



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
CIVIL N°00954-2013-0-3002- JR-FC-01**

**PRESENTADO POR
PAUL NICANOR CANGALAYA MAURICIO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC

Reconocimiento – No comercial

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el
Título de Abogado**

**INFORME JURÍDICO SOBRE EXPEDIENTE N° 00954-2013-0-3002-
JR-FC-01**

MATERIA : TENENCIA

ENTIDAD : PODER JUDICIAL

DEMANDANTE : R. M., M. K.

DEMANDADO : P. M., C. E.

BACHILLER : CANGALAYA MAURICIO, PAUL NICANOR

CÓDIGO : 2013122645

LIMA – PERÚ

2021

En el presente Informe Jurídico se analiza un proceso judicial sobre otorgamiento de tenencia, el cual inicia con la presentación de la demanda, interpuesta por la señora M. K. R. M. contra el señor C. E. P. M. La demandante solicita que se le otorgue la tenencia y custodia de sus tres menores hijos: C. A. P. R., M. A. P. R. y M. F. P. R. Admitida a trámite la demanda, se corre traslado al demandado para que, dicha demanda, sea contestada. Dentro del término de ley, el demandado presentó su escrito de contestación de la demanda con la finalidad que sea declarada infundada en todos sus extremos. El expediente analizado, contiene materias jurídicas relevantes, tales como: tenencia, régimen de visitas, interés superior del niño, entre otros. En primera instancia, el Segundo Juzgado Transitorio de Familia de San Juan de Miraflores, resolvió declarar fundada la demanda, disponiendo que la tenencia y custodia de los tres menores, debe ser ejercida por la demandante M. K. R. M., asimismo, se establece un régimen de visitas al demandado. Ante lo resuelto, el demandado interpone recurso de apelación. En segunda instancia, la Sala Civil de Chorrillos de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, revoca la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda, y reformándola declara fundada en parte la demanda de Tenencia, ordena, establecer la Tenencia Compartida a favor de ambos padres, precisando que la madre tendrá la tenencia y custodia de los menores los días sábados desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la noche del domingo con externamiento. Asimismo, podrá visitar a sus tres hijos los días lunes, martes y miércoles desde las cinco de la tarde hasta las nueve de la noche, sin externamiento. Por otro lado, el padre demandado, tendrá la tenencia y custodia de sus hijos los demás días de la semana, debiendo facilitar las visitas domiciliarias a la demandante los días lunes a miércoles. La demandante al no estar conforme con lo resuelto en segunda instancia, interpone Recurso de Casación. En consecuencia, la Sala Suprema declara procedente el recurso de casación. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 2309-2015-LIMA SUR, resuelve declarar fundado el recurso de casación; en consecuencia, nula la sentencia de vista; y actuando en sede de instancia confirma la sentencia de primera instancia, que declaró fundada la demanda y dispuso que la tenencia y custodia de los menores de edad sea ejercida por la madre M. K. R. M., con lo demás que contiene.

ÍNDICE

1. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO	4
1.1. Respecto de los hechos expuestos en la demanda	4
1.2. Respecto de los hechos expuestos en la contestación de la demanda	5
1.3. Respecto del Dictamen Fiscal	5
2. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	9
3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	9
3.1. Posición respecto de la sentencia emitida en primera instancia	9
3.2. Posición respecto de la sentencia emitida en segunda instancia	15
3.3. Posición respecto de la Ejecutoria Suprema expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República	25
4. CONCLUSIONES	30
5. BIBLIOGRAFÍA	31
6. ANEXOS	32

1. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO

1.1. Respetto de los hechos expuestos en la demanda

Mediante escrito de fecha 05 de agosto de 2013, M. K. R. M. interpone demanda de Tenencia y custodia de los menores de edad C. A. P. R., M. A. P. R. y M. F. P. R. en contra de C. E. P. M.

De acuerdo con el texto de la demanda, la demandante (M. K. R. M.) señala que contrajo matrimonio civil con el demandado (C. E. P. M.) el 08 de junio de 2000, y del producto de ello han procreado tres hijos menores de edad.

Luego de haber transcurrido doce años de matrimonio y de una cohabitación entre las partes (llevada a cabo de manera normal), comenzaron a surgir problemas que se basaban en fuertes discusiones, maltratos físicos, psicológicos, amenazas y violencia familiar; por la cuales la demandante se vio obligada a dejar su hogar e hijos por dichas circunstancias. Como consecuencia, el demandado no le permitía que ver a sus hijos, ni que se relacione con ellos.

Asimismo, la demandante indica que sus padres apoyaban económicamente respecto de los gastos del hogar durante el tiempo que se mantuvo su relación matrimonial con el demandado, quedando acreditado que aquel no se preocupaba de la economía del hogar como esposo y padre, pese a que tiene trabajo seguro y estable.

Por otro lado, resalta que de la confianza que habría surgido entre los padres de la demandante y el demandado, este último aprovechó dicha confianza para actuar de mala fe y retirar dinero de la tarjeta de crédito de sus padres, efectuando un mal uso de clave de seguridad bancaria sin cumplir con la devolución del dinero.

Finalmente, la demandante hace hincapié que actualmente vive en el departamento ubicado en el Distrito de San Juan de Miraflores, en las cuales cuenta con todas las comodidades para vivir con sus hijos y otorgarles una mejor calidad de vida.

1.2. Respetto de los hechos expuestos en la contestación de la demanda

El 5 de noviembre del 2013, el demandado presenta su escrito de contestación de demanda (dentro del plazo establecido por la ley), con la finalidad de que se declare infundada la demanda en todos sus extremos.

Asimismo, en dicho escrito absuelve los hechos relatados por la demandante, en la cual, afirma que contrajo matrimonio con la demandante el 8 de junio del 2000, y del producto de ello han procreado tres hijos menores de edad.

Por otro lado, señala que, con posterioridad a la interposición de la denuncia por abandono de hogar, la demandante realiza su denuncia de retiro del hogar conyugal de fecha 26 de julio de 2012, después de haberle confesado su homosexualidad.

Luego, indica que es falso que haya tomado dinero de los padres del demandante, dado a que siempre ha trabajado; sin embargo, hace énfasis de que la demandante no aporta económicamente a la manutención de sus hijos.

Finalmente, manifiesta que no impide que la demandante visite a sus hijos, pues no es una persona violenta. Por el contrario, señala que la demandante es una persona irresponsable, a tal extremo que fingió un auto secuestro de ella con el menor hijo C. A., con la finalidad de percibir dinero.

1.3. Respetto del Dictamen Fiscal

Dictamen Fiscal N° 936-2014

La Segunda Fiscalía Provincial Civil y de Familia de San Juan de Miraflores opinó, en base a los medios probatorios actuados en el proceso, así como teniendo en cuenta el ordenamiento legal sobre la materia, que se declare infundada la demanda sobre Tenencia y Custodia respecto de los menores C. A. P. R., M. A. P. R. y M. F. P. R., y se fije un Régimen de Visitas a favor de la demandante. Sobre la base de los siguientes argumentos:

- Se puede inferir que los niños C. A. P. R., M. A. P. R. y M. F. P. R., han vivido y continúan viviendo bajo el cuidado y protección de su progenitor C. E. P. M. (demandado) desde que la demandante se retira del Hogar hasta la actualidad, las cuales han sido corroboradas con las propias declaraciones de los niños en la audiencia única.

- De la opinión de los niños respecto de la pretensión de su progenitora, han expresado su deseo de seguir viviendo con su padre y ser visitado por su madre; opinión que no se ha visto afectada por influencia de ninguno de los padres como puede apreciarse de las pericias psicológicas efectuadas en los menores.
- Mediante los informes sociales, efectuado en cada domicilio de los padres, se establece que la condición de vivencia del demandado resulta adecuada para favorecer el desarrollo integral de sus hijos, mientras que la condición de vivencia de la demandante resulta medianamente adecuada para el desarrollo integral de los menores. A nivel psicológico se ha establecido que ambos padres están en condiciones adecuadas para el cuidado y protección de sus hijos, sin embargo se precisa que el demandado cuenta con familiares que lo apoyan en el cuidado y atención de sus hijos mientras este trabaja, con los cuales los niños contarían con soporte emocional durante el día, asimismo se puede indicar que a nivel psicológico el demandado ejerce un rol paterno en forma positiva evidenciando responsabilidad, cuidado y adecuado vínculo afectivo saludable con sus hijos, lo que evidencia que es un padre que mejor garantiza el derecho de sus hijos a mantener contacto con su madre.
- Se ha acreditado objetivamente que el demandado es el progenitor con quien los niños han vivido más tiempo y con quien vienen desarrollando su vida diaria, habiendo generado el arraigo físico y emocional en el seno familia paterno.
- Durante el proceso, se ha desvirtuado que el demandado haya impedido el derecho de visita a sus hijos a la demandante, dado a que sus propios hijos han manifestado que han sido visitado por su madre, aunque se puede inferir que dichas visitas no son regulares, por ello la demanda incoada.

Dictamen Fiscal N° 60-2015

La Fiscalía Superior Civil y de Familia de Lima Sur opinó, que la sentencia apelada, debe ser revocada, y reformándose se declare infundada la demanda, y se fije un Régimen de Visitas a favor de la demandante. Sobre la base de los siguientes argumentos:

- De la valoración de los medios de prueba se desprende que, desde la fecha

de la separación de los cónyuges, los menores hijos de ambas partes viven junto con el padre y la hermana de este, los cuales según el Informe Social reúne condiciones de vivienda adecuadas para favorecer el desarrollo integral de sus hijos.

