribe: *“Requisitos para la adopción. [...] 3. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge”*. Y al existir aún el vínculo matrimonial resulta indispensable el cumplimiento de la norma precitada.

3. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La demandante [REDACTED] interpone recurso de apelación el 28 de junio de 2016 (fojas 233), contra la resolución final que rechaza la demanda, alegando: **i)** Se ha efectuado una indebida interpretación del inciso 3), del artículo 378 del Código Civil, limitándose a una simple interpretación literal, obviando los principios constitucionales del Interés Superior del Niño y la obligación que tiene el juzgador de analizar los procesos de familia como problema humano. **ii)** El juez dándole total prevalencia a la norma sustantiva en detrimento de un indefenso niño que tiene derecho a ejercitar su derecho a la identidad, la filiación legal y a vivir a lado de su madre putativa; privilegia indebidamente una exigencia de forma frente a los derechos sustantivos y personalísimos de su hijo a ejercitar su derecho a la identidad adquirida. **iii)** Los casos de familia deben ser analizados como problemas humanos haciendo efectivo el Interés Superior del Niño; el juez está desconociendo que los procesos de familia no pueden ser rigurosos ni esquematizados, por el contrario deben flexibilizarse en función al interés de los menores.

4. AUTO DE VISTA

La Tercera Sala Civil de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, por auto de 11 de noviembre de 2016 (fojas 280), confirmó la resolución apelada en todos sus extremos; al considerar que a la fecha de interposición de la demanda la accionante no ha acreditado que ya exista una sentencia de divorcio de su cónyuge; solo señala que es a título personal que interpone la

CASACIÓN N° 2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor

demanda de adopción, pues su cónyuge no tiene la intención de adoptar al menor que la misma ha prohijado. Del inciso 3), del artículo 378 del Código Sustantivo, se tiene que la adopción debe ser realizada por ambos cónyuges o de lo contrario contar con su consentimiento, pues al sobrevenir una separación de cuerpos como en el presente caso, es necesario el cumplimiento mínimamente del asentimiento del cónyuge que no está de acuerdo con dicha adopción.

III. CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN

Esta Suprema Sala, por resolución de 20 de julio de 2017 (fojas 44 del cuaderno de casación), ha declarado la procedencia del recurso por las siguientes causales:

A) Infracción normativa del inciso 3), del artículo 378 del Código Civil.

En el presente caso existe una interpretación errónea de la norma citada, porque ha sido aplicada de manera literal y sin analizar el espíritu de la ley, dejando de lado principios de rango constitucional y sin enfocar el caso a la luz del interés superior del niño y de su derecho a la filiación vía adopción. Asimismo, no se ha tomado en cuenta que en vía de hecho existen varios tipos de familia, por lo que el artículo en mención debe ser aplicado conforme a cada realidad, siendo el caso que no se puede exigir el consentimiento del cónyuge para una adopción, cuando está probado que los cónyuges están separados en vía de hecho o se encuentran tramitando un proceso de divorcio, de manera que los procesos de familia no pueden ser rigurosos ni esquematizados, por el contrario, deben flexibilizarse en función al interés superior del niño, quien tiene derecho a la identidad, filiación, a vivir en una familia, entre otros.

B) De manera excepcional se incorpora la causal de infracción normativa de los incisos 3) y 5), del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, a efectos de analizar en el fondo si la resolución recurrida se encuentra dentro de los parámetros del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

CASACIÓN N°2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor

IV. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

La cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria consiste en determinar si prevalece la aplicación de una norma material que se contrapone a una norma constitucional, referidas al derecho a la filiación vía adopción, al Interés Superior del Niño como principio fundamental de los derechos de los niños y adolescentes.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA

PRIMERO.- Que, en materia de casación es factible ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, para determinar si se han infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, pues ello supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, además de cautelar el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

SEGUNDO.- Con relación al debido proceso este Tribunal Supremo ha establecido en reiteradas ocasiones que el inciso 3), del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, ha fijado como una garantía y un derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En tal sentido, el debido proceso constituye un derecho de amplio fuste el cual comprende a su vez un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, el derecho a probar, la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios, entre otros.

TERCERO.- Así, la tutela jurisdiccional efectiva consiste en un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos que se pueden clasificar: *i)* como los que brindan acceso a la justicia: derecho de acción y contradicción; *ii)* los que garantizan el debido proceso incoado: derecho al juez natural, defensa, imparcialidad, independencia, ofrecer medios probatorios, instancia

CASACIÓN N° 2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor

plural, motivación de las resoluciones judiciales; y *iii*) los que garantizan la ejecución de lo resuelto.

CUARTO.- Uno de los derechos fundamentales es el derecho de toda persona a su identidad, la cual se encuentra contemplada en el inciso 1), del artículo 2 de la Constitución Política del Estado; derecho fundamental recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que prescribe el Principio del Interés Superior del Niño. Este mismo derecho fundamental de la persona es recogido por el artículo 1 del Código Civil que señala que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

QUINTO.- Por su parte, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha previsto que para los efectos de la Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad; y los artículos 7 y 8 prescriben que el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, comprometiéndose los estado parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley; concordante con el artículo 3 de la citada Convención que establece el Principio del Interés Superior del Niño.

