

FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
CIVIL N° 00041-2016-0-1001-JR-FC-03**



**PRESENTADO POR
EMMA AMÉRICA VALDIVIA VEGA**

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

LIMA – PERÚ

2022

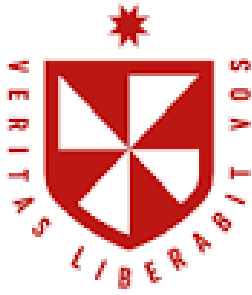


CC BY-NC

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 Abogada

**Informe Jurídico sobre Expediente Civil
N° 00041-2016-0-1001-JR-FC-03**

Materia : TENENCIA

Entidad : PODER JUDICIAL

Bachiller : EMMA AMÉRICA VALDIVIA VEGA

Código : 2000117573

LIMA – PERÚ

2022

El presente Informe Jurídico está basado en un Expediente Civil, sobre la materia de TENENCIA, el cual se sabe que es un derecho que tiene el progenitor, ya sea el Padre o la Madre; a vivir con el menor y ser responsable de su crianza, cuidados y atención. Esta es una condición o particularidad de la patria potestad.

Es así, que en el presente informe se analizará un proceso judicial civil sobre RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE TENENCIA Y CUSTODIA EFECTIVA, el cual inicia con la presentación de la demanda interpuesta por el señor N.R.Q.Q en contra de la Señora R.F.H. El demandante solicita que se le declare y se reconozca la custodia real y efectiva de su menor hija S.L.Q.F. Dicha demanda es interpuesta ante el ante el 3er Juzgado de Familia del Cusco. Admitida a trámite la demanda, se corre traslado a la demandada; la misma que estando dentro del término de ley, la demandada se apersona y presenta 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: patria potestad, tenencia, régimen de visitas, interés superior del niño, entre otros. **En primera instancia**, el 3er Juzgado de Familia del Cusco, resolvió declarar Fundada la demanda de Reconocimiento de tenencia, disponiéndose que la tenencia de la menor continúe siendo ejercida por el demandante; con observancia de las responsabilidades que la ley impone. De la misma forma, dispuso establecer un régimen de visitas con externamiento en favor de la demandada R.F.H; así como se les brinde terapia psicológica a la menor y a sus padres. Ante lo resuelto, la parte demandada interpone recurso de apelación. Por lo que; **en segunda instancia**, la 1ra Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, resolvió Revocar la Sentencia contenida de primera Instancia y Reformándola la declara Infundada la demanda interpuesta por N.R.Q.Q. otorgándole a la demandada la tenencia de la menor S.L.Q.F. y al demandante el régimen de visitas correspondiente, que será los días sábados a partir de las 9:00 am hasta las 18:00 pm todas la semanas. Es por ello; que el demandante al no estar conforme interpone Recurso de Casación; posteriormente, la Sala Suprema declara procedente el recurso de Casación y subsiguientemente la Sala Suprema Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, **mediante Casación N° 320-2017**, resolvió declarar **Fundado** el recurso de Casación interpuesto por el demandante N.R.Q.Q. en consecuencia Casaron la sentencia de Vista y Actuando en sede de Instancia confirman la Sentencia de primera Instancia, que declaro Fundada la demanda de Tenencia de la menor S.L.Q.F a favor de su padre N.R.Q.Q; vaciando únicamente en cuanto al régimen de visitas y dispone que éste sea con externamiento a favor de la demandada, quien podrá ver a su hija de lunes a viernes de 15:00 a 18:00 horas y todos los sábados desde las diez de la mañana con retorno los domingos a las diez de la mañana y con todo lo demás que contiene. La cual posteriormente, luego de haberse cumplido la finalidad del proceso, el 3er Juzgado de Familia del Cusco resolvió Archivando Definitivamente el Expediente.

NOMBRE DEL TRABAJO

VALDIVIA VEGA.docx

RECUENTO DE PALABRAS

13460 Words

RECUENTO DE PÁGINAS

32 Pages

FECHA DE ENTREGA

Dec 1, 2022 9:17 PM GMT-5

RECUENTO DE CARACTERES

67583 Characters

TAMAÑO DEL ARCHIVO

436.0KB

FECHA DEL INFORME

Dec 1, 2022 9:18 PM GMT-5**● 20% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 19% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 12% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Augusto Espinoza Bonifaz - Instituto de Investigación

ÍNDICE

Contenido	Página
I RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO.....	4
1.1 Respecto a los hechos expuestos en la demanda.....	4
1.2 Respecto a los hechos expuestos en la contestación de la demanda.....	6
1.3 Respecto al Auto de Saneamiento Procesal, Fijación de Puntos controvertidos, audiencia de pruebas	7
1.4 Respecto al Dictamen Fiscal en primera instancia.....	8
1.5 Sentencia de primera instancia	10
1.6 Recurso de apelación.....	10
1.7 Respecto al Dictamen Fiscal Superior en segunda instancia.....	10
1.8 Sentencia de Vista.....	11
1.9 Recurso de Casación.....	11
1.10 Respecto al Dictamen Fiscal Supremo en lo civil.....	11
1.11 Sentencia Casatoria.....	12
1.12 Ejecución de Sentencia.....	12
II IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	13
III POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	13
IV POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS...	15
4.1 Respecto de la sentencia Primera instancia.....	15
4.2 Respecto de la sentencia Segunda instancia.....	21
4.3 Ejecutoria Suprema expedida por la Corte Suprema de Justicia.....	25
V CONCLUSIONES.....	29
VI BIBLIOGRAFÍA.....	30
VII ANEXOS.....	31

I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTO POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO

1.1 Respecto a los hechos expuestos por el demandante

Con fecha 05 de enero del 2016, el Señor N.R.Q.Q interpone demanda de Tenencia y Custodia de su menor hija S.L.Q.F., en contra de la Señora R.F.H. ante el 3er Juzgado de Familia del Cusco y solicita se ponga en conocimiento del Fiscal de Familia del Ministerio Público de Cusco.

Petitorio:

El demandante solicita la Tenencia y Custodia de su menor hija S.L.Q.F., a fin de que se declare y se reconozca la custodia real y efectiva, por haberse producido la insolvencia moral por parte de su madre y la afectación moral en contra de su hija.

Fundamentos de hecho:

- Manifiesta que producto de una relación sentimental sostenida por el demandante Señor N.R.Q.Q con la emplazada Sra. R.F.H; nació su menor hija el 23 de Marzo del 2010, habiendo firmado la declaración de paternidad en el Acta de Nacimiento correspondiente.
- Que con fecha Junio del 2011 refiere el demandante decidieron hacer vida en común y formar una familia, asentándose en una habitación en la casa de los padres del Demandante, por un lapso de un año; posteriormente se trasladaron a una habitación independiente frente a la casa de los padres de la Demandada en el Distrito de San Sebastián; por el tiempo de 10 meses; luego se trasladaron a la Casa del Padrino de su menor hija en el distrito de San Jerónimo, viviendo allí hasta febrero del 2015.
- Que, en fecha febrero del 2015, por motivos de discusiones por carencia económica, dado que se hicieron un préstamo para negocio que fracasó por responsabilidad de la demandada; tomaron la decisión de separarse temporalmente para darle una solución económica viable, por lo que se trasladaron cada uno a casa de sus padres. Quedando la madre con la menor hija a su cuidado pero con tenencia compartida en forma consensual.
- Que con fecha 29 de Diciembre del 2015, descubre a la demandada fuera de su casa, realizando actos de una relación amorosa (besos y abrazos) con un hombre desconocido, por lo cual llamó al hermano de la demandada a fin de que diera fe y corrobore lo sucedido. Incepándole dicho hecho indecoroso dado que hasta el momento las partes sostenían una relación sentimental de pareja.
- Es por ello, que el demandante realizó las indagaciones sobre la demandada y descubrió por medio de aseveraciones de testigos que aseguraron que la demandante le era infiel con varios hombres; y que estos actos deshonorosos de infidelidad y borrachera lo realizaba en frente de su menor hija, descuidándola.
- Motivo por el cual, desde el 29 de Diciembre del 2015 es que el Demandante

tiene a su menor hija bajo su cuidado y protección, con la finalidad de no seguir exponiéndola a observar dichos actos deshonrosos.

Fundamentos de derecho:

- Artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.
- Artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes.

Vía procedimental:

En el presente caso el demandado indicó que le corresponde la vía de proceso Único, previsto en el Código de los Niños y Adolescentes. (CNA ART°160).

Medios Probatorios presentados, fueron:

Documentales:

- Original del Acta de Nacimiento de su menor hija con la que se acredita la filiación del demandante en calidad de padre.
- Copia certificada de Constatación de Custodia de su menor hija en hogar del demandante.
- Inspección que realizará el Juzgado del lugar donde vive con la menor a fin de acreditar las condiciones óptima en las cuales se desarrolla la menor.

Testimoniales:

- La declaración testimonial de dos (02) Testigos, conforme a los pliegos cerrados que se adjuntó.
- La declaración de la menor S.L.Q.F. testigo de los hechos mencionados en la demanda.

1.1.1 Subsanación de la demanda.

Luego de presentada la demanda, el Juzgado con fecha 07 de Enero del 2016, emite Auto de Inadmisibilidad, por cuanto el demandante señaló que la niña se encuentra en su poder en tal sentido la pretensión a demandar debería ser de Reconocimiento de Tenencia; solicitando que el demandante aclare en ese extremo. Es por ello; que mediante escrito de fecha 14 de Enero del 2016, **el demandante subsanó la demanda**, señalando su casilla procesal e indicando que el tenor a solicitar es el **RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA TENENCIA Y CUSTODIA EFECTIVA** de su menor hija S.L.Q.F. Es así, que habiendo subsanado dicha observación; el 3er Juzgado de Familia del Cusco emite el Auto Admisorio de Demanda, mediante la Resolución N° 02 del 19 de Enero del 2016.

El Juzgado ordenó que recaben el Informe Psicológico y Social del demandante y de la menor, debiendo apersonarse al despacho del Equipo Multidisciplinario de la Corte de Justicia. Es por ello que, con fecha 29 de Enero del 2016 se recibe el Informe Psicológico N° 75-2016-PS-EMD-CSJC-PJ practicado al Demandante Sr. N.R.Q.Q. y el Informe Psicológico N° 76-2016-PS-EMD-CSJC-PJ practicado a la menor S.L.Q.Q.; por lo que, mediante Resolución N° 03 del 29 Enero del 2016 el

Juzgado recibe los mismos y los agrega a sus antecedentes.

Del mismo modo, con fecha 04 de Febrero del 2016 se recibe el Informe Social 076-2016-SS-EMD-CSJC, practicado al Demandante Sr. N.R.Q.Q.; por lo que, mediante Resolución N° 05 del 04 de Marzo del 2016 el Juzgado recibe el mismo y lo agrega a sus antecedentes.

1.2 Respetto a los hechos expuestos en la Contestación de la demanda.

Con fecha 02 de febrero del 2016, la Sra. R.F.H., como parte demandada, presenta su escrito de Contestación de la demanda, negando y contradiciendo en todos sus extremos, solicitando se declare Infundada la demanda.