- Por otro lado, de las evaluaciones psicológicas prácticas a los menores se evidencia el deseo de los mismos a permanecer con su padre, con quien han desarrollado fuerte lazo afectivo y respeto. En sus respectivas entrevistas los menores han reconocido que su madre los visita una a dos veces por semana (algunas horas), sin salir del domicilio, lo que descarta el argumento alegado por la demandante respecto a que el demandado les impide poder visitarlos.
- Asimismo, se ha concluido que, en base a las pericias psicológicas, los menores no presentan indicios de manipulación o del denominado síndrome de alienación parental, lo que evidencia por parte del demandado la garantía del derecho de sus hijos de mantener contacto con su madre.
- Debe tenerse en consideración el tiempo que los menores han permanecido junto a su padre, la estabilidad y desarrollo emocional que durante este tiempo les ha otorgado, la garantía prestada por el padre para facilitar el contacto de sus hijos con su madre, así como las adecuadas condiciones de vivienda que les ha prestado, lo cual se ha corroborado con el deseo de los menores de seguir permaneciendo con su padre y contar con mayor tiempo para que su madre los visite.

Dictamen Fiscal N° 03-2016-MP-FN-FSC

La Fiscalía Suprema en lo Civil opinó, que sirva a declarar FUNDADO el recurso de casación. Sobre la base de los siguientes argumentos:

- Del análisis de los argumentos esgrimidos por la Sala para efectos de revocar lo resuelto por el A-quo que concedió la tenencia y custodia de los menores, no se colige motivación suficiente que justifique la facultad del juzgador por optar la tenencia compartida, máxime si se tiene en cuenta que la juez de la causa resuelve a favor de la actora en atención a que: “en el caso de C. E. P. M., quiere tener a sus hijos y desea continuar con la tenencia de hecho que viene ejerciendo, situación que no es reprochable sinotodo lo contrario es loable; pero en el contexto de la realidad de los hechos el

ambiente donde se desarrollan los menores no es el mas recomendado; el trabajo que tiene el demandado no le permite pasar más tiempo con sus hijos, ni atender personalmente su necesidad educativa y de formación, ya que como lo ha manifestado su hijo mayor ellos solo lo ven los jueves y viernes, quedándose al cuidado de terceros el resto de los días y aunado a ello la personalidad del demandado no brinda seguridad a esta judicatura que los niños se desarrollen de manera integral, mientras que la accionante ha demostrado no solo querer tener la tenencia de sus hijos, sino que también ha buscado la manera de estar con ellos y brindarle el poco tiempo que pasa con ellos, el amor y cuidado de madre que necesitan, está dispuesta a dejar todo solo por estar con sus hijos debido a que tiene el apoyo económico de sus padres" (énfasis agregado).

- Como es de advertir, la Juez de primera instancia, luego de la respectiva valoración del caudal probatorio aportado al proceso en concordancia con el principio del Interés Superior del Niño (considerando décimo noveno), llega a la conclusión de privilegiar la solicitud de la actora, pues ello beneficia el desarrollo Integral de los niños; por el contrario, la Sala por la sola mención del resultado de las pericias psicológicas practicadas al citado adolescente y niño respectivamente, y, el hecho de que los padre domicilian en el distrito de San Juan de Miraflores, determina la "tenencia compartida", de tal forma que la progenitora, acorde a los lineamientos de la sentencia en análisis, asumirá el cuidado y crianza de sus hijos exclusivamente los fines de semana, hecho que se asimila en mayor grado a un "régimen de visitas" más que a una "tenencia compartida", pues la mayor parte de los días de la semana aquellos permanecerán en el domicilio paterno, a pesar de los hechos fácticos esgrimidos por la Juez de la causa para efectos de preferir a la madre biológica.
- En conclusión, en efecto, se corrobora que la instancia de mérito ha vulnerado el artículo 197.º del Código Procesal Civil, pues no se ha dado a los medios probatorios actuados en el proceso, así como los invocados por la A-quo, ni el mérito suficiente ni la expresión de la justificación para efectos de revocar la sentencia de primera instancia y decidir por la "tenencia compartida", lo que a la vez implica la vulneración del artículo 81.º del Código de los Niños y Adolescentes, pues dicha figura jurídica procede en tanto y en cuanto salvaguarde el interés superior del niño, niña o adolescente, lo que no se ha

evaluado.

2. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

Habiendo tomado conocimientos de los actuados presentados por ambas partes, es momento de identificar y analizar los principales problemas jurídicos del expediente los cuales se pasan a mencionar a continuación:

- (i) Determinar cuál de los dos padres está en mejores condiciones físicas, psicológicas y socioeconómicas para ejercer la tenencia de los menores de C. A. P. R. (11), M. A. P. R. (04) y M. F. P. R. (04)
- (ii) Determinar con quién de los padres los menores tienen mayor afinidad.

3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.

3.1. Posición respecto de la sentencia emitida en primera instancia

- Resumen de la Sentencia

El Segundo Juzgado Transitorio de Familia de San Juan de Miraflores de la Corte Superior de Justicia Lima Sur, mediante sentencia contenida en la Resolución N°21, de fecha 10 de octubre de 2014, resolvió declarar fundada la demanda, disponiendo que la tenencia y custodia de los tres menores, deberá ser ejercida por la madre M. K.R. M. Así también, señala un régimen de visitas a favor de C. E.P. M. de los menores de edad, el cual empezará los días jueves recogiendo los de sus centros de estudios y retornándolos al domicilio materno el día viernes a las ocho de la noche, siendo que el régimen de visitas es otorgado con externamiento de los menores de la casa de la madre. Finalmente, ordena que las partes procesales junto con los menores de edad deberán de someterse de manera conjunta a la Terapia psicológica integral ante el Centro Médico más cercano a sus domicilios, con la finalidad de superar los problemas acotados.

Como principales argumentos, el *A quo* señaló que, de acuerdo con los Informes Psicológicos, efectuados por el equipo multidisciplinario a los padres de los menores, se tiene que el progenitor más idóneo es la madre de los menores, toda vez que en la

evaluación psicológica realizada a ella, el psicólogo evaluador llegó a la siguiente conclusión: *"...vínculo afectivo desarrollado con sus hijos, se preocupa por ellos y su bienestar, ejerce su rol materno en forma positiva, cuidando brindándoles seguridad, asistencia y protección. Reconoce en cada uno de ellos sus características individuales y denota esfuerzos por mantener el trato estrecho con los mismos a pesar de las circunstancias actuales ..."*; situación que ha comparación de los resultados del padre no se presenta por cuanto esté ya sea por el trabajo que tiene no puede asumir su responsabilidad como debe ser, esto debido a que tiene que dejar a sus hijo mayor en la casa de su hermana mientras que a sus hijos mellizos de solo apenas cuatro años los deja en otro inmueble; conforme consta de las declaraciones de los menores y de la apreciación del informe social, aunado a ello, muestra una personalidad narcisista pasivo agresivos y se han evidenciado factores de manipulación en su persona, pero que no lo descalifican como padre responsable respecto a sus menores hijos, por lo que en este orden de ideas se tiene que con respecto al ámbito físico y psicológico el más idóneo vendría a ser el madre de los menores ya que se encuentra dentro de los parámetros normales.

Asimismo, respecto a las condiciones socioeconómicas de los padres se puede determinar que en base a lo establecido a los informes sociales llevado a cabo a ambos padres, el A quo observó que la accionante cuenta con un ambiente propio, medianamente adecuado, con un dormitorio especialmente para los niños mientras que el demandado no tiene un ambiente separado para sus menores hijos ya que estos comparten habitación, dado a que los mellizos duermen con su abuela paterna mientras que su hijo mayor duerme con su padre; asimismo son cuidados y atendidos por familiares, no teniendo comunicación con el padre por periodos prolongados de tiempo, toda vez que sale muy temprano de casa cuando están durmiendo y retorna cuando se encuentran acostados sus menores hijos, la accionante en este extremo tiene un espacio propio para poder desarrollarse con sus hijos, vive de manera independiente, trabaja en horas de oficina y a la vez contara con el apoyo de familiares (padres) que residen a los alrededores del inmueble.

En esa línea y, valorando la declaración de la menor efectuada tanto en su Informe Psicológico como en la Audiencia, así como la aplicación del interés superior del niño, que se encuentra reconocido en el artículo de la Convención sobre los derechos del niño el A quo determinó que la TENENCIA de los niños C. A., M. A. y M. F. P. R. será ejercida por su madre M. K. R. M. mientras que a C. E. P. M. se le otorgará

un régimen de visitas, con el fin de no desvincular la relación de padre e hijos, y para que estas visitas sean llevadas a cabo con tranquilidad, las partes tendrán que recibir terapia psicológica en conjunto ante el Centro Médico más cercano a sus domicilios, con la finalidad de controlar sus emociones, impulsos, y emplear el dialogo como solución, en bienestar de sus niños

- Postura

En el presente caso, la demandante – madre de los menores – solicita se declare tenencia y custodia de sus hijos en su favor, toda vez que, de acuerdo en lo expuesto en su demanda, el demandado no le permitía que ver a sus hijos, ni que se relacione con ellos, como consecuencia de que la demandante dejara su hogar e hijos por las constantes discusiones, maltratos físicos, psicológicos, amenazas y violencia familiar que recibía por parte del demandado.