SEXTO.- La identidad del ser humano presupone un concepto de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole ya sea cultural o ideológico y que perfilan el ser “uno mismo”. Por este motivo se ha dicho que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien es, es un derecho a la propia biografía. Pero a la vez, y fundamentalmente, es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es¹.

¹ **SIVERINO BAVIO, Paula.** Derecho a la Identidad. Aportes de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires a la reflexión peruana sobre el tema. En: Gaceta Jurídica N° 100. Lima. Págs. 158-186.

CASACIÓN N° 2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor

SÉTIMO.- El derecho a la identidad abarca tres planos y son: su identificación: que constituye el nombre, el seudónimo y sus registros legales establecidos; aspectos familiares: esto es su pertenencia a la sociedad porque forma parte de una familia; y aspectos psicológicos: es el derecho a mantener una propia percepción de sí mismo, incluye su identidad en el sexo, raza, culturales, religiosas, familiares, etc².

OCTAVO.- Del examen de los actuados se advierte que mediante resolución final de primera instancia se resolvió rechazar la demanda sobre adopción por excepción, interpuesta por la actora [REDACTED]; decisión que fue apelada por esta, y confirmada por la Sala Superior señalando que no se cumplió con lo previsto en el inciso 3), del artículo 378 del Código Civil, esto es, que cuando el adoptante es casado debe darse el asentimiento de su cónyuge.

NOVENO.- En la demanda se señala expresamente que la adoptante está casada con [REDACTED] sin embargo se encuentran en proceso de divorcio por la causal de injuria que este interpuso contra ella; y del tenor de dicha demanda de divorcio (fojas 159 a 206), se desprende que ambos planearon adoptar al menor [REDACTED] y lo prohijaron, pero en el transcurso las relaciones de pareja se deterioraron y decidieron divorciarse, permaneciendo el menor bajo el cuidado y amparo de la esposa.

DÉCIMO.- Entonces, estando en trámite el proceso de divorcio (contestación de la demanda fue el 15 de julio de 2015, fojas 208), la cónyuge [REDACTED] interpone a título personal la demanda sobre adopción (presentada el 12 de mayo de 2016, fojas 140), sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 3), del artículo 378 del Código Civil y por ello se rechazó la demanda; sin embargo, los jueces de mérito se limitaron a aplicar taxativamente la norma material, sin considerar que la situación legal del menor [REDACTED] debe ser resuelta por el

² BERNALES BALLESTEROS, Enrique y OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. La Constitución Comentada. Análisis Comparado. Cuarta edición. Pág.14.

CASACIÓN N° 2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor

órgano jurisdiccional, puesto que el niño es prohijado por la recurrente a pesar de estar inmersa en el proceso de divorcio, y la solicitud de adopción no ha merecido un pronunciamiento de fondo.

DÉCIMO PRIMERO.- De lo expuesto se puede colegir que el derecho a la identidad y el derecho al Interés Superior del Niño son derechos fundamentales; sin embargo, el derecho al Interés Superior del Niño es un principio fundamental y más amplio, pues constituye un conjunto de acciones tendientes a alcanzar el máximo bienestar del niño, por su condición de ser humano, respetando el ejercicio pleno de todos sus derechos sin restricciones para garantizar su desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente en el seno de una familia y a no ser separados de ella; por lo tanto, antes de tomar una medida respecto de los niños se deben aplicar aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

DÉCIMO SEGUNDO.- En ese orden de ideas, al haberse rechazado la demanda sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido, no se resolvió la situación legal del menor [REDACTED]; omisión del pronunciamiento que adquiere relevancia y es constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que el órgano jurisdiccional no estaría tutelando los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando con ello la denegación de la justicia solicitada, lo que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, reconocidos en el inciso 3) del artículo 139 de la Carta Magna. En consecuencia, se debe declarar fundado el presente recurso de casación y la nulidad de la resolución de vista, e insubsistente el auto de primera instancia, y disponer que el *A quo* emita nueva resolución conforme a lo analizado en la presente ejecutoria suprema; sin perjuicio de notificar con la demanda de adopción al cónyuge [REDACTED], para su conocimiento.

CASACIÓN N°2139 - 2017
LA LIBERTAD
Adopción de Menor

VI. DECISIÓN

Por tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 396 del Código Procesal Civil, de conformidad en parte con la señora Fiscal Suprema, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante [REDACTED] (folio 298), y en consecuencia **NULA** la resolución de vista de 11 de noviembre de 2015 (folio 280); e, **INSUBSISTENTE** la resolución apelada de 17 de junio de 2016 (fojas 228). **MANDARON** que el juzgado de familia de origen emita nueva resolución, atendiendo las precisiones expresadas en la ejecutoria suprema. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por [REDACTED] [REDACTED] contra [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] por impedimento del Juez Supremo señor Salazar Lizárraga. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **Huamaní Llamas.-**

SS.

TÁVARA CORDOVA

HURTADO REYES

HUAMANÍ LLAMAS

CALDERÓN PUERTAS

CÉSPEDES CABALA

Cge