Fundamentos de hecho:

- Que efectivamente su menor hija nace el 23 marzo del 2010; sin embargo, el Demandante no la Reconoció ni Declaró como padre Biológico, en la Municipalidad; por lo que la Demandada tuvo que inscribirla con sus apellidos S.L.F.H. como si fuera su hermana.
- Por lo que; recién luego de un año del nacimiento de la menor, es que con fecha 24 de Marzo del 2011 el Demandante se apersona al Municipio de San Jerónimo para hacer el Reconocimiento de Paternidad de su menor hija, hecho que recién se genera una Nueva Acta de Nacimiento con el nombre de S.L.Q.F.
- Manifiesta también, que recién han convivido en el año 2012, si bien es cierto en casa de los padres del demandante, en la cual ha sufrido maltrato por parte de la familia del demandante, y que por ello se mudaron a otro inmueble, donde era víctima de maltrato físico y psicológico, trasladándose nuevamente en el año 2013 a otro inmueble donde el demandante trabajaba esporádicamente y la demandada laboraba en el Municipio de San Jerónimo en el área de obras, manteniendo así al demandado y a su menor hija.
- Si bien es cierto, indica que se separa del padre de su hija por incompatibilidad de caracteres, pues señala que el demandante los abandonó moral y materialmente, existiendo agresiones por parte también de la familia del demandante. Sin embargo no realizó ninguna denuncia, porque la amenazaban.
- Niega rotundamente haber realizado ningún acto deshonesto mucho menos delante de su menor hija, y que en la demanda no se presentan ninguna prueba objetiva que demuestre tal hecho, y que sólo se basan en declaraciones calumniosas de los familiares del demandante.
- Asimismo, señala que su menor hija ha vivido junto a ella siempre, y que la menor cuenta con un dormitorio y bienes propios con todas las comodidades para su desarrollo integral; de igual forma indica que está matriculada desde los tres años de edad en diferentes instituciones educativas, bajo la tenencia y custodia de la demandada.
- Sostiene que recién con fecha 29 de Diciembre del 2015, la menor se encuentra viviendo con el demandante, debido a que el mismo se la llevó indicando que la

devolvería en horas de la tarde; sin embargo, no retorno a la menor junto a la demandada hasta la fecha, indicándole mediante comunicación telefónica que no le devolvería a su hija, bajo diversas amenazas.

Fundamentos de derecho:

En cuanto a los fundamentos de derecho, en la contestación de la demanda, sólo indica lo señalado por el artículo 196° del Código Procesal Civil “... *la carga de la prueba le corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión...*”; fundamentando que a la fecha el demandante solamente se basa en una aseveración salida de su imaginación.

Medios Probatorios:

- La demandada por principio de adquisición procesal hace suyo la prueba presentada en la Demanda como es el Acta de Nacimiento de la Menor.
- Original de la primera acta de Nacimiento de la menor S.L.Q.F. acreditando que el demandante no la reconoció en el año 2010.
- En el reverso de dicha Acta de Nacimiento se encuentra el Acta de Reconocimiento de Paternidad con fecha 24 Marzo del 2011.
- 11 vistas fotográficas, se aprecia su habitación, muebles y prendas de vestir, así como de paseos con la demandada.
- Copia de Libreta de Información del nivel inicial 3 años, 4 años, 5 años.
- Constancia de Trabajo a nombre de la demandada de fecha Diciembre del 2014.
- Solicita se practique pericia psicológica a su menor hija
- Solicita se practique Informe Social en el inmueble de la demandada y verificar las comodidades de la menor.

En el mismo escrito, la demandada interpone TACHA en contra de los testigos N.Q.M. y R.C.CH. pues son testigos de vínculo familiar y de amistad íntima con el demandante; parcializando y desnaturalizando el proceso, por tener interés en el resultado del proceso, conforme lo establece en el artículo 229° incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil. Por carecer de valor probatorios, declarándose su invalidez.

1.3 Respecto a la Audiencia única – Auto de Saneamiento Procesal - Fijación de Puntos Controvertidos – Admisión de medios probatorios (De las partes y de Oficio) - Actuación de Pruebas de oficio

Mediante Resolución N° 06 del 17 de marzo del 2016 se fija fecha y hora para la Audiencia Única el día 29 de Marzo del 2016; la misma que se registró mediante Acta respectiva.

Durante la Audiencia se declaró **Saneado el Proceso**, mediante Resolución N° 07; asimismo, se determinó que no se pudo establecer un acuerdo conciliatorio y se continuó con el proceso. En el mismo acto de audiencia, el Juzgado, fijó como

puntos controvertidos como; el determinar si N.R.Q.Q. cumple con las condiciones fácticas y legales para que se le reconozca la tenencia de su menor hija de iniciales SLQF de 5 años de edad; determinar si el progenitor de la menor quien se hace cargo de la, cuenta con las condiciones necesarias para continuar con la tenencia de su menor hija; Establecer cuál es la parte que convivió mayor tiempo con la menor en forma favorable; Determinar si procede otorgar un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtenga la tenencia de la menor.

Continuando con la Audiencia Única; mediante Resolución N° 8; se resuelve Admitir como **medios probatorios** todas las documentales y testimoniales ofrecidas por el demandante, menos la Inspección Judicial, pues no se adjuntó tasa judicial; por la parte demandada se admiten todas las documentales y pericias psicológica y social. De igual forma **se admiten como prueba de Oficio** los Informes Psicológico y Social practicado a N.R.Q.Q.; el informe Psicológico practicado a la menor S.L.Q.F. y se admiten también la opinión referencial de la menor S.L.Q.F. con la psicóloga.

En esta audiencia, se actuaron las pruebas instrumentales admitidas, sin embargo las Declaraciones testimoniales no se llevaron a cabo por la incomparecencia de los testigos. En consecuencia; se fija fecha y hora para audiencia especial para recibir la opinión de la menor S.L.Q.F. acompañada de la psicóloga

Es así, que con fecha 04 de abril del 2016 se recibe el Informe Social N° 167-2016-SS-EMD-CSJC practicado a la Demandada Sra. R.F.H. y de igual forma, con fecha 14 de abril del 2016 se recibe el Informe Psicológico N° 0196-2016-PS-EMD-CSJC-PJ practicado a la Demandada Sra. R.F.H.

En fecha 19 de Abril del 2016 se llevó la **Audiencia Única especial** para recibir la **opinión de la menor S.L.Q.F.** acompañada de la psicóloga; en la cual la menor relata sus vivencias con su madre y con su padre, estableciéndose que la menor no ha superado la separación de sus padres y se encuentra confundida con los hechos ocurridos, por lo que el Juzgado resolvió disponer que la menor reciba terapia especializada a fin de superar una posible afectación emocional. Se remite al Ministerio Público para que emita su Dictamen Fiscal correspondiente.

El Demandante a fin de dar cumplimiento con lo ordenado por el Juzgado, con fecha 03 de Mayo del 2016; presenta el Informe Psicológico N° 021 de fecha 20 de Abril del 2016 emitido por la Psicóloga del Consultorio Psicológico Señor de los Milagros; practicado a la menor S.L.Q.F. en la que Diagnostica que la menor muestra agrado, es sociable, expresa cariño por su padre extraña a su madre.

1.4 Respecto al Dictamen Fiscal en primera Instancia

En el presente caso, mediante el **Dictamen Fiscal N° 70-2016-MP-3FPCF-C** de fecha 17 de Junio del 2016; la Tercera Fiscalía Provincial Civil y Familia de Cusco, **opinó**, en base al análisis de los antecedentes, los medios probatorios actuados en el

proceso, así como, conforme a lo establecido por el ordenamiento legal sobre la materia, que se declare FUNDADA la demanda de Reconocimiento de Tenencia y Otorgamiento de Tenencia y custodia efectiva respecto de la menor S.L.Q.F, y se fije un Régimen de visitas a favor de la demandada de tres días a la semana, en los que podrá salir y departir con su menor hija, solicitando al Juzgado que se disponga que el Equipo Multidisciplinario efectúe un seguimiento por un espacio de 8 meses; basando por los siguientes fundamentos y consideraciones:

- Conforme al Informe Social practicado al demandante, en la cual indica que cuenta con un ingreso de 2,000 soles, se ocupa de todos los gastos de su hija, vive en casa de propiedad de sus padres; ocupan dos dormitorios, uno para él y otro para su hija, la cual duerme con la prima , etc.; en comparación con el Informe social practicado a la demandada; en la que se indica que tiene n trabajo eventual que recibe por ello S/.500 soles y cubre sus gastos y algunos de su hija; vive en casa propia de sus padres y ocupa una habitación para ella y su hija, los demás ambientes comparten con los demás familiares.
- A pesar de existir ciertas contradicciones en el informe social del demandado con el informe psicológica de la menor, pues se evidencia que el padre pretende hacer parecer que éste le otorga mayores comodidades a su hija; sin embargo también la menor hace conocer sobre las condiciones que vive con su madre, narrando que muchas veces duerme en el suelo y su madre en la cama, dichos que también se contradicen con lo que indica la demandada en su informe social.
- En consecuencia; concluyen que ambos padres presentan deficiencias en la calidad de vida que dan a su hija.
- Asimismo, conforme a los Informe Psicológicos practicado al demandante, concluyen que presenta depresión moderada, bajo nivel de autoestima, pasividad, inestable emocionalmente, etc.; Y, el Informe Psicológico practcada a la demandada concluyen que presenta tensión, dificultad para culminar vínculos afectivos, inadecuadas estrategias para afrontamiento de conflictos y tolerancia a la frustración, temperamento melancólico, etc.
- Sin embargo; se tuvo mayor y especial atención al Informe Psicológico practicado a la menor S.L.Q.F en la que concluyen que la menor presenta depresión moderada, tensión y ansiedad, sentimientos de inseguridad, autoestima disminuida, empatía con figura paterna y distancia emocional con figura materna; no evidencia alienación parental.
- De igual forma, se tomó muy en cuenta a la declaración de la menor, en la Audiencia Única; en la que indica que estudia en su colegio, vive con su papá y sus tíos, abuelos, le gustaría estar con su mamá y su papá; pero que su mamá le enoja cuando no hace la tarea y le pegó en su mano, su mamá es renegona y una vez la metió a la ducha, indica que en la casa de papá todos se llevan bien, no hay borrachos. Pero si refiere que en casa de su mamá tanto el abuelo como su tío toman todos los días en la sala. Este hecho constituye un riesgo para el desarrollo de la menor.
- El fiscal indica, que determinar a quién le corresponde la Tenencia en éste caso,

tienen un nivel de complicidad, ya que ambos padres muestran actitudes omisivas al cuidado respecto a su hija, la que urgentemente requiere de mayor protección y consideración.

- A pesar de ello, el fiscal determina que se tiene en cuenta que hay un grado no alto, pero si de un poco más de estabilidad para la menor al lado de su padre; sin embargo, estima también que la presencia de la madre es positiva para la menor y le ayudará a tener mayor seguridad, siempre que la actitud de la progenitora sea constructiva y amorosa.

1.5 Sentencia de primera instancia

Con fecha 01 de Agosto del 2016 mediante la Resolución N° 13, el Tercer Juzgado de Familia de I C u s c o , emitió Sentencia; Declarando FUNDADA la demanda y se dispone Reconocer la Tenencia de la menor S.L.Q.F. en favor del demandante, quien debe hacerse cargo de su cuidado y velar por el adecuado desarrollo de su vida. Asimismo, dispuso establecer un régimen de visita con externamiento en favor de la demandada.

- En los siguientes puntos del presente informe, ampliaremos más detallado este ítem.

1.6 Recurso de apelación

Mediante escrito de fecha 10 de agosto del 2016, la demandada interpone el Recurso de Apelación en contra de la Sentencia emitida con Resolución N° 13 del 01 de Agosto del 2016, alegando que no se tomó en cuenta que la menor vivía con su progenitora desde su nacimiento hasta que el demandante la sustrajo de su domicilio; que no existe motivación alguna en la misma, que justifique que una menor sea arrancada del cuidado y protección de su madre. Afirmando que no existe causal que fundamente su decisión., ni norma para decidir separar a la menor de su madre.

1.7 Respecto al Dictamen Fiscal Superior en Segunda Instancia

Se tiene que mediante Resolución N° 15 del 29 de Agosto, la Sala Civil del Cusco, remite los autos a Dictamen del Fiscal Superior. En ese sentido, la parte demandada conforme a Ley, solicita Informe Oral, el mismo que fue concedido.

Es por ello; que mediante el **Dictamen Fiscal Superior N° 016-2016-MP-FSCF-CUSCO** de fecha 26 de Setiembre del 2016; la Fiscalía Superior Civil y Familia de Cusco, opinó, en base al análisis de los antecedentes, los medios probatorios actuados en el proceso, así como, conforme a lo establecido por el ordenamiento legal sobre la materia, que el Colegado se sirva CONFIRMAR la Apealada; por lo tanto; basando por las siguientes consideraciones:

- Conforme a los Informes Sociales y Psicológicos de las partes y de la menor; la cual confirman que ambos padres tiene el deseo de hacerse cargo de la menor; a pesar que dichos informes también indica que ambos carecen de estabilidad emocional para brindar el cuidado respectivo a la menor.