Como se puede apreciar, la controversia materia de análisis en el presente informe jurídico es sobre la institución jurídica de la tenencia, para el doctor Placido Vilcachagua (2003) afirma que “es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tienen la finalidad de establecer con quien se quedará el menor”. (pág. 90)

Así mismo, para Aguilar Llanos (2014) define a la tenencia como “una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo”. (pág. 104)

Por otro lado, es importante precisar que en los procesos de tenencia se rigen bajo las disposiciones del proceso único, en los cuales “el Juez tiene un rol protagónico, él es director, conductor y organizador del proceso; desarrolla e imparte órdenes en el proceso (art. II Tít. Pr. CPC), (160 CN), tiene como apoyo a la Policía Judicial, a la Oficina Médica Legal, al Equipo Multidisciplinario¹” (Canelo Rabanal, pág. 64)

El apoyo de estos órganos auxiliares, que brindan al Juez al momento de resolver, responde al principio del interés superior del niño, el cual se encuentra recogido en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y comprende, de acuerdo con

¹ **Artículo 149.- Conformación.-**

El Equipo Multidisciplinario estará conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales. Cada Corte Superior de Justicia designará a los profesionales de cada área, los que ejercerán sus funciones en forma obligatoria en cada Juzgado que ejerza competencia en niños y adolescentes.

el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 04937-2014-PHC/TC²:

“(…), una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes que necesitan especial cuidado y tienen prelación de sus intereses frente al Estado (cfr. Sentencia 4058 2012-PA/TC).”

En ese sentido, los jueces de familia deben tener como directriz, en los procesos de Tenencia y en todos los procesos en general que intervengan y/o involucren a menores de edad, al Principio del Interés superior del niño y adolescente; resolviendo según lo que resulta ser más favorable para ese menor. (Cerquín Huamán & Huaccha Cachi, 2019)

Ahora bien, en este tipo de procesos, de acuerdo con el artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes, luego de contestada la demanda, el Juez para resolver mejor, **podrá solicitar al equipo técnico un informe social respecto de las partes intervinientes y una evaluación psicológica si lo considera necesario.**

De ese modo, en el presente caso, se puede observar que ambas partes ofrecen diversos medios probatorios para acreditar que les corresponde el otorgamiento de la tenencia de los menores, siendo los Informes Psicológicos y Sociales practicados a las partes y a los menores, los que resultan determinantes a fin de esclarecer que es lo más favorable para la menor.

En efecto, ellos demuestran que existe una diferencia sustancial y objetiva entre:

- i) la condición psicológica de tanto del padre como de la demandante, siendo que la segunda ostenta una mejor condición psicológica, toda vez que el padre muestra una personalidad narcisista pasivo agresivo con factores de manipulación en su persona y,
- ii) el ambiente familiar y físico que ostentan cada uno de los progenitores, siendo que, en el caso de la madre, cuenta con un ambiente propio, con un dormitorio especialmente para los niños mientras que el demandado no tiene un ambiente separado para sus menores hijos ya que estos comparten con su abuela paterna y su padre; asimismo son cuidados y atendidos por familiares, no teniendo comunicación con el padre por periodos prolongados de tiempo, toda vez que sale muy temprano de casa cuando están durmiendo y retorna cuando se encuentran acostados sus menores hijos, la accionante

² (Tribunal Constitucional del Perú, 2019)

en este extremo tiene un espacio propio para poder desarrollarse con sus hijos, vive de manera independiente, trabaja en horas de oficina y a la vez contara con el apoyo de familiares (padres) que residen a los alrededores del inmueble.

Ahora bien, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que expresamente dispone: "*Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente*"; establece que es indispensable para la solución de estos casos, considerar fundamentalmente, el Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente; tal y como lo señala la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 4881-2009:

Noveno. - Que, por último, en cuanto a la causal de interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, se debe tener en cuenta que en virtud a esta disposición el Juez se encuentra facultado a resolver la tenencia a fin de salvaguardar lo favorable para el menor, siendo en este caso que debe prevalecer el principio del interés superior del niño. (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica, 2011).

Respecto al Principio del Interés Superior del Niño la Casación N° 563-2011, establece lo siguiente:

Debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo y la calidad o nivel de vida adecuado el cual nos trae como consecuencia, que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos. (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2011)

Asimismo, hay que precisar que lo alegado por el demandado, respecto a que la tenencia de hecho la ha venido ejerciendo, por la razón de que la demandante, abandono el hogar conyugal con fecha 20 de Julio del 2012 hasta la actualidad; en merito a ello hay que precisar que la aplicación del literal a) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes (en el cual se indica que el hijo deberá permanecer con el

progenitor con quién convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable), no se podrá aplicar en el presente caso, ya que de las conclusiones a las que arriban dichos Informes, se evidencia que ello no resulta ser lo más favorable para el menor, entendido desde el contenido constitucionalmente protegido del interés superior del niño.

Respecto de este último artículo, la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N°1961-2012 LIMA, ha señalado respecto de los criterios para determinar la tenencia en favor de alguno de los progenitores y la valoración de la opinión de los menores en los procesos de tenencia lo siguiente:

***Noveno.** Que, establecidos los parámetros legales antes señalados, se observa que, 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. Lo mismo que se ha dicho sobre el artículo 4.1 debe señalarse con respecto al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, la opinión de los menores es importante, pero debe ser evaluada con el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que conviene al menor. (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2013)*

En esa línea, considero que, en el presente caso, el juez de primera instancia ha resuelto correctamente la controversia, toda vez que se ha comprobado que la continuación de la convivencia de los menores con el padre (demandado), no resulta ser lo más favorable, en atención al interés superior del niño, dado que esto se ha acreditado a través de los medios probatorios actuados en el proceso, tales como los informes psicológicos y sociales, así como de la declaración de los menores. Debido a que el ambiente donde se vienen desarrollando los menores no es el más recomendable, dado a que el trabajo del demandado no le permite pasar más tiempo con sus hijos, ni atender personalmente su necesidad educativa y de formación, ya que como lo ha manifestado su hijo mayor, ellos solo lo ven los jueves y viernes, quedándose al cuidado de terceros el resto de los días y aunado a ello, la personalidad del demandado no

brindan la seguridad de que los niños se desarrollen de manera integral, mientras que la demandante ha demostrado no solo querer tener la tenencia de sus hijos, sino que también ha buscado la manera de estar con ellos y brindarles en el poco tiempo que pasa con ellos, el amor y cuidado de madre que necesitan. Asimismo, del informe social practicado en el domicilio del demandado se puede apreciar que este no cuenta con un ambiente separado para sus menores hijos, ya que estos comparten habitación, los mellizos duermen con su abuela paterna mientras que su hijo mayor duerme con su padre (el demandado), cosa contraria sucede con la accionante, la cual cuenta con un ambiente propio, medianamente adecuado, con un dormitorio especialmente para los niños.

3.2. Posición respecto de la sentencia emitida en segunda instancia

▪ Resumen del Recurso de Apelación formulado por el demandado

Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2014, el señor C. E. P. M., presenta el recurso de apelación contra la sentencia contenida en la Resolución N.º 21 de fecha 10 de octubre de 2014, con la finalidad que la misma sea revocada, y se declare infundada la demanda de tenencia, en base a los siguientes fundamentos:

- La A quo no ha tenido en cuenta que la tenencia de hecho la ha venido ejerciendo el recurrente, por la razón de que su madre, la ahora demandante, abandono el hogar conyugal con fecha 20 de Julio del 2012 hasta la actualidad y durante tal periodo no viene acudiendo una pensión alimenticia favor de mis hijos, coligiéndose que con el presente proceso es solo para eludir responsabilidad alimentaria.
- No se ha tenido en cuenta al momento de sentenciar, que el recurrente nunca impidió que sus tres menores hijos, tengan contacto con su madre, habiendo continuado de manera regular la relación materno filial entre ambos, y al disponer la A quo en la sentencia aludida que la tenencia y custodia de mis tres menores hijos lo ejerza su madre doña M. K. R. M., se está vulnerando el derecho de mis tres hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
- La A quo ha interpretado de manera errónea el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente.
- No se ha valorado todos los extremos contenidos en el Protocolo de Pericia

Psicológica N 000059-2014–PSC. Por otro lado, es importante precisar que por un grave error cometido por la psicóloga, esta señala, que el recurrente presenta características de personalidad narcisista y pasivo agresivo, situación por la cual la A quo en el considerando décimo octavo, de la sentencia cuestionada, indica que la personalidad del demandado no brindan seguridad a esta judicatura que los niños se desarrollen de manera integral hecho que es completamente falso.

- Tampoco se ha valorado, todos los extremos contenidos en el protocolo de Pericia Psicológica N.º 000365-2014-PSC, la misma que fuera practicada a la demandante M. K. R. M., en donde concluye que presenta una personalidad con rasgos pasivos agresivos.
- Asimismo, no ha tenido presente que la separación fue originada por la propia demandante quien abandono el hogar conyugal, tal como se ha acreditado con la copia certificada de la denuncia policial, medio probatorio que no lo ha valorado al sentenciar.
- Hasta la fecha la demandante no cumple obligaciones alimenticias, no pudiendo exigir la demandante sus derechos, situación que no ha sido tomada en cuenta por el A quo al momento de sentenciar.
- Que la A quo no ha tenido en cuenta el Expediente N.º 404-2004, sobre el proceso judicial que se le apertura a la demandante por el delito contra la Administración de Justicia-contrala Función Jurisdiccional-Denuncia calumniosa, ventilado en el Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima.
- La demandante no ha acreditado con documento alguno que perciba la suma de s/. 750.00 nuevos soles, y en cuento al extremo que la demandante cuenta con un espacio propio para poder desarrollarse con hijos resulta ser una apreciación subjetiva de parte de la A quo, toda vez que conforme a lo establecido en el INFORME SOCIAL N.º 05-2014-EM-T8-3JTF-SJM, indica que las condiciones de vivencia de la demandante pueden considerarse medianamente adecuadas para favorecer el desarrollo integral de sus hijos, asimismo se precisa que habita en una vivienda alquilada.
- La A quo comete un grave error al señalar en el considerando décimo octavo: "Que el trabajo que tiene el demandado no le permite pasar más tiempo con sus hijos, ni atender necesidad educativa de formación conforme lo personalmente Bu manifestado por su hijo mayor que ellos solo lo ven los días jueves y viernes " situación que no es acorde a la realidad de los hechos , porque el recurrente

los días que descansa Jueves y viernes se dedica por completo al cuidado de sus tres menores hijos, y los días en que labora sus tres menores hijos se quedan al cuidado de su abuela paterna y hermana mayor Katy, asimismo, los días en que laboro también estoy pendiente de ellos.

- El A quo no ha señalado las razones por que declara fundada la demanda de tenencia, solo hace mención a las pruebas actuadas a favor de la demandante desconociendo los medios probatorios que favorecen al recurrente, conforme a lo establecido en el artículo 197 ° del Código Procesal Civil, habiendo vulnerado el derecho a una valorización conjunta y razonada de las pruebas actuadas.

- Resumen de la Sentencia de Vista

La Sala Civil de Chorrillos de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur a través de la Sentencia de Vista contenida en el Resolución N.º 03, de fecha 15 de mayo de 2015 confirmo la resolución sin número emitida por la audiencia única que rechaza los medios probatorios del demandado, respecto del Expediente Civil N.º 953-2013, y el Expediente Penal N.º 464-2004. Asimismo, revoca la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda, y reformándola declara fundada en parte la demanda de Tenencia de menores de edad, ordena, establecer la Tenencia Compartida a favor de ambos padres. La madre demandante tendrá la tenencia y custodia de los menores los días sábados desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la noche del domingo con externamiento. Asimismo, podrá visitar a sus tres hijos los días lunes, martes y miércoles desde las cinco de la tarde hasta las nueve de la noche, sin externamiento. Por otro lado, el padre demandado, tendrá la tenencia y custodia de sus hijos los demás días de la semana, debiendo facilitar las visitas domiciliarias a la demandante los días lunes a miércoles.

Como principal argumento, respecto al rechazo de los medios probatorios del demandado (Expediente Civil N.º 953-2013, y el Expediente Penal N.º 464-2004), la Sala Civil del Chorrillos estableció que no se acreditó, con copias de los actuados, la existencia de dichos procesos, conforme a lo indicado en el artículo 196 del Código Procesal Civil, y es en mérito a ello que confirma lo resuelto por el A quo.

Por otro lado, respecto a la apelación de la sentencia, la Sala Superior comenzó a analizar los motivos de la separación de las partes procesales esto en relación a uno de los puntos indicados por el recurrente, la cual está referido a que viene ejerciendo la tenencia de hecho desde que la demandante hizo abandono de hogar hasta la

actualidad; en razón a ello la Sala Superior determino que los supuestos maltratos físicos y psicológicos mencionados por la demandante, como justificación de haber dejado su hogar y a sus hijos no están acreditados con pruebas suficientes, pues la denuncia policial por retiro de hogar es una denuncia unilateral no corroborada con otros medios probatorios, valorándose además que dicha denuncia no derivó en un atestado policial donde existan otras pruebas de investigación policial, tampoco se ofreció copias de denuncias por violencia familiar, fotografías de lesiones, declaración de testigos o vecinos del hogar conyugal que Informen sobre la conducta agresiva del demandado, valorando el Colegiado el retiro injustificado del hogar conyugal efectuado por la demandante.

Fluye del Informe Social N.º 08-2014, efectuado en el domicilio del demandado que, en el rubro "Situación Familiar" se anota que la madre (demandante) puede visitar a sus tres hijos por dos horas semanales con supervisión de la hermana del padre, no puede sacarlos a pasear, por temor que no los devuelve; evidenciándose que el demandado ha impuesto un régimen de visitas demasiado riguroso y por breve tiempo que debe cumplir la demandante, desvirtuándose así sus argumentos impugnatorios, ya que tales restricciones de visitas sin externamiento por solo dos horas a la semana dificultan una adecuada y eficaz comunicación entre la madre demandante con sus menores hijos.

Respecto del otro argumento del demandado que, la sentencia vulnera el derecho de sus tres hijos a crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral material, no está acreditado con medios probatorios que demuestren alguna situación de inmoralidad de la madre demandante, o de actos contra el honor y las buenas costumbres imputables a la demandante, que pongan en riesgo la integridad moral y una buena formación de sus hijos menores de edad.

Fluye del Informe Social N.º 05-2014, realizado en el domicilio de la actora que, está laborando como Supervisora de Productos Delice en Supermercados de Lima percibiendo una remuneración de setecientos cincuenta nuevos soles mensuales, además sus padres le envían ciento cincuenta dólares mensuales, cuenta con familiares que viven en cercanías, y que inclusive dejaría de trabajar para atender a sus hijos, concluyéndose en este informe que las condiciones de vivencia de la demandante pueden considerarse medianamente adecuadas para favorecer el desarrollo integral de sus hijos.

Por otro lado, respecto al argumento del apelante de que no se ha valorado el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 059-2014-PSC; se puede determinar que la Juzgadora en los fundamentos noveno y décimo, valora las pericias psicológicas practicadas a ambos padres, de acuerdo a la sana crítica prevista en el artículo 197 del Código Procesal Civil realiza una valoración conjunta, señalando que la madre demandante es la progenitora más idónea para la tenencia de los hijos, debido a que las obligaciones laborales del demandado, no le permite asumir su responsabilidad de padre como debe ser, dejando a su hijo mayor en la casa de su hermana, y a sus hijos mellizos en otro inmueble; además el demandado muestra una personalidad narcisista pasivo agresivo, y se han evidenciado factores de manipulación en su persona, pero no lo descalifican como padre responsable respecto a sus menores hijos. Evidenciándose de este modo, que la Juzgadora si ha evaluado las condiciones personales del demandado en relación a la pericia psicológica que le han practicado.

Los indicados rasgos de personalidad narcisista, y pasiva-agresiva del demandado, no han sido desvirtuados por el demandado con otro informe psicológico, que de ser el caso hubiese conllevado a un debate pericial psicológico, conforme a lo previsto en el artículo 264 del Código Procesal Civil, en este contexto resulta insubsistente su argumento de apelación al negar el demandado tales rasgos de su personalidad, sin sustentar con pruebas técnicas dicha aseveración.

El Colegiado valora lo expuesto en las conclusiones de la pericia psicológica del demandado, que se evidencia responsabilidad, cuidado y adecuado vínculo afectivo, lo cual favorece a un desarrollo emocional saludable de sus hijos; también se tienen en cuenta las labores del incoado de Supervisor en Tiendas "Metro".

En esa línea, el Colegiado concluye que ninguna de las pericias psicológicas desmerece a las partes procesales para que ejerzan la tenencia y custodia directa de sus menores hijos, ambos progenitores se encuentran psicológicamente hábiles para asumir la tenencia y el cuidado de sus hijos, resaltándose en las pericias su interés en asumir el cuidado y orientación de sus hijos, sin embargo también deberán someterse a evaluación y tratamiento psicológico en un centro de salud , conjuntamente con sus menores hijos para superar los traumas que han generado en ellos la separación de sus padres y el quiebre de la familia nuclear.

Por otro lado, señala el recurrente, que no se ha valorado que la demandante fingió, un autosequestro para exigir dinero al recurrente y pagar sus deudas de tarjeta

de crédito; revisada la sentencia se constata que no se ha valorado expresamente este hecho, acreditados con los reportes periodísticos de fojas, de fecha cuatro de Diciembre de dos mil cuatro (2004), además ha sido reconocido por la incoada al prestar su declaración de parte en la audiencia única, respondiendo a la sexta pregunta del pliego interrogatorio. El Colegiado establece que el autosequestro ejecutado por la accionante llevándose a su menor hijo de dos años de edad para exigir dinero a su esposo, es un hecho grave que afecta sensiblemente a la estabilidad familiar, contradice la conducta de la actora y su rol de madre, desvirtuándose sus argumentos expresados en la demanda que los primeros años del matrimonio han convivido con normalidad, pero también se evalúa que son hechos antiguos ocurridos hace casi diez años, que han sido perdonados por el demandado, superando tales problemas familiares las partes procesales, inclusive continuando la convivencia posteriormente procrearon a sus dos últimos hijos nacidos el siete de Julio de dos mil nueve (2009), que consta en las partidas de nacimientos, hechos que se valorarán en conjunto por el Colegiado.

En cuanto a la vivienda de ambas partes procesales, el Colegiado considera que, ambas partes viven en departamentos alquilados, y que ambas viviendas reúnen las condiciones mínimas necesarias para ejercer la tenencia y custodia directa de los hijos menores, según fluye de los Informes sociales.

Por otro lado, en el informe social de las condiciones personales de la demandante, se anota que sus padres residen en los Estados Unidos y en la apreciación final consta que la demandante cuenta con familiares que viven en las cercanías, empero no se menciona quiénes son estas personas ni dónde están ubicados sus domicilios, datos que son indispensables en los casos de tenencia de menores de edad para resguardar su integridad física y moral.