- Se debe tener en cuenta el principio de interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos; el cual juega un papel trascendental para aplicar las medidas de protección a favor del niño y del adolescente.
- Sin embargo, de la pericia psicológica practicada a la menor, se advierte que ésta se siente más a gusto con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva, mientras que por otro lado se evidencia que quien posee mejores condiciones para brindar a su menor hija, es el demandante, que además cuenta con el asentimiento y aprobación de la menor.

1.8 Sentencia de Vista

Mediante **Resolución 19 del 19 de Octubre del 2016** la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, emitió Sentencia de Vista; **REVOCANDO** la Sentencia contenida en la Resolución 13 del 1 de Agosto del 2016 (...) **REFORMÁNDOLA**, se declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta por N.R.Q.Q. otorgándole a la demandada la tenencia de la menor S.L.Q.F. y al demandante el régimen de visitas correspondiente.

- En los siguientes puntos del presente informe, ampliaremos más detallado este ítem.

1.9 Recurso de Casación

Mediante escrito de fecha 21 de noviembre del 2016, el demandante interpone el Recurso de Casación contra la Sentencia de Vista; con la finalidad que se revoque dicha decisión y proceda a confirmar la Resolución de primera Instancia que declara Fundada la misma; indicando que existe una infracción normativa que incide directamente en la decisión contenida en la resolución impugnada; causal prevista en el artículo 385° del Código Procesal Civil.

Mediante resolución de fecha 4 de mayo del 2017, la Sala civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara PROCEDENTE el recurso de Casación interpuesto por el demandante contra la Sentencia de Vista, admitiéndose la causal de infracción normativa del artículo 84° inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes. Ordenaron fecha y hora para la vista de la causa y ordenaron remitir el proceso a la Fiscalía Suprema para el Dictamen correspondiente.

- En los siguientes puntos del presente informe, ampliaremos más detallado este ítem.

1.10 Respecto al Dictamen Fiscal Supremo en lo civil

Mediante el **Dictamen Fiscal Supremo N° 077-2017-MP-FN-FSC** de fecha 22 de Setiembre del 2017; la Fiscalía Suprema en lo Civil, OPINÓ, en base al análisis de los antecedentes, los medios probatorios actuados en el proceso, y sobre todo de la norma que fue interpretada de forma que causa agravio al demandante; y conforme a lo establecido por el ordenamiento legal sobre la materia, que la Sala Suprema se sirva declarar FUNDADO el Recurso de Casación y en consecuencia se CASE la Sentencia de Vista y REFORMÁNDOSE se revoque la sentencia cuestionada en el

extremo que declara Infundada la demanda y se disponga la tenencia a favor del progenitor N.R.Q.Q. y un régimen de visitas amplio a favor de la emplazada R.F.H. basando por las siguientes consideraciones:

- Se aprecia la infracción a la normativa del artículo 84 inciso a) del Código del niño y Adolescentes, que menciona “a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable”
- Se aprecia la decisión del juzgado de otorgar la tenencia y custodia de un hijo, sobre a este literal a) referido al mayor tiempo de convivencia con el menor; pero refiere a este tiempo de afectividad, responsabilidad y cuidado; sin embargo si fuera contrario entonces resultaría perjudicial para el menor incumpliendo así el artículo 74 del mismo cuerpo legal, que incide en actos que afecten la integridad del menor.
- Por lo que se analiza que el juzgado sólo analizó en cuanto al mayor tiempo de convivencia, mas no sustenta el que esté condicionados a que sea “favorable” para el niño.
- Conforme a la declaración de la menor de dormir en el suelo en casa de su madre, y a algunos actos de violencia como medio de corrección, y de indicar que en casa de su papá no hay borrachos.
- Por tanto, el entorno paterno resulta ser más saludable para la niña S.L.Q.F. que el ofrecido por la progenitora, pues en éste último parientes cercanos a la infante no aseguran su bienestar y por el contrario, la exponen a cualquier eventualidad que podría resultarle pernicioso.

1.11 Sentencia Casatoria

Mediante la Casación N° 320-2017 la Sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, determinó quien debe tener la tenencia de la menor S.L.Q.F. y de conformidad con el Dictamen de la Fiscalía Suprema, Declararon **FUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por el demandante N.R.Q.Q. en consecuencia CASARON la sentencia de Vista y ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA CONFIRMARON la Sentencia de primera Instancia, variando únicamente en cuanto al régimen de visitas.

- En los siguientes puntos del presente informe, ampliaremos más detallado este ítem.

1.12 Ejecución de Sentencia

Mediante Resolución N° 22 de fecha 13 de Setiembre del 2018, el 3er Juzgado de Familia del Cusco, ordena INGRESE A EJECUCIÓN DE SENTENCIA, disponiendo que el equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia brinde terapia psicológica a la menor y a sus padres en el número de sesiones que resulten necesarias, para el fortalecimiento de la menor.

Mediante Resolución N° 27 de fecha 12 de Noviembre del 2019, el 3er Juzgado de Familia del Cusco, indica que el trámite del presente proceso ha concluido,

entonces Resuelve ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE el expediente.

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

En el presente Proceso de Tenencia y reconocimiento de la misma; luego de conocer y advertir de todos los actuados presentados por las partes, es la oportunidad necesaria de poder identificar y analizar los principales problemas jurídicos de éste expediente; los cuales se pueden indicar como:

- Determinar si el demandante (padre) N.R.Q.Q. cumple con las condiciones fácticas, psicológicas, socioeconómicas y legales para que se le reconozca la tenencia de su menor hija de iniciales SLQF de 5 años de edad; y continúe con la tenencia.- Este problema, es fundamental de ser deducido, pues es necesario determinar su factibilidad debido a que en el momento del presente proceso, es el padre quien tiene en custodia a la menor; asimismo, conforme a lo resuelto por la sala, se determinara en todo caso, si es la madre R.F.H. quien estaría en mejores condiciones físicas, psicológicas y socioeconómicas para ejercer la tenencia de la menor.
- Con quién de los padres, la menor tiene mayor afinidad.- ésta se deberá analizar en cuanto a las evaluaciones psicológicas y sociales de la menor, a fin de determinar el grado de aproximación que tenga la menor con sus progenitores.
- Establecer cuál es la parte (padres) que convivió mayor tiempo con la menor en forma favorable.- En cuanto a éste problema presentado, es importante tomar en cuenta los hechos sostenidos mediante los medios probatorios presentados. Puesto que no sólo se trataría de medir el mayor tiempo de convivencia, sino también y más importante que ésta haya sido beneficiosa y pueda continuar así.
- De igual forma, determinar si procede otorgar un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtenga la tenencia de la menor; las cuales se deben cumplir a fin de no afectar psicológicamente a la menor.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

Los problemas jurídicos presentados en el presente proceso; fueron analizados por los magistrados pertinentes, como bien se sabe es el Juez quien analiza y decide, en éste caso sobre todo, pues debido a que no hubo un acuerdo entre los progenitores; es por ello, que podemos entender claramente que cuando los padres se separan y en el caso de que no existiera un acuerdo entre ellos sobre cuál ejecutará la tenencia y/o si éste resulta dañoso para los hijos; tal como lo señala el **artículo 81°** del Código de los Niños y Adolescentes; es así, que se entiende que el Estado a través del órgano jurisdiccional respectivo, deberá de tomar la decisión, velando siempre por el interés superior de la menor.

Es así, que el doctor Placido Vilcachagua (2003) sostiene que la tenencia “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)

Por consiguiente, en cuanto a los problemas jurídicos presentados en el presente proceso, a fin de poder dilucidar y resolverlos, de la manera más ecuánime y justa, debido a que resultan controversiales e importantes; es fundamental que el Juzgado tome en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño ante todo, y de manera coadyuvante tomar en cuenta los elementos esenciales indicados en el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes que señala lo siguiente:

“Artículo 84.- Facultad del juez: En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: **a)** El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; **b)** El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y **c)** Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”

Es así, como se puede apreciar los diferentes problemas jurídicos, que se presentaron en el expediente, fueron de suma importancia resolverlos conforme a la normatividad ya el órgano jurisdiccional, atendiendo a sus atribuciones y sobre todo tomando en cuenta y valorando el interés superior de la menor antes que el derecho de los padres, resolviendo de forma favorable para el bienestar emocional, psíquico, económico de la menor.

Respecto a decidir si el demandante (padre) N.R.Q.Q. cumple con las condiciones fácticas, psicológicas, socioeconómicas y legales para que se le reconozca la tenencia de su menor hija de iniciales SLQF de 5 años de edad; y continúe con la tenencia; dentro del proceso se demostró con los medios probatorios, sobre todo con los Informes psicológicos y sociales practicados a las partes y a la menor; en éste caso si bien en ambos padres no existía un grave peligro para la menor, es el padre quien se encontraba en mejores condiciones económicas y emocionales para brindar bienestar a la menor, y sobre todo el mejor ambiente seguro para velar por sus derechos y su integridad.

Al respecto, en cuanto al mejor bienestar proporcionado a la menor y tomando en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, el doctor Rony López (2015) manifiesta que “con este principio, se instaura que el juzgador o juzgadora debe acoger alguna medida que considere esencial para avalar el confort de los niños, niñas y adolescentes, en donde se presuma el alejamiento de un riesgo para eludir un daño en su persona, bienes y derechos”. (pág. 55)

De igual forma, con los indicados informes del equipo multidisciplinario, y sobre todo con la declaración de la propia menor, se pudo establecer que el deseo de la menor era estar con sus dos padres; sin embargo, demostró que tiene mayor afinidad con el padre y con la familia paterna, con quien se siente segura y feliz. No habiéndose detectado ningún síndrome de alienación parental.

En cuanto a establecer cuál es la parte (padres) que convivió mayor tiempo con la menor en forma favorable; es necesario que nos preguntemos en cuanto a dilucidar, sobre estos problemas jurídicos que se presentaron en el expediente, ¿Es acaso suficiente para que le otorguen la tenencia a uno de los padres, que uno de ellos haya convivido más tiempo con la menor? ¿acaso no es necesario e indispensable valorar otros aspectos importantes y relevantes? Como el de establecer cuál de los padres cumple con procurar a la menor las mejores circunstancias sociales, psicológica, afectivas y personales, que permitan que su menor hija, viva en un ambiente adecuado; todo ello en íntima relación al principio del interés superior del niño.

Todos estos problemas se esclarecen con todo lo analizado y explicado en el presente informe; corroborado con lo mencionado por la Corte Suprema sobre la valoración de la prueba en los procesos de tenencia de menor de edad, en la Casación N° 1303-2016, que establece:

DÉCIMO PRIMERO.- (...) si bien uno de los aspectos a valorar ha de ser con qué progenitor ha convivido la menor por mayor tiempo; lo más relevante es determinar cuál de los progenitores reúne las mejores condiciones emocionales, afectivas, sociales y personales para garantizar el pleno desarrollo del menor, en función al Interés Superior del Niño (...). (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2017)

Asimismo, conforme al régimen de visitas, se tiene el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes establece: "(...) El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente (...). Sin embargo; es importante tomar en consideración, que conforme a lo prescrito por los artículos 86°, 88° y 91°, del mismo cuerpo legal, tanto la tenencia como el régimen de visitas son variables de acuerdo a las circunstancias debidamente comprobadas. Es decir, todo ello puede ser modificado siempre que se valore el mejor bienestar de la menor.

IV. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

4.1 Posición respecto de la sentencia emitida en primera instancia.

❖ Resumen de la Sentencia de primera instancia.

Con fecha 01 de Agosto del 2016 mediante la Resolución N° 13, el Tercer Juzgado de Familia del Cusco, emitió Sentencia; Declarando FUNDADA la demanda

y se dispone Reconocer la Tenencia de la menor S.L.Q.F. en favor del demandante, quien debe hacerse cargo de su cuidado y velar por el adecuado desarrollo de su vida.