Conforme al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes: El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente , en este contexto es ilustrativa la Casación No.1279-2000-Piura: "Una de las manifestaciones del interés superior del niño, implica el derecho del menor a ser oído y valorar su opinión a fin de concluir que es lo más beneficioso para él, pues el menor participa en el proceso para esclarecer cuál es la persona más idónea afectivamente para mantener su tenencia".

En merito a lo anteriormente indica y en base a la valoración de las pruebas relacionadas, especialmente los informes psicológicos y las declaraciones de los

menores, el Colegiado decide que los tres menores deberán continuar bajo la tenencia y cuidado directo del padre demandado, de otro lado, sopesando el horario de labores del demandado, y que ambas partes procesales tienen sus domicilios habituales en el Distrito de San Juan de Miraflores, se optará por determinar la tenencia compartida de los menores.

- Postura

Sobre la Sentencia de vista, de acuerdo a los actuados, la Sala Superior ha considerado que se revoque la sentencia de primera instancia (que declara fundada la demanda), y reformándola declara fundada en parte la demanda de Tenencia y ordena establecer la Tenencia Compartida a favor de ambos padres. La cual será ejercida por la madre los días sábados desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la noche con externamiento y el padre lo tendrá los demás días; asimismo, se precisa que la madre podrá visitar a sus tres hijos los días lunes, martes y miércoles desde las cinco de la tarde hasta las nueve de la noche, sin externamiento. Sin embargo, considero que el Ad quem, no ha tomado en cuenta que los períodos cortos de tenencia compartida, atentan gravemente contra la estabilidad de un niño, pues este, debe tener una idea y concepción estable de un hogar.

De acuerdo a ello, nos comenta Acosta Rodríguez (2017), en la investigación titulada: “La aplicación del principio de interés superior del niño, al fijarse la tenencia compartida en periodos cortos” lo siguiente:

“Al fijarse la tenencia compartida en periodos cortos soslayando el principio del interés superior del niño (principio base y objeto de análisis para determinar si debe otorgarse la tenencia compartida), surge un problema, cuyos efectos recaerían específicamente contra el niño; esto es, una afectación directa al desarrollo integral del mismo.” (pág.11)

Al respecto nuestro sistema jurisdiccional también ha emitido pronunciamientos sobre la figura jurídica en análisis (Tenencia Compartida), tanto es así, que se ha generado un Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de familia realizado en La Libertad, en cuyo numeral 11 se concluyó:

“La tenencia compartida en periodos cortos atenta gravemente contra la estabilidad de un niño pues debe tener la idea y concepción estable de un hogar, entender la separación de hecho de sus padres y aceptar el régimen de visitas. La

tenencia compartida es recomendable en periodos largos, con la debida preparación a los padres y al niño o adolescente, y con seguimiento del equipo multidisciplinario para que no atente gravemente la estabilidad del hijo". (Corte Superior de Justicia de La Libertad , 2007)

Por otro lado, no concuerdo con el Ad quem en haber establecido la tenencia compartida a favor de ambos padres, debido a lo evidenciado, esencialmente, en los informes psicológicos, sociales y las declaraciones de los menores, se puede establecer que los padres no tienen una relación de colaboración y coordinación constante lo cual es fundamental, toda vez que, con ello, puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor. Un ejemplo de la falta de colaboración y coordinación constante es lo que Fluye en el Informe Social N.º 08-2014, efectuado en el domicilio del demandado, en la cual se anota que: "la madre (demandante) puede visitar a sus tres hijos por dos horas semanales con supervisión de la hermana del padre, no pudiendo sacarlos a pasear; evidenciándose con ello que **el demandado ha impuesto** (con ello se demuestra la falta de colaboración y coordinación) un régimen de visitas demasiado riguroso y por breve tiempo que debe cumplir la demandante, y con ello dificulta una adecuada y eficaz comunicación entre la madre demandante con sus menores hijos.

En nuestro sistema jurisdiccional también se ha emitido pronunciamiento sobre lo anteriormente acotado, la cual se encuentra recogida en la Casación 3767-2015, Cusco, que nos señala:

"Asimismo, siendo que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre éstos exista -o sea probable- una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres". (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2016)

Asimismo, considero que el Ad quem no ha aplicado el Principio del Interés

Superior del Niño, principio preponderante en todo proceso que este inmerso los derechos fundamentales de los menores, por cuanto iré explicando en los siguientes párrafos.

Respecto al Principio del Interés Superior del Niño la Casación N° 563-2011, establece lo siguiente:

“Debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo y la calidad o nivel de vida adecuado el cual nos trae como consecuencia, que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos” (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2011)

Pues bien, siguiendo con ello, el Ad quem en la Resolución N°03 de fecha 15 de mayo del 2015, menciona entre líneas lo siguiente “(...) en la tenencia compartida la permanencia y convivencia con uno de los padres es más espaciada, lo que permite asumir nuevos roles y funciones tanto a los padres como a los hijos, **también los padres tienen más tiempo para velar por sus propios intereses personales, lo importante de compartir la tenencia es que ningún queda periférico respecto de la crianza de sus hijos y que los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los padres(...)**”; con lo cual se puede apreciar que dicha tenencia compartida es establecida en razón a que ambos padres mantenga contacto con los hijos, así como también en razón a otros aspectos personales, y no en mérito al Principio del interés superior del niño; toda vez que de los medios probatorios actuados en el proceso, tales como los informes psicológicos y sociales, así como de la declaración de los menores, se puede inferir que la continuación de la convivencia de los menores con el padre (demandado), no resulta ser lo más favorable, en atención al interés superior del niño, ya que el trabajo del demandado no le permite pasar más tiempo con sus hijos, ni atender personalmente su necesidad educativa y de formación, ya que como lo ha manifestado su hijo mayor, ellos solo lo ven los jueves y viernes, quedándose al cuidado de terceros el resto de los días y aunado a ello, la personalidad del demandado no brindan la seguridad de que los niños se desarrollen de manera integral; es por ello que considero que la tenencia compartida, se estableció sin tomar en cuenta el principio interés superior del niño, toda vez que no era factible otorgarle también, en merito al análisis realizado, el ejercicio de la tenencia al demandado.

Por otro lado, se puede señalar que el Ad quem confunde en establecer a favor

de la madre tenencia y custodia compartida “con externamiento”, toda vez que dicho termino (señalado entre comillas) es utilizado en los temas de régimen de visita.

En razón a lo indicado anteriormente, es importante precisar que para (Arévalo Pinchi, 2019), la diferencia que existe entre la figura de tenencia compartida con régimen de visita con externamiento es la siguiente:

“Si bien la institución del Régimen de Visitas con externamiento y la tenencia compartida pueden presentar ciertas similitudes por cuanto en ambos supuestos uno de los padres podrá llevar consigo al menor con mayor libertad que un régimen de visitas sin externamiento; no obstante, es necesario recalcar algunas diferencias entre el mencionado régimen de visitas y la tenencia compartida. Así se puede advertir que, en el caso de régimen de visitas con externamiento, el padre o madre sujeto al mismo, al verse limitado a los términos en que este se ha fijado judicialmente o por acuerdo conciliatorio, se encuentra con mayores dificultades en cuanto a la toma de decisiones respecto a algunos aspectos sustanciales de la vida de su hijo, tales como pueden ser el dónde vivir o estudiar, dependerá aun así de las buenas relaciones que los padres mantengan. En la tenencia ambos padres tienen el deber de tomar decisiones de forma coordinada, por eso necesariamente entre ellos debe existir un trato respetuoso, de comunicación por el bienestar de los hijos; a diferencia del régimen de visitas con externamiento, la tenencia compartida otorga este derecho a ambos padres”. (pág. 67-68)

Siguiendo esa línea es importante señalar las modalidades de régimen de visitas, las cuales según (Del Aguila LLanos, 2019) nos señala lo siguiente:

“La modalidad del régimen visitas fijados en la conciliación o vía sentencia judicial tras un largo proceso puede ser fijado en dos modalidades: 1.-Con externamiento, esto quiere decir que el progenitor solicitante del régimen de visitas deberá recoger a los menores hijos e hijas del hogar del otro progenitor al inicio del tiempo de visitas, existiendo la posibilidad de que pueda llevarlos al lugar donde decida el solicitante. 2.-Sin externamiento, esta modalidad de régimen de vistas involucra que el progenitor que realice la visita deba acudir al domicilio del otro progenitor para que dentro del citado inmueble pueda ejecutar la visita que se pueda haber acordado vía conciliación o dispuesto mediante sentencia expedida por el juez”. (pag.63-64)

En merito a todo lo analizado anteriormente, concluyo que el Ad quem en todo

momento ha debido de priorizar y preponderar el interés superior del niño, pues es su labor primordial en estos tipos de procesos, puesto que se busca que, a pesar de los problemas surgidos entre los progenitores, el proceso no conlleve a un problema mayor.

3.3. Posición respecto de la Ejecutoria Suprema expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República

▪ Resumen del Recurso de Casación interpuesto por el demandante

Con fecha 15 de junio de 2015, M. K. R. M. interpone el recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, que revoca la sentencia apelada de fecha 10 de octubre de 2014 y reformándola la declara fundada en parte, estableciendo la tenencia compartida a favor de ambos padres, en virtud a los siguientes argumentos:

- Infracción del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente indica, que la Sala no ha considerado ni corroborado el estado de los menores, quienes se encuentran felices y a gusto con su madre, asimismo, señala que son los padres quienes toman las decisiones en un tenencia compartida, por lo cual la abuela y la tía no deberían participar de dicha tenencia, en razón a ello estiman que la Sala ha vulnerado el derecho a la integridad física y mental y el derecho a la educación de los tres menores, al dejar a los niños por tres días al cuidado de la abuela, quien tiene un estado de salud débil, camina con bastón de cadera y por otro lado, la tía tiene dos hijos adicionales. Precisa que en este extremo se debe tener en cuenta el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificado por el Perú, según el cual el niño que este separado de uno de los padres tiene derecho a mantener relaciones personales con él, salvo si ello es contrario al interés el niño.
 - Vulneración de las normas del debido proceso e infracción del artículo 197 del Código Procesal Civil, la recurrente argumenta, que la sentencia de vista no ha fundamentado los argumentos por los que considera que debe tener tenencia compartida.
 - Apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio, dado que la Sala no ha tenido en cuenta el efecto vinculante del mencionado pleno, referente al criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción.
- Resumen de la Ejecutoria Suprema

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N.º 2309-2015-LIMA SUR, de fecha 12 de abril de 2016, resuelve declarar fundado el recurso de casación, en consecuencia, nula la sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, y actuando en sede de instancia confirma la sentencia de primera instancia de fecha 10 de octubre de 2014, que declaró fundada la demanda, y dispuso que la tenencia y custodia de los menores de edad, deberá ser ejercida por la madre M. K. R. M., asimismo, dispone que deberá de cumplirse con lo demás que contiene en dicha sentencia confirmada.

La Sala Suprema resolvió de esa forma debido a que observa, que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que 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, más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior.

Así, del examen de autos, la Sala Suprema advierte que el Colegiado Superior no tomó en cuenta los siguientes factores:

- Que los menores son cuidados y atendidos por familiares, no teniendo comunicación con su progenitor por períodos prolongados de tiempo, lo cual es corroborado por el Protocolo de la Pericia Psicológica y las referenciales, realizadas al menor C. A. P. R., así como del Protocolo de la Pericia Psicológica realizada al niño M. A. P. R..
- En base a los Protocolos de las Pericias Psicológica realizados a los tres menores, se establece que no se evidencian indicadores de afectación emocional compatibles al maltrato psicológico (por parte de sus progenitores) y que existe identificación con ambas figuras, no encontrándose indicadores de síndrome de alienación parental.
- De los Informes Sociales, practicado tanto a la demandante como al demandado, respectivamente, se determinó que la demandante cuenta con dos dormitorios, uno especialmente para los niños, mientras que el demandado no cuenta con un ambiente separado, sino que comparten habitación, debido a que sus hijos

mellizos (M. A. y M. F.), duermen con su abuela paterna, mientras que el hijo mayor (C. A.) duerme con su padre; los cuales aspectos que sí fueron merituados por el Juzgado de Primera Instancia.

- Si bien se acredita que ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones favorables para ejercer la tenencia de los menores, no se puede dejar de advertir que el tiempo del padre se ve limitado por su trabajo, lo cual no le permite prestarle un mayor nivel afectivo a sus hijos, y de cuidado inmediato, menos atender personalmente sus necesidades educativas y de formación, las cuales han sido asumidas por familiares del demandado, mientras que la madre dispone del tiempo necesario para cubrir tales necesidades de manera personal, brindándoles seguridad, asistencia y protección, y de esta manera asegurar el desarrollo integral de los menores, lo cual se encuentra respaldado en lo señalado en la Pericia Psicológica realizada a la demandante y en la voluntad de los menores, en virtud de lo establecido por los artículos 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, quienes no han manifestado rechazo alguno a la madre, por el contrario también han demostrado apego hacia su progenitora, conforme así se aprecia de las declaraciones brindadas por estos.
- En base a lo anteriormente analizado la Sala Suprema advierte la vulneración de las causales denunciadas, por los cuales estima el recurso de casación de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil.
- Postura

De acuerdo con el recurso de casación interpuesto por la demandante, la infracción normativa invocada, es respecto al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, asimismo, se establece que hay una vulneración de las normas del debido proceso e infracción del artículo 197 del Código Procesal Civil y apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio.

Como he señalado en los acápites precedentes, en el artículo 81 se dispone que es indispensable para la solución de estos casos, considerar fundamentalmente, el Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente; tal y como lo señala la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 4881-2009:

Noveno. - Que, por último, en cuanto a la causal de interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, se debe tener en cuenta que en virtud a esta disposición el Juez se encuentra facultado a resolver la tenencia

a fin de salvaguardar lo favorable para el menor, siendo en este caso que debe prevalecer el principio del interés superior del niño. (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica, 2011).

Respecto al Principio del Interés Superior del Niño la Casación N° 563-2011, establece lo siguiente:

“Debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo y la calidad o nivel de vida adecuado el cual nos trae como consecuencia, que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos” (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2011)

En esa línea la Sala Suprema estima que el Ad quem no ha tomado en cuenta algunos factores establecidos tanto en los informes de las pericias psicológicas y sociales realizadas a las partes procesales, como a los menores de edad; con la cual recién se podría dar una decisión determinante y motivada, dentro de los parámetros del Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

Hay que recalcar que la Sala Suprema, hizo el análisis de dichos factores, que no se ha tomado en cuenta de los informes, en mérito a que se evidencia que en los argumentos expuestos en la sentencia de vista tienen apariencia de constituir una fundamentación razonada de lo decidido, cuando en realidad resulta inapropiado para justificar la decisión adoptada en ella por la Sala Superior, por estar fundadas en una apreciación parcial y subjetiva de la controversia; en consecuencia, siendo ello así, se hace precisión que el referido pronunciamiento cuestionado confirma la vulneración de las causales denunciadas, a fin de garantizar la conjunta y razonada valoración de todos los medios probatorios aportados por ambas partes a efectos de comprobar determinados hechos para resolver con mayor solvencia el caso y con la mayor objetividad posible; para ello es oportuno citar la Casación N° 1752-2016 que establece lo siguiente:

SEGUNDO. - En ese contexto, debe precisarse que el artículo 197 del Código Procesal Civil dispone que: «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión». Hay en esta norma un mandato de exhaustividad en la valoración de la prueba y una obligación de expresar los elementos y las

razones que justifican la importancia de determinada prueba en el juicio. De esto se desprende también que existe una diferencia esencial entre valorar la prueba y motivarla, así, no debe «confundirse valoración de la prueba con la motivación de dicha valoración (...) la motivación es simplemente, al menos en cuanto a la parte probatoria, la expresión de dicha valoración, de porqué unos medios probatorios le merecen al Juez mayor o menor valor, certeza y credibilidad».

TERCERO. - Una sentencia judicial que no contenga motivación, o la contenga solo de modo aparente, sobre la valoración de los medios probatorios, implica también una sentencia que contiene una infracción procesal por afectación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En ese sentido, esta Corte Suprema ha señalado que el debido proceso «constituye una garantía establecida en el artículo 139 incisos 3 de la Constitución Política del Estado, cuya vulneración es sancionada de ordinario con la nulidad procesal, configurándose cuando no se ha respetado el derecho de las partes a acudir al órgano jurisdiccional en procura de tutela efectiva, cuando se transgrede el derecho de defensa de las partes, el de ser oídos, de producir prueba, de formular los medios impugnatorios y de obtener una sentencia motivada en hechos y en derecho con sujeción a los actuados (...)». Concordante con ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que «la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado.

*(...) SETIMO. - **Es claro que las competencias de la Corte Casatorio no inciden en la valoración de la prueba sino en su motivación. en cuanto implica una garantía procesal y un ejercicio esencial de la jurisdicción que consiste en explicitar las razones que permitieron a los Jueces de mérito dar valor y eficacia**, o en su caso, negarles valor a determinados medios probatorios». (subrayado es nuestro) (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2017)*

Es por ello, que, en razón a lo anteriormente analizado, coincido con el criterio esbozado por la Corte Suprema de Justicia de la República en el presente caso, toda vez que ha resuelto correctamente – actuando como sede instancia – confirmar la sentencia de primera instancia, dado que se habría acreditado que lo más favorable para la menor, desde un análisis amplio del desarrollo integral de los menores, es que su madre mantenga la tenencia.