Asimismo, dispuso establecer un régimen de visita con externamiento en favor de la demandada, el mismo que será que la madre podrá ver a su hija los días que crea conveniente de Lunes a Viernes en horas de la tarde entre las 15:00 y 18:00 horas y 02 domingos de cada mes de 09:00 a 18:00 horas previa coordinación con el padre, siempre que no perjudique sus labores académicas. Requiriéndoles a las partes prestar las facilidades en todo momento para la continuidad de las visitas en beneficio de su menor hija.

De igual modo se dispuso que un Equipo Multidisciplinaria del Juzgado brinde terapia psicológica a favor de la menor y sus padres, en número de sesiones que resulten necesarias hasta lograr la estabilidad psicológica emocional y el fortalecimiento del vínculo de la menor con sus padres.

La presente fue sustentada por el Juzgado bajo diversos argumentos, estando como principales argumentos:

- El Juzgado señaló que sobre la valoración del principio del Interés Superior del niño y adolescente, éste aspecto tiene un papel preponderante, importante y trascendental para poder aplicar las medidas de protección que el Juzgado debe adoptar a favor del menor; por lo que, se analizó conforme a los Informes Sociales y psicológicos, efectuadas a la menor y a sus padres; por lo que; respecto a las mejores condiciones morales y materiales de ambos padres para ejercer la tenencia y custodia de su menor hija y a fin de determinar si el demandante (padre), cumple con dichas condiciones psicológicas, socioeconómicas y legales para que se le reconozca la tenencia de su menor hija; es por ello que conforme a los Informes sociales, se determinó que el demandante cuenta con un trabajo independiente, cuenta con 2 habitaciones para él y su hija dentro de la vivienda de sus padres, cuenta con el apoyo de su madre y hermana, quienes cuidan a su menor hija mientras él trabaja, tiene todo lo necesario para su desarrollo; sin embargo, por la demandada cuenta con 1 habitación en casa de sus padres la cual comparte con su menor hija; todo ello con la finalidad de establecer si el demandante (padre) N.R.Q.Q. cumple con las condiciones fácticas, psicológicas, socioeconómicas y legales para que se le reconozca la tenencia de su menor hija.
- Conforme a los informes psicológicos practicados a las partes, se tiene que el demandado presenta depresión moderada, bajo nivel de autoestima; entre otros, empero se identifica y mantiene una relación afectiva con su menor hija; sobre la demandada presenta tensión, inestabilidad emocional, tolerancia a la frustración, etc.
- Conforme a todos los actuados en el expediente, el A quo determinó que los padres de la menor con sus actitudes estarían perjudicando el normal

desenvolvimiento y adaptación de la menor; sin embargo, dichos conflictos se deben a que ambos desean hacerse cargo de la menor; asimismo el Juzgado tomó y valoró la evaluación psicológica de la menor así como su declaración en audiencia, en la que enfatiza que se siente más cómoda con su padre, desaprobando la actitud de su madre pese a que desea seguir viéndola. Por lo que, queda en evidencia que conforme a la situación económica y de apoyo familiar, el Juzgado determinó que es el Padre quien tendría mejores posibilidades de apoyar a su menor hija, para su adecuado desarrollo y desenvolvimiento, con apoyo de su familia; contrario a la familia materna quien ha referido tienden a beber continuamente en casa.

- En cuanto tiempo de permanencia de la menor con sus progenitores, se desprende del proceso, que la menor se encuentra al cuidado de su padre, desde el 29 de diciembre del año 2015, cuando éste se la lleva de la vivienda de la demandada, lugar donde la menor se encontraba habitando de manera permanente desde febrero del 2015; teniendo en cuenta que previa a dicha fecha ambos intervinientes cohabitaban con su menor hija desde el 2011.
- De igual forma se tomó en cuenta conforme lo manifestado por el Dictamen Fiscal emitido por la 3ra Fiscalía provincial Civil y de Familia del Cusco, quien opinó de forma favorable la demanda; es por ello el Juzgado teniendo en cuenta que la tenencia sería ejercida por el demandante, estableció un régimen de visitas a fin de preservar las relaciones personales de la menor SLQF con su progenitora para no afectar el vínculo de afinidad entre ambas. Ordenando también tratamiento psicológico a las partes y a la menor.

❖ **Postura sobre la sentencia de primera instancia y los problemas jurídicos**

Conforme se tiene del expediente analizado; en el presente caso, el padre demandante solicita se reconozca la tenencia y custodia de su menor hija, de quien en ese momento vive junto a él y ejerce su custodia recién a partir de Diciembre del 2015, negándose a regresarla junto a su progenitora, afirmando que la demandada tiene comportamientos indecorosos exponiendo a la menor a todo ello.

Por lo que; el presente proceso judicial motivo de estudio del presente informe jurídico; versa sobre un conflicto entre las partes respecto a la Institución Jurídica de la Tenencia; en el cual, de acuerdo con el doctor Aguilar Llanos (2009) menciona que “la tenencia se traduce en la convivencia de los padres con los hijos, unión que se utiliza de cimiento para la aplicación de los demás derechos y el acatamiento de los deberes, que representa la vida en común” (pág. 192)

De la misma forma, la doctora Chávez Bustamante (2012) indica que “la tenencia es considerada como uno de los atributos de la patria potestad. Justamente, uno de los derechos más importantes que confiere la patria potestad es la tenencia de los hijos, lo que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos”. (pág. 124)

Respecto a ello, el Código del Niño y Adolescente regula la misma en el artículo 81¹ del Código de los Niños y Adolescentes; por lo que; se entiende que, ante la separación entre los padres de un menor, la tenencia de los hijos se deberá tomar en cuenta varios aspectos, interviniendo el Juzgado especializado.

Por consiguiente; para la fijación de la tenencia cuando no medie acuerdo y por ende exista un conflicto por la misma, Varsi Rospigliosi (2013) reafirma que, “De no existir acuerdo, discrepancia, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el Juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Esta situación es bastante difícil y compleja porque se deja en manos de un tercero, el juez, tomar la decisión de conferir la tenencia a uno u otro padre”. (Pág. 305).

Es por ello; que, en el presente caso, considero que; de los fundamentos expuestos por el Juzgado, la misma que declaró fundada y reconoce la tenencia de la menor S.L.Q.F. en f avor del demandante; opino que si bien no señala una norma específica que sustente su decisión; intrínsecamente se ampara al interés superior de la menor, y conforme al último párrafo del artículo 84°; que garantiza que el Juez debe priorizar la entrega de la tenencia a quien pueda garantizar de mejor manera, el desarrollo integral de la menor; por lo que considero que no sólo tomó en cuenta la norma sustantiva para comprender sobre ésta institución de la Tenencia, sino que fue imperante tener en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, el mismo que jugó un papel fundamental para la decisión judicial.

Al respecto, en cuanto al Principio del Interés Superior del Niño, en la Casación N° 2309-2015 señala:

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. (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2016)

De igual forma, en la Casación N° 563-2011, respecto se señala 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

¹ Artículo 81.- “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 éste 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”

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)

Especifica también en el artículo 85° del Código de los Niños y Adolescentes, indica que “el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.

De este modo; en caso de autos se aprecia que el Juzgado tomó en cuenta la opinión de la menor, la misma que indicó querer a ambos padres, pero sentirse más confiada y deseosa de permanecer junto al padre; tal como se desprende de la declaración vertida por la menor ante el Juzgado; sin embargo también consideramos, que habiendo el Juzgado tomado la declaración de la menor, esto no significa que siempre se tome una decisión de acuerdo **sólo** con los deseos de la menor, debido a su corta edad; así como lo indica en la Casación 171-2018, la misma que señala:

(...) si bien se debe tomar en cuenta la opinión del niño, como dispone la ley, en el caso de autos, ello no debe ser determinante, dada su capacidad limitada de discernimiento por la edad que tiene la menor. (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2018)

Empero; también considero que en el presente caso, se evidencia que en la Sentencia, se tomó en cuenta no sólo la opinión de la menor sino que conjuntamente con lo respaldado por los Informes Psicológicos y sociales practicados a la misma; ya que dicha opinión al ser muy importante fue corroborado con las demás pruebas ofrecidas por ambas partes; al respecto, el doctor Aguilar Llanos (2009), menciona lo siguiente:

El derecho de tenencia no se trata solo como un derecho de los padres de solicitarlo, por el contrario, el derecho de los niños es vivir con sus padres, es así que la opinión de ellos (cuando puedan hacerlo) es importante, y todavía cuando su desarrollo progresivo no le faculte formar su propia opinión, debería considerarse esencialmente los intereses de los menores antes que determinen la tenencia. (pág. 193)

Es importante indicar que en los procesos de tenencia se rigen bajo las disposiciones del proceso único; y que para ello los Jueces como directores del proceso pueden solicitar el apoyo de un equipo multidisciplinario (órganos auxiliares) a fin de coadyuvar a su mejor decisión; tal como lo establece 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”.

Es por ello; que en el presente caso, el Juzgado conforme se tiene de los Informes Psicológicos y sociales, practicados a los padres y a la menor;

conjuntamente con todas la pruebas que obran en autos; **tomó en cuenta los criterios principales de dichos profesionales**, evidenciando en la fundamentación de la Sentencia, que existe mayor afinidad de la menor con el demandante; y que a pesar de que ambos padres se muestran actitudes omisivas al cuidado respecto a su hija, la que urgentemente requiere de mayor protección y consideración; pudo determinar que las condiciones psicológicas y sociales de ambos padres difieren; por lo que, coincido en que existiría mejor y mayor estabilidad y afinidad de la menor al lado de su padre; evidenciando también que la presencia de la madre es positiva y necesaria para la menor; Informes que el Juzgado antes de tomar su decisión consideró como factor determinantes, a fin de esclarecer que es lo más favorable para la menor. Es sustancial indicar también que en el presente caso, conforme a dichos informes, se estableció que no existe alienación parental por ninguna de las partes.

Considero entonces; que en la presente Resolución del Juzgado de Primera Instancia, se resolvió de la manera más idónea dicha controversia; pues el Juzgado analizó de manera correcta el caso, tomando en cuenta que tras la ruptura de la unión de ambos padres, quedó existente una conmovedora situación de la niña, es por ello; que apoyándose válidamente en el Principio del mejor interés del niño, el cual mediante los fundamentos expresados en la sentencia, evidenció pese a los conflictos sentimentales y personales entre los progenitores, ambos deseaban hacerse cargo de la menor, aunque con sus actitudes la perjudicaban más; y a fin de que la niña no siendo víctima de ésta situación y se encuentre protegida; decidió que el padre estaría en mejor situación económica y familiar para apoyar a su menor hija; valorando cabalmente así el Juzgado, la opinión de la menor y la mejor situación social y psicológica favorable para ella.

Por tanto, de acuerdo a lo mencionado anteriormente, considero que el Juzgado basó su decisión según lo establecido en el Código de los Niños y Adolescente subjetiva y objetivamente en el **párrafo final** del artículo 84°; el mismo que indica “En cualquier de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el desarrollo del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”; en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo; pues, debió priorizar en base a los elementos probatorios obrantes en autos en conjunto con los informes emitidos por el equipo multidisciplinario; por lo que, se comprobó que la continuación de la convivencia de la menor con el padre (demandante), resultaría ser lo más favorable para la menor.

En cuanto al Régimen de Visitas, ordenado en la Sentencia; Piqué Buitrón (2013) sostiene que “Esta institución busca que el padre que no tenga la tenencia del menor o menores, no pierda el contacto con estos, a efectos de que los lazos familiares se mantengan incólumes con ambos padres, protegiendo así el derecho del menor o menores a crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material que coadyuve al desarrollo de su personalidad en forma integral”. (Pág. 145)

Es así, que considero que el Juzgado al establecer el Régimen de Visitas correspondiente, se basó válidamente en el artículo 422 del Código Civil: que indica “En todo caso los padres tiene derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su paria potestad la relación personales indicadas por las circunstancias”; sin embargo, reflexionamos y consideramos que resultó muy cortó el tiempo otorgado a dichas visitas, debido a la necesidad intrínseca e indispensable de que la menor continúe con el mayor contacto personal con su progenitora a fin de preservar las relaciones personales entre las mismas; sobre todo por la edad corta de la menor.