4. CONCLUSIONES

- En los procesos de tenencia, cuando no existe acuerdos entre los padres o el acuerdo es perjudicial para el menor, el juez decidirá, preponderando el principio del Interés Superior del Niño, es decir lo que más le favorezca al menor, ya que de ello va a depender que el menor conviva con el progenitor que mejor le garantice su desarrollo integral, así como una vida digna.
- El juez tendrá una labor primordial en estos tipos de procesos, puesto que se busca que a pesar de los problemas surgidos entre los progenitores, el proceso no conlleve a un problema mayor, por tanto se deberá de tener en consideración diversos factores, como el tiempo de convivencia, la edad del menor, su opinión, así también valorar los informes emitidos por el equipo multidisciplinario y los diversos medios probatorios presentados en el proceso , para que la decisiones llegue a ser la más óptima para el menor o los menores, teniendo como función principal velar por su interés superior.
- Para conceder la tenencia compartida se hace necesario que entre los padres exista o sea probable, una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres
- En esa línea, consideró que la sentencia emitida en primera instancia - y, en consecuencia, lo resuelto mediante la Ejecutoria Suprema – es la que bajo mi criterio resolvió de forma correcta la presente controversia puesto que, ha valorado de forma correcta los medios probatorios presentados, dado énfasis en los informes psicológicos, sociales y las declaraciones de la menor, y en conformidad al Principio del Interés Superior del Niño.
- Por último, es necesario enfatizar la necesidad que en todo proceso judicial de tenencia y custodia la decisión debe tener como sustento, además de la valoración conjunta de todos los medios probatorios, lo que resulte más beneficioso para el hijo, más no para el progenitor, como así quedó acreditado en la sentencia de primera instancia.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, B. (2014). *Patria Potestas, Tenencia y alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arévalo Pinchi, C. (2019). *Tenencia Compartida*. Lima: A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.
- Canelo Rabanal, R. (s.f.). El Proceso Único en el Código de los Niños y Adolescentes . *Derecho y Sociedad* , 63-65.
- Cerquín Huamán, D., & Huaccha Cachi, E. F. (2019). Criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en el Perú (Tesis de Pregrado). Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Claudia Elizabeth, A. R. (2017). “*La aplicación del principio de interés superior del niño, al fijarse la tenencia compartida en periodos cortos*”. Obtenido de http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/3087/1/REP_DE_RE_CLAUDIA.ACOSTA.APLICACION%20DEL%20PRINCIPIO.INTER%20SUPERIOR.NI%20AL%20FIJARSE.TENENCIA.COMPARTIDA.PERIODOS.CORTOS.pdf
- Corte Superior de Justicia de La Libertad . (01 de Diciembre de 2007). Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de familia .
- Del Aguila Llanos, J. C. (2019). *Patria postestad, tenencia y régimen de visitas* . lima: Ubi Lex Asesores S.A.C.
- Placido Vilcachagua, A. (2003). *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 563-2011 (06 de Diciembre de 2011).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (06 de Diciembre de 2011). CAS. 563-2011, LIMA.
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (10 de Septiembre de 2013). CAS. 1961-2012.
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (16 de Marzo de 2017). CAS. N° 1752-2016, LIMA.
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica. (5 de Abril de 2011). CAS. N° 4881-2009, AMAZONAS.
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (8 de Agosto de 2016). CAS. N° 3767-2015, CUSCO.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2019). 04937-2014-PHC/TC.

6. ANEXOS

Los anexos que se adjuntan al presente informe, de acuerdo con la naturaleza del expediente son los siguientes:

- 6.1. Copia simple de la demanda de tenencia bajo el expediente N° 954-2013 y sus respectivos anexos.
- 6.2. Copia simple de la contestación de la demanda y sus respectivos anexos.
- 6.3. Copia simple del Acta de Audiencia Única
- 6.4. Copia simple de los Informes Psicológicos y Sociales practicados a las partes y a la menor.
- 6.5. Copia simple del Dictamen Fiscal N° 936-2014
- 6.6. Copia simple de la Sentencia de primera instancia.
- 6.7. Copia simple del Recurso de apelación.
- 6.8. Copia simple del Dictamen Fiscal Superior N° 60-2015
- 6.9. Copia simple de la Sentencia de segunda instancia.
- 6.10. Copia simple del Dictamen Fiscal Supremo N° 03-2016-MP-FN-FSC
- 6.11. Copia simple de la resolución de la Corte Suprema.
- 6.12. Copia simple de la resolución que declara consentida o ejecutoriada la sentencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

Principio del Interés Superior del Niño, en los Casos de Tenencia de Menor: La tenencia constituye uno de los atributos que confiere la patria potestad, esto es, el derecho de los padres al cuidado de sus hijos, asegurando la protección y desarrollo de los mismos; y que se encuentra regulada en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes (...); y, en tal sentido, será indispensable para la solución de estos casos, considerar fundamentalmente, el Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente. Artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes.

Lima, doce de abril de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: -----

VISTA: la causa número dos mil trescientos nueve – dos mil quince; en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha, con los Señores Jueces Supremos: Tello Gilardi – Presidenta, Del Carpio Rodríguez, Rodríguez Chávez, Calderón Puertas y De La Barra Barrera; luego de producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia.

1.- MATERIA DEL RECURSO:

El recurso de casación interpuesto por la demandante [REDACTED], de fecha 15 de junio de 2015, obrante a folios cuatrocientos diecinueve, contra la sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, de folios trescientos ochenta y seis, que revoca la sentencia apelada de fecha 10 de octubre de 2014, de folios doscientos cincuenta y ocho, que declaró fundada la demanda sobre tenencia y custodia de menores de edad, interpuesta a folios cuatro; y reformándola declaró fundada en parte la citada demanda; en los seguidos contra [REDACTED].

2.- AUTO CALIFICATORIO DE CASACIÓN:

Por resolución de fecha 14 de setiembre de 2015, de folios setenta y tres del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

474

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

cuadernillo de casación formado ante esta Sala Suprema, se declaró procedente el recurso de casación, por las causales de:

S
D
a) **Infracción normativa del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.** La recurrente arguye, que la Sala no ha considerado ni corroborado el estado de los menores hijos de la actora, quienes se encuentran felices y a gusto con su madre; asimismo señala que son los padres quienes toman las decisiones y no que la abuela y la tía participen de la tenencia compartida; con lo que, la Sala ha vulnerado el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la educación de los tres menores al dejar a los niños por tres días al cuidado de la abuela, quien tiene un estado de salud débil, camina con bastón de cadera y la tía que tiene dos hijos adicionales; pese a que la actora tiene bajo cuidado a sus hijos, bien educados y siguiendo lo establecido por el Juez de Familia. Precisa que, en este extremo se debe tener en cuenta el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificado por el Perú, según el cual el niño que esté separado de uno de los padres tiene derecho a mantener relaciones personales con él, salvo si ello es contrario al interés del niño.

c
f
b) **Vulneración de las normas del debido proceso e infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil.** La recurrente argumenta, que la sentencia de vista no ha fundamentado los argumentos por los que considera que debe tener tenencia compartida, la cual no guarda relación con la actual convivencia de la madre con sus tres hijos, sin haber solicitado las visitas por parte del padre y las terapias psicológicas que se llevan a cabo por parte de los menores con su madre, desde febrero de dos mil quince y las firmas de conformidad que acreditan que el padre los recoge con externamiento; disponiéndose una tenencia compartida sin tener en cuenta la actual situación de los tres menores, que viven con la madre quien con un cariño natural les imparte la educación y cuidado que merecen sin perjudicar las visitas con externamiento que realiza el padre los días viernes, que es el único día que se

475

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

encuentra libre. Acota que, la Sala de manera contradictoria indica que los padres deben compartir la tenencia sin que ningún padre quede periférico respecto de la crianza, sin embargo, se contradice al indicar que la madre puede visitar a los menores los días lunes, martes y miércoles sin externamiento; lo que perjudica a los menores quienes no saben el motivo de tantos cambios. Acota que la sentencia no se encuentra debidamente motivada, al no haberse expresado la explicación, justificación y argumentación para adoptar una tenencia compartida. De todo lo cual se concluye que la Sala no ha realizado una valoración conjunta de la prueba aportada, contraviniendo lo dispuesto en la norma denunciada.

c) **Apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio Civil.** Dado que, la Sala no ha tenido en cuenta el efecto vinculante del mencionado pleno, referente al criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción.

3.- CUESTION JURÍDICA A DEBATIR:

La controversia se ciñe en determinar si se han transgredido las reglas del debido proceso, las normas procesales referidas a la valoración probatoria, el principio del interés superior del niño, y si hubo un apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio Civil.

4.- FUNDAMENTOS:

4.1. Según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley número 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (finalidad nomofiláctica y uniformizadora, respectivamente); precisado en la Casación número 4197-2007/La Libertad¹ y Casación número 615-

¹ DIARIO OFICIAL "EL PERUANO": Sentencias en Casación, Lunes 31 de marzo de 2008, páginas 21689 a 21690.

476

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

2008/Arequipa²; por tanto, este Tribunal Supremo, sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir su deber de pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes.

4.2. Siendo del caso anotar, que el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva están consagrados en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado, y tienen estrecha vinculación con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, regulado por el inciso 5) del citado artículo, en tanto garantiza a los justiciables que los Jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa; así como, la exigencia de una adecuada valoración de los medios probatorios.

4.3. Que, la exigencia que las resoluciones judiciales sean motivadas, por un lado, informa sobre la forma como se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y por otro, constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa. Incluye en su ámbito de protección el derecho de tener una decisión fundada en Derecho. Ello supone que la decisión esté basada en normas compatibles con la Constitución, como en leyes y reglamentos vigentes, válidos y de obligatorio cumplimiento³.

4.4. Antes de ingresar a analizar las causales de la casación, resulta necesario,

² DIARIO OFICIAL "EL PERUANO": Sentencias en Casación, Lunes 31 de marzo de 2008, páginas 23300 a 23301.

³ LANDA ARROYO, César. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Academia de la Magistratura. Lima, volumen 1, 2012.

47

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

tener presente los antecedentes del caso, así tenemos:

a) [REDACTED] interpone demanda sobre tenencia y custodia de sus menores hijos [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED], de diez y cuatro años de edad, respectivamente, dirigiéndola contra [REDACTED]; y que fuera amparada mediante sentencia de fecha 10 de octubre de 2014, a folios doscientos cincuenta y ocho.

b) La Sala Superior, mediante sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, de folios trescientos ochenta y seis, revocó la sentencia apelada, y reformándola declaró fundada en parte la citada demanda, estableciendo la tenencia compartida a favor de ambos padres.

4.5. De lo expuesto y del análisis de las causales con relación a la sentencia de vista, los fundamentos que la sostienen están dirigidos a establecer la tenencia de los niños [REDACTED] (10 años), [REDACTED] (4) y [REDACTED] (4), siendo necesario para la solución de la controversia del presente caso, establecer cuál de los progenitores se encuentra en mejor aptitud o presenta condiciones más favorables para la ejecución de la tenencia en aras al desarrollo y bienestar integral de los niños menores de edad.

4.6. Bajo este contexto, la tenencia constituye uno de los atributos que confiere la patria potestad⁴, esto es, el derecho de los padres al cuidado de sus hijos, asegurando la protección y desarrollo de los mismos; y que se encuentra

⁴ Artículo 74 Código de los Niños y Adolescentes.- Deberes y derechos de los padres.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.

478

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

7

regulada en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes⁵, que expresamente dispone: *“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”*; y, en tal sentido, será indispensable para la solución de estos casos⁶, considerar (fundamentalmente, el *Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente*.

4.7. Cabe precisar, que conforme lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes el niño es sujeto de derechos y de protección específica, por lo que deben ser plenamente garantizados en la decisión judicial, teniendo en cuenta que en todo proceso el Principio del Interés Superior del Niño⁷ no es una simple declaración de intenciones, de carácter abstracto e indeterminado, sino constituye una norma jurídica de reconocimiento universal y de obligatorio cumplimiento, que implica una obligación de la familia, la comunidad, la sociedad y el Estado, para que en toda decisión que se adopte, se logre la máxima satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes o, la menor restricción o afectación de los mismos, más aún si se tiene en cuenta que los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes deben ser tratados como problemas humanos, como así lo establece el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

⁵ Ley N° 27337.

⁶ Tenencia y custodia de menores.

⁷ Principio regulado en el Artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes.

479

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

4.8. Asimismo, con relación a lo antes señalado, es pertinente anotar que el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que: *"El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente"*, norma de aplicación obligatoria, que encuentra concordancia con lo establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: *"1. 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 al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"*.

4.9. En ese sentido, se observa que el interés superior del niño constituye el 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; más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales⁸, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior⁹.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva N° 17/2002 del 28 de agosto de 2002, párrafo 60.

⁹ Ídem, párrafos 101 y 102.

480

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

4.10. Así, del examen de autos, se advierte que el Colegiado Superior no tomó en cuenta los siguientes factores:

(i) Los menores son cuidados y atendidos por familiares, no teniendo comunicación con su progenitor por períodos prolongados de tiempo, lo que se corrobora con el Protocolo de Pericia Psicológica N° 000035-2014-PSC¹⁰, realizado al menor [REDACTED], quien señala respecto al demandado "(...) mi papá llega a las 12 de la noche o 1 de la mañana, yo no lo veo, pero sale a las 11 de la mañana, los sábados y domingos también es así, cuando mi papá tenga sus vacaciones nos vamos a ir a la playa, y tampoco lo veo porque estoy en el colegio, a mí me cuida mi tía, los jueves llega a la 1 p.m.", y el Protocolo de Pericia Psicológica N° 000036-2014-PSC¹¹ practicado al niño [REDACTED], que manifiesta: "(...) yo extraño a mi mamá porque ella viene de otra casa...yo lo extraño a mi papá porque llega de noche...".

(ii) Asimismo, de la referencial brindada por el hijo mayor de los justiciables¹², durante la continuación de audiencia única del 18 de febrero de 2014, señaló que el horario de su progenitor era: "desde las once de la noche hasta las doce de la noche con excepción del día jueves que era desde las seis de la mañana hasta las doce del meridiano".

(iii) Los Protocolos de Pericia Psicológica N° 000035-2014-PSC¹³, N° 000036-2014-PSC¹⁴, y N° 000060-2014-PSC¹⁵, practicados a los menores, concluyen que: "clínicamente no se evidencian indicadores de afectación emocional compatibles a maltrato psicológico (por parte de sus progenitores)", precisando

¹⁰ Folios 120.

¹¹ Folios 130.

¹² Folios 80.

¹³ Folios 120 a 123, practicado al menor Carlos Alfredo Pérez Reynoso.

¹⁴ Folios 130 a 133, practicado al menor Mauricio Alberto Pérez Reynoso.

¹⁵ Folios 135 a 137, practicado a la menor María Fernanda Pérez Reynoso.

48

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

que existe "identificación con ambas figuras paternas", y que "no se encuentran indicadores de síndrome de alienación parental".

(iv) De los Informes Sociales N° 05-2014-EM-TS-3JTF-SJM¹⁶, y N° 08-2014-EM-TS-2JTF-SJM¹⁷, emitidos por la Trabajadora Social del Equipo Multidisciplinario practicado tanto a la demandante como al demandado, respectivamente, se determinó que la impugnante cuenta con dos dormitorios, uno especialmente para los niños, mientras que el emplazado no cuenta con un ambiente separado sino que comparten habitación, así, sus hijos mellizos [REDACTED] y [REDACTED], de cuatro años de edad], duermen con su abuela paterna, mientras que el hijo mayor [REDACTED], duerme con su padre; aspectos que sí fueron merituados por el Juzgado de Primera Instancia.

4.11. Por lo que, estando a lo expuesto precedentemente, se acredita que si bien ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones favorables para ejercer la tenencia de los menores, sin embargo, no se puede dejar de advertir que el tiempo del padre se ve limitado por su trabajo, lo cual no le permite prestarle un mayor nivel afectivo a sus hijos, y de cuidado inmediato, menos atender personalmente sus necesidades educativas y de formación, y que han sido asumidas por familiares del citado demandado, mientras que la madre dispone del tiempo necesario para cubrir tales necesidades de manera personal, brindándoles seguridad, asistencia y protección, y de esta manera asegurar el desarrollo integral de los menores.

4.12. Ello, además encuentra respaldo en lo señalado en el Protocolo de Pericia Psicológica N° 000365-2014-PSC-VF, realizado a la demandante, en el cual se especifica que: "(...), la examinada presenta un vínculo afectivo

¹⁶ Folios 209.

¹⁷ Folios 234.

487

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2309 - 2015
LIMA SUR

S

desarrollado con sus hijos, se preocupa por ellos y su bienestar, ejerce su rol materno en forma positiva, cuidando brindarles seguridad, asistencia y protección. Reconoce en cada uno de ellos sus características individuales y denota esfuerzos por mantener el trato estrecho con los mismos a pesar de las circunstancias actuales"; y en la voluntad de los menores, en virtud de lo establecido por los artículos 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, quienes no han manifestado rechazo alguno a la madre, por el contrario también han demostrado apego hacia su progenitora, conforme así se aprecia de las declaraciones brindadas por estos, a folios ochenta a ochenta y uno.

4.13. En consecuencia, advirtiéndose vulneración de las causales denunciadas, corresponde estimar el recurso de casación de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil.

5. DECISIÓN:

Por tales consideraciones, con lo expuesto en el Dictamen emitido por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Civil, y estando a la facultad conferida por la parte pertinente del artículo 396 del Código Procesal Civil; declararon:

C

5.1. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante [REDACTED], a folios cuatrocientos diecinueve, de fecha 15 de junio de 2015; en consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, de folios trescientos ochenta y seis, emitida por la Sala Civil de Chorrillos de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur; actuando en sede instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha 10 de octubre de 2014, a folios doscientos cincuenta y ocho, que declaró fundada la demanda de folios cuatro y siguientes, y dispuso que la tenencia y custodia de los menores [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED], deberá ser ejercida por su madre [REDACTED], con lo demás que contiene.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

482

CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR

5.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por [REDACTED] contra [REDACTED], sobre Tenencia y Custodia de menor; y, los devolvieron.- Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

SS.

TELLO GILARDI

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

Cgh/Lrr.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DR. J. MANUEL FAJARDO JULCA
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

29 ABO. 2016

J.FAM.TRANS.- SEDE LOS HEROES
EXPEDIENTE : 00954-2013-0-3002-JR-FC-01
MATERIA : TENENCIA
JUEZ : NATIVIDAD CHAUPIS HUARANGA
ESPECIALISTA : ASCAMA MARCA PATRICIA ELIZABETH
MINISTERIO PUBLICO : FISCALIA SUPERIOR,
DEMANDADO : [REDACTED]
DEMANDANTE : [REDACTED]

487

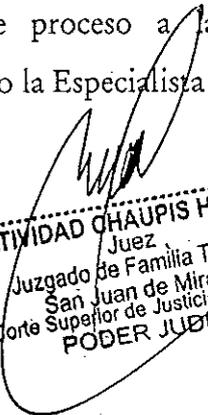
RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTISIETE:

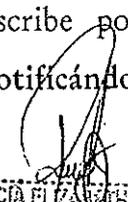
San Juan de Miraflores, veinte de octubre

Del año dos mil dieciséis.-

34

Puesto a Despacho en la fecha; Al oficio (ingreso Nro. 3433-2016): TÉNGASE POR RECIBIDOS los autos provenientes de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República: CÚMPIASE EJECUTORIADO, con conocimiento de los interesados. Avóquese al conocimiento del presente proceso a la magistrada que suscribe por disposición, interviniendo la Especialista Legal que da cuenta; notificándose.-


NATIVIDAD CHAUPIS HUARANGA
Juez
Juzgado de Familia Transitorio
San Juan de Miraflores
Corte Superior de Justicia de Lima Sur
PODER JUDICIAL


PATRICIA ELIZABETH ASCAMA MARCA
Especialista Legal
Juzgado de Familia Transitorio
San Juan de Miraflores
Corte Superior de Justicia de Lima Sur
PODER JUDICIAL