4.2 Posición respecto la sentencia emitida en Segunda instancia.

❖ Resumen del Recurso de Apelación formulado por la demandada

Mediante escrito de fecha 10 de agosto del 2016, la demandada interpone el Recurso de Apelación en contra de la Sentencia de primera instancia emitida con Resolución N° 13 del 01 de Agosto del 2016, sobre los siguientes fundamentos:

- Al momento de sentencia, el A quo no emite dicha resolución motivada en la misma, que justifique que una menor sea arrancada del cuidado y protección de su madre.
- El Juzgado no tomó en cuenta que la menor vivía con su progenitora desde su nacimiento hasta que el demandante la sustrajo de su domicilio el 29 de Diciembre del 2015, a fin de no cumplir con la pensión alimenticia y dado que durante todo ese periodo el demandante no cumplía con sus obligaciones alimentarias.
- Que, no se ha valorado correctamente la personalidad del demandante, debido a que al ser evaluado psicológicamente en el proceso; se tiene que presenta depresión; en consecuencia, existiría un riesgo para la menor, pues asegura que el padre es no una persona idónea para la crianza del menor. Debido también a su trabajo en un taller de mecánica, la cual estaría expuesta al peligro a gente extraña.
- Asimismo, indica que no existe causal que fundamente su decisión, ni se basa en norma para decidir separar a la menor de su madre.
- Tampoco se tomó en cuenta que siendo la madre joven, puede dedicarse a su menor hija mucho mejor que la madre y hermana del demandante.
- No existe maltrato a la menor por parte de la madre, la menor refiere desear estar con sus padres, pues la madre conforme a los medios probatorios demostró que viene ejerciendo el cuidado y protección de su menor hija.

❖ Resumen de la Sentencia de Vista.

Mediante Sentencia de Vista contenida en la Resolución 19 del 19 de Octubre del 2016 la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, resolvió **REVOCAR** la Sentencia contenida en la Resolución 13 del 1 de Agosto del 2016 que declara FUNDADA la demanda y se dispone Reconocer la Tenencia de la menor S.L.Q.F. en favor del demandante, quien debe hacerse cargo de su cuidado y velar

por el adecuado desarrollo de su vida (...) y **REFORMÁNDOLA**, se declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta por N.R.Q.Q. otorgándose a la demandada la tenencia de la menor S.L.Q.F. y al demandante el régimen de visitas correspondientes, que serán los días sábados a partir de las 9:00 am hasta las 18:00 pm todas la semanas, mediando el respeto mutuo entre las partes en beneficio de su menor hija, así como la obligación del padre de entregar a su hija a su madre. También se dispuso realización de visitas sociales a la demandada y a la menor, durante un periodo de 6 meses por el equipo multidisciplinario de dicha Corte. Determinando también que todo comportamiento anómalo, previamente comprobado podrá modificar la presente decisión.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco falla en ese sentido, tomando en cuenta la normatividad, así como la opinión emitida por el Fiscal Superior y los medios probatorios, conforme a los argumentos siguientes:

- Indica que, la decisión del Juzgador a favor del progenitor responde a aspectos subjetivos, pues la única conclusión a la que llegó y expresado entre líneas es “(...) *ha quedado en evidencia que los conflictos entre ambos padres es porque ambos desean hacerse cargo de la menor, pues la menor refiere en su evaluación psicológica, que se siente más cómoda con su padre; asimismo, que se evidencia que conforme a la situación económica el padre sería quien tendría mejores posibilidades de apoyar a su hija, así mismo las condiciones más adecuadas se encontraría en la familia paterna que recibe apoyo de su familia; todo lo contrario de su familia materna quien ha referido que su tío y abuelo tienen a beber, por lo que corresponde reconocer dichas situaciones jurídicas y estimar la demanda interpuesta (...)*”
- Menciona también la sala, que es un hecho que la menor estaba bajo la tenencia de la madre hasta el 29 de Diciembre del 2015, momento en el que su padre tiene la tenencia de hecho. Por lo que; es un hecho aceptado que la menor permaneció a lado de su progenitora llegando a realizar a su lado estudios iniciales, en el cual tampoco se ha afirmado y acreditado que dicha menor estaba desatendida.
- Es un hecho probado el reconocimiento tardío (un año después del nacimiento) que realizó el demandante a su menor hija, tal como lo prueban los documentos que obran en autos.
- En el proceso, la parte demandante, manifestó y puso en duda el comportamiento de la madre y estilo de vida, atribuyéndole relaciones indecorosas; la misma que fue negada por la demandada, no evidenciando lo afirmado; por lo que, dichas aseveraciones son genéricas y abstractas; no tiene relación con un proceso de tenencia, salvo que ese hecho sea de influencia negativa en la menor, y con evidencia.
- Se evidencia en el proceso que de lo manifestado por la menor, se evidencia el afecto que tiene a sus progenitores, y también que no muestra desapego por ninguno de ellos; por lo que, cualquier progenitor puede aspirar a la tenencia.

- Por consiguiente; la Sala Superior manifiesta que se tiene sólo aspectos subjetivos, como lo dicho por los progenitores y por la menor; es por ello que la decisión que toma, es basada específicamente de forma objetiva y real, debiendo aplicarse al presente, conforme lo señalado por el artículo 84° del código de los Niños y Adolescentes, en cuanto a que: **i)** la progenitora es la que permaneció más tiempo con la menor, **ii)** el progenitor reconoció a la menor casi un año después de nacida la menor, **iii)** que la menor es una niña (mujer) de 6 años.
- Considerando e invocando a los progenitores que conforme se describió en el proceso, la relación de pareja se muestra concluida; por tanto no debe confundirse con la condición de padres de una menor que requiere cariño.

❖ **Postura respecto de la sentencia de vista**

En la indicada Sentencia de vista, conforme a los actuados en el proceso; la Sala Superior ha decidido que se revoque la sentencia de primera instancia (que declara fundada la demanda) y reformándola declara Infundada la demanda de Reconocimiento de Tenencia y Custodia y ordena que la tenencia debe ser ejercida por la demandada, otorgándole su cuidado, con el compromiso de cumplir el régimen de visita respectivo; señalando que la decisión del Juzgado fue basada solo en aspectos subjetivos, por lo que la Sala basa su decisión en forma **objetiva y real**, debiendo aplicarse al presente, conforme lo señalado por el artículo 84° del código de los Niños y Adolescentes, en cuanto a que: i) la progenitora es la que permaneció más tiempo con la menor, ii) el progenitor reconoció a la menor casi un año después de nacida la menor, iii) que la menor es una niña (mujer) de 6 años.

Considero que si bien es cierto, en la Sentencia de primera instancia, el Juzgado no basa su decisión conforme a alguno de los elementos del artículo indicado a tener en cuenta; sin embargo, se evidencia que si basa su decisión no sólo en los Informes del equipo multidisciplinario, los cuales fueron determinantes para resolver el caso, sino también amparados en el último párrafo del mencionado artículo el cual señala: *“En cualquier de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el desarrollo del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”*; en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo.

Por lo que; a mayor abundamiento, opino que la Sala si bien basó su decisión en la normatividad señalada en el inciso a) del artículo 84° del código de los Niños y Adolescentes, en mismo que indica que *“a) El hijo deberá de permanecer con el progenitor que convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable”*; sin embargo, considero que no tomó en cuenta lo que refiere a que **“le sea más favorable”** a la menor; como el entorno familiar más favorable indicado por la menor y de igual forma en lo económico indicando su afinidad con el padre. Al respecto, Álvarez B. (2016) sostiene que *“es elemental que el menor cuente con un hogar estable emocionalmente, para que pueda crecer y desarrollarse. Es por ello que debe existir*

una buena relación de los menores con sus padres, y con los demás miembros de la familia, ya sea con la nueva pareja del progenitor con el que viva y los hijos de la misma”. (Pág. 7)

De igual forma considero que en la presente sentencia de vista, no se ha valorado cabalmente los medios probatorios; pues la Sala basó su argumentación en la mayor permanencia de la progenitora con la menor; sin embargo, debió valorar también, en cuanto a establecer el Principio del Interés Superior del Niño; respecto a los derechos civiles, económicos, sociales y culturales de la menor establecidos en los capítulos I y II del código de los Niños y Adolescentes; pues tal como sostiene Varsi Rospigliosi (2012) que “la tenencia es un derecho del padre de tener en custodia a su hijo y, al mismo tiempo, un derecho de este de convivir con el progenitor que cumpla con las cualidades personales y materiales para garantizar, en mejor medida, sus condiciones de vida”. (pág. 304)

Al respecto sobre el mayor tiempo de permanencia de la menor con sus progenitores, se desprende del proceso; que la menor ha vivido con ambos padres desde Junio del 2011 a Febrero 2015 (prácticamente estuvo desde su nacimiento 05 años aproximadamente); y posteriormente la menor vivió únicamente con su madre un periodo de nueve 09 meses; para que luego a partir del 29 de diciembre 2015 a la fecha vive únicamente con el demandado; en este sentido, considero que no existiría una gran diferencia en establecer cuál es la parte (padres) que convivió mayor tiempo con la menor. Sin embargo, en cuanto a la mayor afinidad de la menor para con sus padres; es evidente que conforme a los Informes Psicológicos y Sociales, se puede determinar que la menor se ha adaptado mejor al entorno familiar del demandante y éste demuestra que también tiene la mejor condición económica para brindarle los derechos que le corresponden.

Por ello; es acertado citar la postura acopiada, en la Casación N° 1821-2011-LIMA, la cual señala:

(...) el mayor tiempo de convivencia entre un padre o madre y su hijo supone en condiciones normales y “saludables” mayor grado de afinidad, empatía y afianzamiento de la relación paterno-filial como resultado de la interacción y presencia continua del padre o de la madre en la crianza del hijo; sin embargo, la realidad demuestra que no siempre este factor por sí mismo es suficiente para que el juez de la causa prefiera a un padre sobre el otro, por cuanto podría darse el caso que la convivencia por el contrario fue perjudicial para el niño, sea por la existencia de actos de maltrato infantil o por el incumplimiento de los deberes a los que alude el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, de allí 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, en clara aplicación del Principio del Interés Superior del Niño consagrado por el artículo IX del Título

Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, 2012)

Por consiguiente, no concuerdo totalmente con la sentencia de vista, pues considero que existiendo una similitud en cuanto a las evaluaciones psicológicas y sociales, en las que ambos con sus actitudes han causado en la menor una tristeza y menoscabo; y demostrando con los medios probatorios, que ambos han convivido casi igual periodo de tiempo con la menor; sin embargo la misma desea estar con ambos padres pero demostrando mayor afinidad con el padre, considero que al no demostrarse aspectos negativos en el padre, y que conforme de autos se encontraría en mejor posición familiar y económica para acudir a su menor hija en todas sus necesidades.

4.3 Posición respecto la Ejecutoria Suprema Expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema Suprema de Justicia de la Republica

❖ Resumen del Recurso del recurso de casación presentado por el demandado

Mediante escrito de fecha 21 de noviembre del 2016, el demandante interpone el Recurso de Casación contra la Sentencia de Vista de fecha 19 del 19 de Octubre del 2016, que revoca la Sentencia apelada de fecha 1 de Agosto del 2016 y reformándola la declara Infundada la demanda interpuesta por N.R.Q.Q. otorgándose a la demandada la tenencia de la menor S.L.Q.F. y al demandante el régimen de visitas correspondientes; con la finalidad que se revoque dicha decisión y proceda a confirmar la Resolución de primera Instancia que declara Fundada la misma; todo ello en virtud a los argumentos siguientes:

- El demandante indica que en la Sentencia de Vista impugnada se ha infringido la siguiente norma de derecho material, artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes; sobre *“En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (...)”* es decir debió analizar aquello que le tenga por ser favorable al menor, pero en este caso no se interpretó desde ésta óptica, pues sólo se tomó en cuenta el criterio del lapso del tiempo como situación determinante para revocar la sentencia apelada, pero no tomó en cuenta de que en la misma proposición normativa, hace referencia a otra proposición que literalmente dice “siempre que le sea favorable”.

❖ Resumen de la Ejecutoria Suprema

La sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 320-2017, de fecha 30 de noviembre de 2017, resolvió

declarar FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante N.R.Q.Q. en consecuencia CASARON la sentencia de vista del 16 de enero de 2017 y ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA CONFIRMARON la Sentencia de primera Instancia de fecha 01 de Agosto del 2016, que declaró Fundada la demanda y dispuso Reconocer la Tenencia de la menor S.L.Q.F. en favor del demandante, quien debe hacerse cargo de su cuidado y velar por el adecuado desarrollo de su vida; variándola únicamente en cuanto al régimen de visita, dispone que sea con externamiento en favor de la demandada, quien podrá ver a su hija S.L.Q.F. de Lunes a Viernes de 15:00 a 18:00 horas y todos los sábados desde las diez de la mañana con retorno los domingos a las diez de la mañana. Y con todo lo demás que contiene.

Es decir, que sigue vigente lo ordenado que las partes deban prestar las facilidades en todo momento para la continuidad de las visitas en beneficio de su menor hija; asimismo, que un Equipo Multidisciplinaria del Juzgado brinde terapia psicológica a favor de la menor y sus padres, en número de sesiones que resulten necesarias hasta lograr la estabilidad psicológica emocional y el fortalecimiento del vínculo de la menor con sus padres.

Es así; que la Sala Suprema conforme a sus atribuciones, y basándose primordialmente en las consideraciones de que no se busca favorecer al progenitor por el tiempo que estuvo con el menor sino lo que sea más beneficiosos para el menor; por lo que se hizo un análisis de todo lo actuado, concluyendo que existe un riesgo para la menor, por existir en la casa de la demandada personas que consumen licor todos los días, así como el comportamiento inapropiado de la madre frente a su hija al hacerle presenciar conductas propias de adultos, que podrían influir en el comportamiento negativo para su desarrollo integral.

Asimismo, en el análisis de dicha ejecutoria suprema, se puede observar que la Sala Suprema consideró que la Sala Civil Superior, no interpretó correctamente el artículo 84° inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes; fundamentando lo siguiente:

- Dicho artículo, delimita algunos criterios orientadores, mas no determinantes a ser tenidos en cuenta, los cuales están supeditados a que la tenencia y custodia del hijo recaiga en el progenitor que mejor garantice el derecho del niño o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor, mayor tiempo de convivencia de forma saludable, mayor afinidad, empatía, presencia en la crianza, etc.
- Manifiesta que el argumento objetivo de la Sala superior, se encuentra en razón del tiempo de convivencia de la menor con su madre y el reconocimiento tardía del padre don su hija; sin embargo, no se busca beneficiar al progenitor sino el menor sea beneficiado con el tiempo de convivencia.
- Conforme a los Informes psicológicos y sociales practicados a las partes, así como de la propia declaración de la menor, indica “(...) *mi madre era un poco mala,*

vivía en mi casa, ahora vivo con mi papi y no me pegan, mi mami dormía con otros hombres y yo dormía en el suelito (...)”. además señala que el comportamiento inapropiado de la madre frente a su hija al hacerle presenciar conductas propias de adultos pueden influir en un comportamiento negativo para su desarrollo integral.

- Se coincide con la Sala Civil en señalar que los padres de la menor con sus actitudes y conflictos entre ellos, sobre todo porque ambos desean hacerse cargo de la menor; sin embargo, estarían perjudicando en el normal desarrollo de la misma; asimismo, queda evidenciado que la menor indica que se siente más a gusto con su padre quien mantiene una buena relación afectiva y le puede brindar mejores condiciones de vida; así como se encuentran mejores condiciones a lado de la familia paterna.
- Sin embargo; también precisa que la presencia de la madre es positiva y fundamental en el desarrollo de la menor, teniendo en cuenta su prematura edad, siempre y cuando su actitud sea constructiva y amorosa, razón por la cual establece un régimen de visitas con externamiento más amplio del fijado por el Juez de la causa.

❖ **Postura respecto de la Ejecutoria Suprema**

Conforme al recurso de casación interpuesto por el demandante, indicó que la infracción normativa es respecto a la incorrecta interpretación del artículo 84° inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes.

Por lo que; considero que no sólo se basó en ello, sino que simultáneamente se vulneró el artículo 81° del mismo cuerpo legal, pues al no valorar íntegramente el principio del interés superior del niño; muy a pesar de que la Sala superior objetiva y razonablemente sostuvo que la madre de la menor se encontraría con mayor derecho de la tenencia, debido al tiempo de convivencia de la menor con su madre y aunado a ello el reconocimiento tardío del padre con su hija.

Es así; que en la Sentencia de la Sala Superior, al considerar el hecho de que la progenitora resultase más idónea para obtener la tenencia de la menor, sólo por el hecho de haya vivido mayor tiempo con la misma; considero que también se puede dilucidar que conforme a los hechos narrados por la partes; ambos padres tuvieron aproximadamente buen tiempo de convivencia con la menor; sin embargo, resulta necesario que viva donde sea mejor para su bienestar; puesto que el objetivo de una tenencia de menor; es asegurarle un ambiente sano y seguro donde la menor pueda desarrollarse plenamente; claro está que en el presente el padre se encontraría más idóneo para dicha tarea.

Es pertinente citar la Casación N° 1961-2012; la misma que establece:

NOVENO.- (...) 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. (...). (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2013)

Por consiguiente; considero que la decisión de la Corte Suprema, fue correcta, debido que basó su decisión en cuál de las partes, garantizaría mejor el desarrollo de la menor; teniendo en cuenta que ambos padres, convivieron buen tiempo con su menor hija; sin embargo, no se buscó favorecer a los progenitores sino por el contrario, prevalecer el bienestar íntegro de la menor; decisión que fue fundamentada también en base a los elementos probatorios obrantes en autos, conjuntamente con los informes emitidos por el equipo multidisciplinario y la declaración de la menor; corroborando así, que la convivencia de la menor con el padre (demandante), resultaría ser lo más favorable para ella, en atención al interés superior del niño; debiendo continuar con dicha convivencia, a fin de que la menor pueda ser atendida de manera integral.

Es importante también señalar; que en cuanto al régimen de visitas, éste tiene diversas particularidades las que conforme sostiene Del Águila Llanos (2019), indica:

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. (Pág. 63-64)

Considero por lo tanto; idónea la decisión de la Corte Suprema, de determinar el tiempo del Régimen de Visitas con externamiento más amplio del fijado por el Juez de la causa, a favor de la demandada; lo cual resulta beneficioso para el desarrollo emocional de la menor; pues convivió con la madre desde su nacimiento, y a pesar de tener algunas observaciones de acuerdo a lo manifestado por la misma; es su deseo estar junto a sus padres; es por ello, que tener la presencia continua de la madre junto a ella, resulta muy positivo dado que la menor tendrá mucha mayor seguridad, dependiendo claro de la actitud de la madre sea constructiva y amorosa.

V. CONCLUSIONES

- El problema de la tenencia de los hijos menores de edad, se plantea cuando los progenitores se encuentran separados de hecho (sean casados o no); a siendo necesario decidir a cuál de los padres se otorgará la tenencia de los hijos menores de edad. Por lo que; cuando no hay acuerdo entre los padres, o éste resulta perjudicial para la menor; será el Juez quien decidirá la controversia, haciendo prevalecer en su decisión el principio del Interés Superior del Niño, favoreciendo al progenitor que garantice mejor el desarrollo integral del menor.
- En este tipo de procesos, se tiene en cuenta los antecedentes y problemas surgidos entre los progenitores; es así que el Juez especializado deberá tener en consideración al momento de emitir su opinión, los factores para determinar el otorgamiento de la tenencia a uno de los progenitores; como el tiempo de convivencia con los padres, la edad del menor y su opinión; de igual forma los informes emitidos por el equipo multidisciplinario (psicológico y social), conjuntamente con los medios probatorios adjuntados al proceso por las partes; todo ello con la finalidad de emitir una decisión que resulte lo más favorable para el menor; siempre en atención al interés superior del niño.
- En el presente caso, considero que la sentencia emitida por la Ejecutoria Suprema, en mi opinión se resolvió de la manera más idónea; valorando no sólo de manera integral lo indicado en el ordenamiento legal; sino también corroborando con los Informes emitidos por el equipo multidisciplinario (psicológico y social) practicados a las partes así como la declaración de la menor; evidenciando y corroborando así, que la convivencia de la menor con el padre (demandante), resultaría ser lo más favorable para ella, en atención al interés superior del niño, puesto cumple mejor con las condiciones inmateriales para el mejor desarrollo de la menor; debiendo continuar con dicha convivencia, a fin de que la menor pueda ser atendida de manera total.
- De igual forma, enfatizar, el demandante deberá garantizar el derecho de la menor a mantener contacto con su progenitora; pues el A quo determinó un tiempo del Régimen de Visitas con externamiento más amplio del fijado por el Juez de la causa, a favor de la demandada; lo cual resulta beneficioso para el desarrollo emocional de la menor.
- Finalmente; es importante indicar, que en el presente proceso no sólo se fijó el reconocimiento de la tenencia a favor del demandante; sino que también, se ordenó que ambos padres y la menor, deberán recibir terapia psicológica practicado por el Equipo Multidisciplinaria del Juzgado; todo ello en favor de lograr la estabilidad psicológica emocional y el fortalecimiento del vínculo de la menor con sus padres. Lo cual al término del presente proceso se indicó que dicha orden fue cumplida, dejando archivado el proceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, B. (2009). *La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida*. *Derecho y Sociedad* 32. Lima, pp. 192 y 193.
- Álvarez, B. (2016). Consumer Eroski. del 28 de Junio de 2019, Revista consumer.es – doméstica - familia mayo 2016. Pág. 7
- Chávez Bustamante, A. S. (2012). *Un reparto equitativo de la autoridad parental. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley 29269*. *Dialogo con la jurisprudencia* N° 160. p. 124.
- Del Águila Llanos, J. C. (2019). *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas*. Lima: Ubi Lex Asesores S.A.C. Pág. 63 -64
- López Contreras, R. E. (2015). *Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido*. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70
- Piqué Buitrón, E., (2013). *El proceso de hábeas corpus e instituciones del Derecho de Familia*. *Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *Gaceta Jurídica*, Lima. Pág. 145.
- Placido Vilcachagua, A. (2003). *Código Civil Comentado*. Lima: *Gaceta Jurídica*
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: *Gaceta Jurídica*. Pág. 304
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, Pág. 305*.
- 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 Republica, Casación N° 1821-2011 (03 de Mayo de 2012).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N°1961-2012 (10 de Septiembre de 2013).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N°2309-2015 (12 de Abril del 2016).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N°1303-2016 (06 de marzo de 2017).
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 171- 2018 (20 de Agosto de 2018).

VII. ANEXOS


El anexo que se adjuntan al presente informe, es SÓLO la Resolución de la Corte Suprema (Casación)


210

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


**CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor**

En todo proceso judicial de tenencia y custodia de menor 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, en clara aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, consagrado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.


Lima, treinta de noviembre
de dos mil diecisiete.-


LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número trescientos veinte - dos mil diecisiete- en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia:


I. ASUNTO


Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación de fecha veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis, interpuesto a fojas ciento ochenta y siete, por [REDACTED], contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de octubre de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento sesenta y cinco, expedida por la Corte Superior de Justicia de Cusco, que entre otros, Revocó la sentencia de primera instancia de fecha uno de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento dieciocho, que declaró Fundada la demanda y dispone reconocer la tenencia de la menor [REDACTED] a favor de su progenitor [REDACTED], con lo demás que contiene; en los

211

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

seguidos contra [REDACTED] sobre tenencia y custodia de menor.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante escrito de fecha cinco de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas nueve, [REDACTED], ha interpuesto la presente demanda de tenencia y custodia de su menor hija [REDACTED] solicitando que se declare judicialmente la tenencia y que se le reconozca la custodia real y efectiva, por haberse producido la insolvencia moral por parte de su madre y la afectación moral en contra de su menor hija, como fundamentos de su demanda señala:

✓ Indica que producto de la relación sentimental que mantuvo con la demandada nació su hija [REDACTED], el día veintitrés de marzo de dos mil diez, así mismo hizo vida conyugal con la demandada desde junio del año dos mil once, hasta febrero del año dos mil quince, fecha en la que decidieron separarse temporalmente retornando cada uno a la casa de sus padres por las discusiones y las necesidades económicas que pasaban.

✓ Refiere que el veintinueve de diciembre de dos mil quince, aproximadamente a las once de la mañana en la urbanización [REDACTED], el demandante encuentra a la demandada con otro varón en actitudes sospechosas, acto que le causó asombro porque aun mantenía relación sentimental, habiéndole seguido y observado a la demandada en actitudes románticas con el varón referido, el actor llamó al hermano de la demandada para que constate la situación, es así que ambos se acercaron a la demandada y le reprocharon su conducta.

212

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

✓ Precisa que tenía la tenencia compartida de su hija en forma consensual, el demandante todas las mañanas la llevaba a su casa y la retornaba en las noches a la casa de la madre de la menor.

✓ Menciona que actualmente su menor hija se encuentra en su poder.

✓ El demandante indica que al hacer averiguaciones de la madre de su hija se dio con la sorpresa que durante la relación, ella mantuvo relaciones a la par con otros hombres, realizando actos indebidos delante de su menor hija y que la demandada asistía a reuniones sociales con la menor, quien observaba todas las actitudes de su madre; demostrando con tales actos la insolvencia moral y el peligro moral de la menor.

2. Contestación de la Demanda

Mediante escrito de fecha dos de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y uno, la demandada [REDACTED] contesta la demanda sosteniendo básicamente que:

✦ Señala que la menor [REDACTED] nació el veintitrés de marzo de dos mil diez, pero que el demandante no la reconoció y por tal motivo la menor fue inscrita con los apellidos de la madre; pasado un año recién el demandante se apersona a la oficina de registros civiles de la Municipalidad de [REDACTED] para hacer el reconocimiento de paternidad y se generó una nueva acta de nacimiento.

✦ Indica que la convivencia se inició en junio del año dos mil doce, en la casa de los padres del actor, quienes la trataron mal insistiendo que tenía que hacer una prueba de ácido desoxirribonucleico a la menor para saber si era hija del demandante y por ese motivo no la quería reconocer;

213

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

pasado el tiempo se mudaron a la urbanización [REDACTED] lugar donde la demandada era maltratada física y psicológicamente por el padre de su hija, se separaron por el maltrato físico y psicológico de parte del demandante y por la incompatibilidad de caracteres, porque el demandante se dedicaba a sus padres dejándoles en abandono moral y material a la demandada y su menor hija, se separó del demandante en el año dos mil catorce, niega que haya realizado actos deshonrosos delante de su menor hija.

↓ Refiere que los testigos que menciona el demandante quienes supuestamente testifican haber visto las actitudes deshonrosas, son sus familiares y amistades quienes están a favor del mismo.

↓ Afirma que su menor hija [REDACTED] ha estado bajo su tenencia de hecho desde que tenía tres años, habiendo estudiado el nivel inicial de cuatro y cinco años, y que han vivido, desde febrero del año dos mil quince, en el inmueble de sus padres en donde la menor tiene su habitación con todos sus bienes y también señala que la menor tiene buena conducta y rendimiento académico estando junto a su madre.

↓ Finalmente indica que el veintinueve de diciembre de dos mil quince, el demandante se apersonó al domicilio de la demandada para llevar a su menor hija al parque, y que en horas de la tarde tenía que regresarla a su domicilio, pero no la devolvió hasta la fecha, la demandada se apersonó a la comisaría a asentar una denuncia, pero no le aceptaron señalando que era el padre de la menor; el demandante le negó ver a su menor hija, indica que el demandante no presenta pruebas para probar su demanda y sus afirmaciones son producto de su imaginación.

710

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

3. Puntos Controvertidos

Mediante acta de audiencia única, de fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, obrante a fojas setenta, se fijó como puntos controvertidos:

- 1.- Determinar si [REDACTED] cumple con las condiciones fácticas y legales para que se le reconozca la tenencia de su hija de iniciales [REDACTED] de cinco años de edad al momento de interponer la demanda.
- 2.- Determinar si el progenitor de la menor quien se hace cargo de ella, cuenta con las condiciones necesarias para continuar con la tenencia de su menor hija.
- 3.- Establecer cuál es la parte que convivió mayor tiempo con la menor en forma favorable.
- 4.- Determinar si procede otorgar un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtenga la tenencia de la menor.

4. Sentencia de Primera Instancia

El Juez del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante sentencia de fecha uno de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento dieciocho, ha declarado Fundada la demanda, en consecuencia, reconocer la tenencia de la menor a favor del progenitor que es el demandante y establecer el régimen de visitas.

Como fundamentos de la sentencia se señalan:

Que, se ha determinado que los padres de la menor con sus actitudes estarían perjudicando el normal desenvolvimiento y adaptación de la menor [REDACTED] sin embargo, ha quedado en evidencia que tales conflictos entre ellos, se debe a que ambos tienen el deseo e interés de hacerse cargo de la menor y velar por su estabilidad y comodidad, por lo que, estando a lo mencionado por la menor en su

215

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

evaluación psicológica y en su declaración en audiencia, se ha advertido que se siente más cómoda con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva, desaprobando la actitud de su madre pese a que desea continuar su relación con ella deseando verla como lo ha estado haciendo a la fecha; así, ha quedado en evidencia que conforme la situación económica y de apoyo familiar el demandante sería quién tendría mejores posibilidades de apoyar a su menor hija para su adecuado cuidado, desarrollo y desenvolvimiento, dado que cuenta con el asentimiento y aprobación de la propia menor quien si bien ha manifestado querer vivir con ambos, se infiere de su declaración que las condiciones más adecuadas se encuentran a lado de la familia paterna, de donde recibe apoyo y compañía por parte de sus tías contrario a la familia materna que según ha referido su tío y abuelo tienden a beber continuamente, siendo así, corresponde reconocer dichas situaciones jurídicas judicialmente, entonces se debe estimar la demanda interpuesta, de conformidad con el Dictamen Fiscal emitido por la Tercera Fiscalía Provincial Civil y de Familia del Cusco.

5. Recurso de Apelación

Mediante escrito de fecha diez de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento treinta y dos, la demandada [REDACTED] interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresa como agravios:

- Señala que la recurrente se separó del demandante a consecuencia de los maltratos físicos y psicológicos a los que era sometida.
- Indica que el demandante concurre al domicilio de la demandada el día veintinueve de diciembre de dos mil quince, a visitar a su menor hija y se lleva consigo a la menor para ya no retornarla a su domicilio.

216

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

➤ Precisa que el A quo no tomó en consideración que la menor vivía con su progenitora desde su nacimiento hasta que el demandante la sustrajo del domicilio, que no existe motivación que justifique que la menor sea arrancada del cuidado de su madre.

➤ Señala que es incoherente que en la sentencia se determine que quien debe estar al cuidado de la niña sea una persona que en su perfil psicológico presenta depresión y baja autoestima.

6. Sentencia de Vista

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante sentencia de vista de fecha diecinueve de octubre de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento sesenta y cinco, revocó la sentencia contenida en la resolución número trece, de fecha uno de agosto de dos mil dieciséis, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declaró infundada la demanda, sosteniendo básicamente que:

1. Señala que la menor pasó la mayor parte de su existencia (6 años) al lado de su progenitora, esa conclusión tiene relación con lo establecido en el artículo 84 a) del Código de los Niños y Adolescentes: *"En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (...)".*

2. Indica en el proceso, el demandante se ha encargado de poner en duda el comportamiento o estilo de vida de la demandada, atribuyéndole incluso relaciones amorosas con terceros, hecho que de ninguna forma tiene relación con un proceso de tenencia, salvo que aquél hecho sea influencia negativa, evidenciado en la menor, así pues, erróneamente se

217

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

X ha redireccionado este proceso a discutir asuntos de supuesto mal comportamiento no probado de la demandada.

3. Finalmente precisa que la progenitora es la que permaneció más tiempo con la menor ya que el progenitor reconoció después de casi un año de nacida a la menor y toman en cuenta que la menor es una niña (mujer), de seis años de edad, debiendo aplicarse al presente, el artículo 84 a) del Código de los Niños y Adolescentes.

III. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Suprema Sala mediante resolución de fecha cuatro de mayo de dos mil diecisiete, obrante a fojas treinta y tres del cuaderno de casación, ha declarado **PROCEDENTE** el recurso, por la siguiente infracción normativa.

i) **Infracción normativa del artículo 84 inciso a) del Código de los niños y adolescentes.**- Sostiene que, la Sala Superior no ha interpretado correctamente la norma en comento, por cuanto no tomó en cuenta que para aplicar la opción, en caso de no existir acuerdo sobre tenencia, de que el menor permanezca con el progenitor con quien tuvo mayor tiempo, el citado dispositivo hace referencia a una condición : "Siempre que le sea favorable", debiendo interpretarse esto como aquello que le tenga que ser favorable al menor desde la óptica integral, lo cual no sucedió, pues atendiendo a lo expuesto lo correcto era otorgarle la tenencia de su menor hija, como así lo hizo el Juez de primera instancia, que en aplicación del artículo IX del Título Preliminar y artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes es que declara fundada la demanda. Precisa que la sentencia recurrida se funda en que la motivación del Juez de primera

218

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

instancia es subjetiva, pero sin valorar todo lo actuado, esto es, los informes, pericias y demás instrumentos que forman parte del presente proceso, que demuestran que lo más favorable para la menor es estar bajo la tenencia del progenitor. Agrega que, el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, expresa claramente que la interpretación debe realizarse sobre asuntos de conflicto del menor, en función a su interés superior, su esfera física, moral y psicológica, y que estas no se vean en peligro inmediato o mediato, hecho que no ha ocurrido en el presente caso, pues en la sentencia de vista no se aplicó de manera idónea y teleológica la mencionada norma, colisionando con su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

Finalmente de conformidad con lo señalado en el inciso 4) del artículo 388 del Código Procesal Civil, indica el recurrente, que su pedido casatorio es revocatorio.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE:

Consiste en determinar si se ha infringido el artículo 84 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes.

V. CONSIDERANDO:

Primero: La tenencia ha sido definida en la doctrina, como un atributo de la patria potestad y es un deber derecho preferente de uno de los padres de vivir en compañía de su hijo cuando se ha producido una situación de desavenencia con el otro progenitor que desplaza a uno de ellos de la convivencia¹.

¹ María Isabel Sokolich Alva; Apuntes relativos a la patria potestad y a la tenencia y custodia; Material de Lectura del Curso de Derecho de Familia; Colegio de Abogados de Lima; 2005.

219

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

Segundo: Es necesario destacar, asimismo, que el principio valor del Interés Superior del Niño, recogido en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de mil novecientos ochenta y nueve, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, según la cual en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades Administrativas o los Órganos Legislativos, se deberá tener como una consideración primordial el interés superior del niño, lo cual ha sido ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278, de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día cuatro de ese mismo mes y año, y desarrollado a nivel nacional en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que lo consagra como un principio rector, precisando que: "en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivos, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos", contenido del que se desprende un valor especial y superior, así como la exigencia de un trato especial de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, que irradia no solo el Estado, sino a la sociedad y a la propia familia, incluidos los padres o responsables de los derechos del menor, tendientes a la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social, para que no se vean supeditados a la voluntad de tales personas, sino al interés de éstos, de manera tal que en las decisiones a adoptarse se debe considerar preferentemente aquéllas que les ofrezcan a los niños y adolescentes, el máximo bienestar.

720

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

Tercero. - El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes delimita algunos criterios orientadores, más no determinantes, a ser tenidos en cuenta por el juzgador a fin de dilucidar cuál de los padres ejercerá la tenencia y custodia del hijo. De esta forma, establece criterios como: a) El tiempo de convivencia del hijo con los padres; b) La edad del hijo; están supeditados a su vez a que la tenencia y custodia del hijo recaiga en el progenitor que mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. El mayor tiempo de convivencia entre un padre o madre y su hijo supone en condiciones normales y "saludables"; mayor grado de afinidad, empatía y afianzamiento de la relación paterno-filial como resultado de la interacción y presencia continua del padre o de la madre en la crianza del hijo; sin embargo, la realidad demuestra que no siempre este factor por sí mismo es suficiente para que el juez de la causa prefiera a un padre sobre el otro, por cuanto podría darse el caso que la convivencia por el contrario fuera perjudicial para el niño, sea por la existencia de actos de maltrato infantil o por el incumplimiento de los deberes a los que alude el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, de allí 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, en clara aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, consagrado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, ya precisado.

Quarto: Que, en el caso de autos, del análisis de la sentencia de vista se colige que los fundamentos esbozados por la autoridad jurisdiccional para revocar la sentencia apelada y declarar infundada la demanda se basan esencialmente en lo expuesto en el considerando tres punto seis punto ocho de la sentencia recurrida: "(...) lo anterior nos obliga a tomar una decisión en base a lo real u objetivo: i) la progenitora es la que

221

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

permaneció más tiempo con la menor, ii) el progenitor reconoció a la menor casi un año después de nacida aquella, omitiendo haberse referido a ese hecho en su demanda, iii) la menor es una niña (mujer), de 6 años de edad, debiendo aplicarse al presente, el artículo 84.a) del Código de los Niños y Adolescentes (...)” (sic); en tal sentido toda la argumentación del Ad quem se encuentra en razón del tiempo de convivencia de la menor con su madre y el reconocimiento tardío del padre a su hija.

Quinto: Este Supremo Colegiado, debe de reiterar que en procesos como estos no se busca lo que le favorece al progenitor por el tiempo en que estuvo con el menor sino lo que sea más beneficioso para éste (menor), por ello el artículo 84 inciso a) del Código acotado, establece la excepción en el tiempo de convivencia, cual es, “siempre que le sea favorable”; en tal sentido, para determinar esto, es necesario hacer un análisis de lo actuado en el proceso, con el único fin de determinar a quién corresponde la tenencia de la menor. Al respecto, conforme se puede observar de acuerdo a los Informes Sociales de fojas sesenta y uno y ochenta y cinco, efectuados al demandante y a la demandada, así como de los Informes Psicológicos también practicados a los mismos, de la propia declaración dada por la menor de iniciales [REDACTED] tanto en el Informe Psicológico de fojas veintinueve, en el cual señala que: “(...) mi madre era un poco mala, vivía en mi casa, ahora vivo con mi papi y no me pegan, mi mami dormía con otros hombres y yo dormía en el suelo, cuando mi papá se fue a [REDACTED] mucho tiempo y teníamos tiempo, venían mis tíos [REDACTED] y mi tío [REDACTED] dormían en la cama y yo me alojaba al suelo un día fuimos a [REDACTED] y se besaron en una cama mi mami y [REDACTED] es primo de mi mamá, mi mami todo se arrojaba en la cama y yo en el suelo, por eso no me puede ver, mucho me pega (...)” (sic); asimismo, en ese mismo informe sostiene: “(...) mi mami se llama Rosana, es un poco buena y es mucho mala, porque me pegaba mucho yo vivía en la casa, mi papi se

202

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

llama [REDACTED] es bueno, con él jugamos, salimos a pasear, él no me pega, solo me habla cuando hago algo mal (...)” (sic); se puede observar del Acta de Audiencia Única de fecha diecinueve de abril de dos mil dieciséis, de fojas noventa y cuatro, que la menor ha declarado que: “(...) no me quedo en la casa de mi mamá, porque mi papá no quiere que vaya, porque tiene su tío y su abuelo que toman todos los días y vienen a la casa borrachos, tomaban en la sala (...)” (sic); de lo expuesto se puede concluir, el riesgo en que se encuentra la menor al existir en la casa de la demandada personas que consumen licor todos los días, así como el comportamiento inapropiado de la madre frente a su hija al hacerle presenciar conductas propias de adultos que pueden influir en un comportamiento negativo para su desarrollo integral, observándose que la niña se siente más a gusto con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva y quien le puede brindar mejores condiciones de vida; siendo esto así, coincidimos con lo determinado por el A quo, al señalar en el noveno considerando de la sentencia de primera instancia que: “(...) se ha determinado que los padres de la menor con sus actitudes estarían perjudicando el normal desenvolvimiento y adaptación de la menor [REDACTED]; sin embargo, ha quedado en evidencia que tales conflictos entre ellos se debe a que ambos tienen el deseo e interés de hacerse cargo de la menor y velar por su estabilidad y comodidad, por lo que, estando a lo mencionado por la menor en su evaluación psicológica y en su declaración en audiencia, se ha advertido que se siente más cómoda con su padre con quien mantiene una buena relación afectiva, desaprobando la actitud de su madre pese a que desea continuar su relación con ella deseando verla como lo ha estado haciendo a la fecha; así, ha quedado en evidencia que conforme la situación económica y de apoyo familiar el demandante sería quién tendría mejores posibilidades de apoyar a su menor hija para su adecuado cuidado, desarrollo y desenvolvimiento, dado que cuenta con el asentimiento y

203

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

aprobación de la propia menor quien si bien ha manifestado querer vivir con ambos, se infiere de su declaración que las condiciones más adecuadas se encuentran a lado de la familia paterna, de donde recibe apoyo y compañía por parte de sus tías contrario a la familia materna que según ha referido su tío y abuelo tienden a beber continuamente, siendo así, corresponde reconocer dichas situaciones jurídicas judicialmente, entonces se debe estimar la demanda (...)" (sic).

Sexto: Por lo expuesto, este Supremo Tribunal determina quien debe tener a cargo la tenencia de la menor, teniendo en cuenta lo expuesto y privilegiando el interés superior del niño es el demandante, por ello debe declararse fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada, con el régimen de visitas adecuado sin perjuicio de lo expuesto, también debe precisarse que la presencia de la madre es positiva y fundamental en el desarrollo de la menor teniendo en cuenta su prematura edad (siete años), que le ayudará a tener mayor seguridad siempre y cuando su actitud sea constructiva y amorosa, razón por la cual la madre demandada debe de gozar un régimen de visitas con externamiento más amplió del fijado por el Juez de la causa, así la madre demandada podrá ver a su hija de iniciales [REDACTED], de lunes a viernes de 15:00 a 18:00 horas y todos los sábados de cada mes desde las diez de la mañana con retorno los domingos a las diez de la mañana.

VI. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, y de conformidad con el Dictamen de la señora Fiscal Suprema: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento ochenta y siete, por [REDACTED] en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha

224

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 320 - 2017
CUSCO
Tenencia y Custodia de Menor

diecinueve de octubre de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento sesenta y cinco; **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha uno de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento dieciocho, que declaró Fundada la demanda de tenencia de la menor [REDACTED], a favor de su progenitor [REDACTED], quien debe hacerse cargo de su cuidado y velar por el adecuado desarrollo de su vida; variándola únicamente en cuanto al régimen de visitas y dispone que éste sea con externamiento a favor de la demandada, quien podrá ver a su hija de iniciales [REDACTED] de lunes a viernes de 15:00 a 18:00 horas y todos los sábado desde las diez de la mañana con retorno los domingos a las diez de la mañana; con todo lo demás que contiene; **MANDARON** publicar la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" bajo responsabilidad; en los seguidos contra Rosalía Fernández Huamán, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Távara Córdova.

SS.

TÁVARA CÓRDOVA 

HUMANÍ LLAMAS 

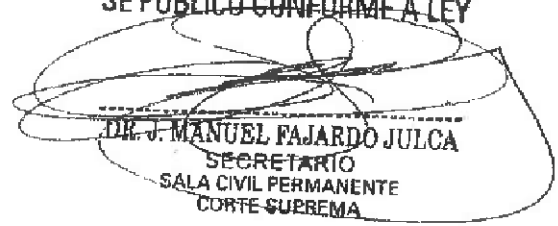
DEL CARPIO RODRÍGUEZ 

CALDERÓN PUERTAS 

SÁNCHEZ MELGAREJO 

Jrs/Csa

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

17 ABO. 2018

3º JUZGADO FAMILIA DE CUSCO - S.E. Mesón Urb. La Florida C-14
EXPEDIENTE : 41-2016-0-1001-JR-FC-03
MATERIA : TENENCIA
JUEZ : BEJAR ROJAS EDWIN ROMEL
ESPECIALISTA : JOSELIN PEZO HUALLPA
CITACION : TERCERA FISCALIA PROVINCIAL CIVIL Y FAMILIA DE CUSCO,
DEMANDADO : [Redacted]
DEMANDANTE : [Redacted]

AUTO - INGRESA A EJECUCION DE SENTENCIA

Resolución Nro. 22

Cusco, trece de setiembre del dos mil dieciocho.-

POR RECIBIDO, en la fecha el expediente remitido por la Sala Civil permanente de la Corte Superior de Justicia de la República con casación 320-2017 que declaro fundado el recurso de casación interpuesto por [Redacted] en consecuencia CASARON la sentencia de vista de fecha diecinueve de octubre del dos mil diecisiete, obrante a fojas ciento sesenta y cinco y ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA CONFIRMARON la sentencia de primera instancia de fecha uno de agosto del dos mil dieciséis que declaro fundada la demanda con la pretensión de tenencia interpuesta por [Redacted] contra [Redacted] que RECONOCER LA TENENCIA de la menor [Redacted] en favor de su progenitor [Redacted] quien debe hacerse cargo de su cuidado y velar por el adecuado desarrollo de su vida.

Variándola en el extremo del régimen de visitas que dispone que este sea con externamiento a favor de la demandada quien podrá ver a su hija de lunes a viernes de 15:00 y 18:00 horas, y todos los sábados desde las 10:00 de la mañana con retorno de los domingos a las diez de la mañana

En tal sentido conforme a su estado **INGRESE A EJECUCIÓN DE SENTENCIA.**

1. Requiriéndose a ambas partes prestar las facilidades necesarias en todo momento para la continuidad de las visitas, tal como está ordenado.
2. Se dispone que el Equipo Multidisciplinario de esta Corte Superior de Justicia, brinde terapia psicológica a la menor [Redacted] así como a sus padres [Redacted] y [Redacted], en número de sesiones que resulten necesarias, debiéndose informar acerca de los avances obtenidos que propenderán a lograr su estabilidad psicológica emocional y el fortalecimiento del vínculo de la menor con sus padres, según el método que vean por conveniente. **REMITASE EL FORMATO CORRESPONDIENTE. H.S.**

EDWIN ROMEL BEJAR ROJAS
JUEZ
TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE CUSCO
Corte Superior de Justicia de Cusco
[Redacted]

JOSELIN PEZO HUALLPA
SECRETARIO JUDICIAL
TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE CUSCO
Corte Superior de Justicia de Cusco
[Redacted]

30

3° JUZGADO FAMILIA DE CUSCO
EXPEDIENTE : 00041-2016-0-1001-JR-FC-03
MATERIA : TENENCIA
JUEZ : BEJAR ROJAS EDWIN ROMEL
ESPECIALISTA : JOSELIN PEZO HUALLPA
CITACION : TERCERA FISCALIA PROVINCIAL CIVIL Y FAMILIA DE CUSCO,
DEMANDADO : ██████████
DEMANDANTE : ██████████

AUTO DE ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO

Resolución Nro. 27


Cusco, doce de noviembre del dos mil diecinueve.-



DE OFICIO, VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la finalidad del proceso es la solución de un conflicto de intereses con relevancia jurídica, y alcanzada ésta corresponde su archivamiento definitivo.

SEGUNDO: Revisados los actuados se advierte, que el trámite del presente proceso ha concluido, puesto que ha sido ejecutado.

Por lo que habiendo cumplido su finalidad **SE RESUELVE: ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE** el expediente debiendo remitir los autos al Archivo Central de esta Corte Superior de Justicia para su depósito definitivo. **H. S.**


EDWIN ROMEL BEJAR ROJAS
JUEZ
TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE CUSCO
Corte Superior de Justicia de Cusco
PODER JUDICIAL


PODER JUDICIAL DEL PERÚ

JOSELIN PEZO HUALLPA
SECRETARIA JUDICIAL
TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE CUSCO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO