JURISPRUDENCIA PERUANA

Tenencia y régimen de visitas

Sentencias completas y comentarios jurídicos

Pleno casatorio, acuerdos plenarios y doctrina

1997–2026

TOMO ÚNICO · COBERTURA PARCIAL DE 2026

Estudio De Iure Abogados

EDITOR

Abogado Daniel Efrain Valderrama Chacaltana

RESPONSABLE DE LA EDICIÓN Y COMPILACIÓN

Tacna, Perú · 2026

Tenencia y régimen de visitas

Jurisprudencia peruana comentada · 1997-2026

Tomo único

Editor

Estudio De Iure Abogados

Responsable de la edición y compilación

Abogado Daniel Efrain Valderrama Chacaltana

Tacna, Perú

WhatsApp: 956226278
Correo electrónico: deiureabogados70@gmail.com
Página web: https://deiureabogados.net.pe

Edición de consulta · Septiembre de 2026

Investigación y redacción preparadas con asistencia de inteligencia artificial. No es una publicación oficial del Poder Judicial ni del Tribunal Constitucional. La identificación del editor y responsable corresponde a los datos proporcionados para esta edición.

La inclusión de firmas o sellos en un facsímil no conserva la validación criptográfica del archivo fuente. Para uso procesal debe consultarse la resolución original y verificarse su pertinencia al caso concreto. No se consigna ISBN ni depósito legal no acreditados.

Introducción

La tenencia y el régimen de visitas organizan dimensiones esenciales de la vida de un niño después de la separación de sus progenitores. El problema jurídico no se agota en determinar con quién reside: comprende cuidado cotidiano, continuidad escolar, relaciones fraternas, contacto seguro, participación en decisiones y cumplimiento efectivo de las medidas adoptadas. Este tomo ofrece una selección de jurisprudencia para investigar esas cuestiones desde los hechos del caso y el alcance exacto de la decisión.

La obra combina un recorrido cronológico con entradas temáticas. Cada unidad contiene una ficha de comentario y el documento judicial. La ficha diferencia resultado, razonamiento, aplicación, conexión doctrinal y límites. Su propósito es permitir una lectura que no confunda la sumilla con el fallo, la alegación con la prueba o la nulidad de una sentencia con la concesión definitiva de la tenencia.

El material reúne casaciones de las salas civiles, sentencias del Tribunal Constitucional, el III Pleno Casatorio Civil y acuerdos jurisdiccionales seleccionados. No todas estas fuentes tienen el mismo valor. El III Pleno se incorpora por sus reglas procesales de familia, aunque su litigio de origen sea de divorcio. Los acuerdos nacionales se presentan como criterios orientadores. Las sentencias constitucionales del Pleno no se denominan plenos casatorios.

La lectura temporal resulta indispensable. Las sentencias anteriores a la reforma de 2022 contienen una redacción de los artículos 81 y 84 distinta de la establecida por la Ley 31590. La jurisprudencia de 2025, por su parte, replantea el ámbito del hábeas corpus familiar. Las resoluciones posteriores muestran coincidencias de resultado, pero también divergencias en la fundamentación. El compendio registra esas tensiones en vez de ofrecer una uniformidad que los textos no sostienen.

La doctrina seleccionada se utiliza como apoyo, contraste o contexto. Las referencias D1-D4 remiten a artículos consultados directamente, con páginas identificadas. Las conexiones retrospectivas son de esta edición: no se atribuye a un autor haber comentado una sentencia posterior a su trabajo. Tampoco se incorporan como fuentes consultadas las obras que solo aparecen citadas dentro de esos artículos.

Los textos judiciales se conservan completos según los documentos recuperados, con los votos incluidos en cada archivo. En las actas de acuerdos se seleccionan los temas identificados, no las materias ajenas al objeto del libro. Se retiraron únicamente elementos gráficos editoriales separables; se mantienen sellos, firmas, ocultaciones y errores del documento judicial. Esta es una edición de estudio, no una copia certificada ni un catálogo exhaustivo de decisiones.

Índice general

Sección	Página
Introducción	003
Índice general	004
Índice cronológico	005
Índice temático	007
Método y alcance documental	008
Guía de lectura jurídica	009
Reforma de 2022 y lectura temporal	010
Mapa doctrinal de los comentarios	011
1997 · Jurisprudencia y acuerdos	012
2009 · Jurisprudencia y acuerdos	016
2011 · Jurisprudencia y acuerdos	036
2012 · Jurisprudencia y acuerdos	133
2013 · Jurisprudencia y acuerdos	140
2014 · Jurisprudencia y acuerdos	158
2016 · Jurisprudencia y acuerdos	172
2017 · Jurisprudencia y acuerdos	224
2018 · Jurisprudencia y acuerdos	276
2019 · Jurisprudencia y acuerdos	312
2021 · Jurisprudencia y acuerdos	392
2022 · Jurisprudencia y acuerdos	412
2024 · Jurisprudencia y acuerdos	418
2025 · Jurisprudencia y acuerdos	503
2026 · Jurisprudencia y acuerdos	545
Bibliografía doctrinal y normativa	563
Registro de fuentes judiciales	564

Índice cronológico

La primera página indicada corresponde al comentario; la segunda, al documento judicial. Rige la fecha de emisión, no el año del número de expediente.

Fecha / ficha	Resolución o acuerdo	Comentario	Texto
1997 / J01	Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia · Acuerdos 3 y 8	012	013
2009-10-07 / J02	TC · Exp. 01817-2009-PHC/TC · Lima	016	017
2011-03-18 / J03	III Pleno Casatorio Civil · Casación 4664-2010 · Puno	036	037
2012-10-17 / J04	TC · Exp. 01905-2012-PHC/TC · Ica	133	134
2013-09-10 / J05	Casación 1961-2012 · Lima	140	141
2014-03-18 / J06	Casación 1384-2012 · Ucayali	158	159
2016-03-29 / J07	Casación 3016-2015 · Tacna	172	173
2016-05-04 / J08	Casación 1252-2015 · Lima Norte	184	185
2016-05-06 / J09	Casación 2702-2015 · Lima	192	193
2016-08-08 / J10	Casación 3767-2015 · Cusco	209	210
2017-03-06 / J11	Casación 1303-2016 · Cajamarca	224	225
2017-03-23 / J12	Casación 2606-2016 · Lima Este	237	238
2017-07-18 / J13	Casación 3496-2016 · Lima	253	254
2018-05-10 / J14	Casación 4253-2016 · La Libertad	276	277
2018-06-08 / J15	Casación 37-2017 · Lima	289	290
2018-09-17 / J16	Casación 3023-2017 · Lima	303	304
2019-01-15 / J17	TC · Exp. 04937-2014-PHC/TC · Junín	312	313
2019-03-08 / J18	Casación 1440-2018 · Callao	339	340
2019-06-13 / J19	Casación 2154-2018 · Arequipa	362	363
2019-06-24 / J20	Casación 3962-2018 · Lima	379	380
2021-05-28 / J21	Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia · Temas 1 y 3	392	393
2022-10-14 / J22	TC · Exp. 01227-2021-PHC/TC · Cajamarca	412	413
2024-07-04 / J23	Casación 4811-2021 · Lima Norte	418	419
2024-07-17 / J24	TC · Exp. 01618-2023-PHC/TC · Piura	491	492
2024-10-11 / J25	TC · Exp. 02970-2023-PHC/TC · Tacna	497	498
2025-06-30 / J26	TC · Exp. 01431-2024-PHC/TC · Lima	503	504

Fecha / ficha	Resolución o acuerdo	Comentario	Texto
2025-09-17 / J27	TC · Exp. 04750-2024-PHC/TC · Lima	514	515
2025-10-27 / J28	TC · Exp. 01267-2025-PHC/TC · Lima	534	535
2026-02-23 / J29	TC · Exp. 02673-2024-PHC/TC · Huaura	545	546
2026-07-24 / J30	TC · Exp. 04252-2025-PHC/TC · Arequipa	557	558

Índice temático

Escucha del niño y motivación

J01 (p. 012) · J05 (p. 140) · J09 (p. 192) · J11 (p. 224) · J16 (p. 303) · J23 (p. 418)

Tenencia compartida y condiciones de cuidado

J08 (p. 184) · J07 (p. 172) · J10 (p. 209) · J13 (p. 253) · J23 (p. 418)

Congruencia, integración y consulta

J03 (p. 036) · J08 (p. 184) · J21 (p. 392)

Visitas y obligación alimentaria

J12 (p. 237) · J14 (p. 276) · J15 (p. 289) · J19 (p. 362)

Variación, ejecución y transición progresiva

J09 (p. 192) · J10 (p. 209) · J12 (p. 237) · J23 (p. 418)

Familia extensa, hermanos y hogares reconstituidos

J06 (p. 158) · J18 (p. 339) · J17 (p. 312)

Riesgos y valoración de prueba relevante

J02 (p. 016) · J04 (p. 133) · J20 (p. 379) · J23 (p. 418)

Límites del hábeas corpus familiar

J22 (p. 412) · J24 (p. 491) · J25 (p. 497) · J26 (p. 503)

Votos, discordia y evolución 2025-2026

J27 (p. 514) · J28 (p. 534) · J29 (p. 545) · J30 (p. 557)

Resoluciones de procedencia Tacna

J07 (p. 172) · J25 (p. 497)

Método y alcance documental

Selección y cierre

Consulta documental cerrada el 3 de septiembre de 2026. Se reúnen 30 unidades comentadas: casaciones, sentencias constitucionales y dos conjuntos de acuerdos jurisdiccionales. La selección atiende a motivación, escucha, cuidado compartido, visitas, vínculos familiares y límites constitucionales. No se cuentan como unidades independientes las resoluciones meramente citadas dentro de otra.

Fuentes y reproducción

Se priorizaron los portales oficiales del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Ocho casaciones se recuperaron mediante copias judiciales publicadas por un repositorio jurídico no oficial; la ficha y el registro final identifican esa procedencia. Cada sentencia se reproduce íntegra conforme al archivo recuperado. No se afirma que el tomo contenga el expediente judicial completo ni todos sus anexos.

Actas seleccionadas

Del Pleno de Familia de 1997 se incluyen los acuerdos 3 y 8 (páginas 5-6 y 19 del archivo). Del Pleno Nacional Civil Familia de 2021 se incluyen los temas 1 y 3 (páginas 1-8 y 19-29). Se mantienen completas las páginas seleccionadas, incluso cuando contienen breves líneas de un tema adyacente. No se presentan esos extractos como actas íntegras.

Datación y cobertura

Los años sin unidades no representan ausencia de jurisprudencia. El Exp. 01905-2012 se ordena en 2012, aunque su alojamiento web corresponde a 2013. El Exp. 04750-2024 se fecha por la razón de relatoría del 17 de setiembre de 2025. La cobertura de 2026 contiene dos decisiones constitucionales; la más reciente incorporada fue emitida el 24 de julio.

Integridad y marcas editoriales

Se retiraron marcas de repositorio separadas del texto. En la Casación 37-2017 también se eliminó un logo insertado en el margen vacío del escaneo, sin modificar el contenido judicial. Se conservan firmas, sellos y ocultaciones originales. El reconocimiento automático se utilizó para investigar, no como transcripción literal sustitutiva. La maquetación añade folios y cabeceras sin recortar las páginas fuente.

Autoridad y alcance

No se afirma haber localizado un pleno casatorio exclusivo sobre tenencia compartida. El III Pleno se incluye por su conexión procesal. Una convocatoria a audiencia o una causa pendiente no se trata como sentencia. Las fichas son análisis de investigación y no reemplazan la evaluación profesional de un expediente concreto.

Guía de lectura jurídica

Identificar qué decidió el órgano

Una casación fundada puede anular y reenviar, o resolver directamente en instancia. Una demanda constitucional improcedente no atribuye por sí misma la custodia a la contraparte. El resultado debe leerse antes de extraer una regla general de una frase de los considerandos.

Distinguir fuentes de autoridad

La regla vinculante declarada por un pleno casatorio no equivale a toda afirmación contenida en su sentencia. Los acuerdos jurisdiccionales nacionales orientan la interpretación, pero no adquieren por su nombre el valor de un precedente casatorio. Los votos individuales documentan discrepancias y no son automáticamente el fallo.

Reconstruir la prueba

Conviene separar alegaciones, medios de prueba y conclusiones aceptadas por el tribunal. La entrevista infantil requiere contexto y valoración conjunta. Las descripciones psicológicas antiguas se mantienen en el documento, sin que el editor las convierta en diagnósticos propios. El conflicto entre padres no demuestra por sí solo que una alternativa sea segura o perjudicial.

Evitar generalizaciones históricas

Una resolución anterior a una reforma puede seguir siendo útil sobre motivación o valoración, sin que su transcripción de la ley permanezca vigente. Las fichas señalan especialmente el cambio de 2022 y la reformulación constitucional de 2025. Las condiciones de distancia, cooperación o incumplimiento requieren análisis actual, no automatismos.

Preparar la cita

Use órgano, número, fecha y fundamento. Las páginas del libro localizan el comentario y el facsímil; las páginas de doctrina son las impresas en el artículo. Para comprobar una cita acuda al enlace del archivo fuente. En decisiones con discordia, lea primero la razón de relatoría y la parte resolutiva.

Reforma de 2022 y lectura temporal

La Ley 31590, publicada el 26 de octubre de 2022, modificó los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes. El siguiente cuadro resume esa reforma; no constituye una reproducción consolidada de todo el Código.

Artículo reformado	Elemento a verificar al leer las sentencias
81 · Modalidad	Primera opción compartida, con excepción por imposibilidad o perjuicio; decisión orientada al interés del hijo.
82 · Variación	Evaluación de conductas, vínculo digital provisional y transición progresiva; ejecución inmediata motivada cuando peligre la integridad.
83 · Petición	Demanda con documentos y prueba; posibilidad de cautelar y plazo legal de resolución.
84 · Organización	Períodos iguales, decisiones, distancia, familia extensa, vacaciones, fechas, edad y opinión. Visitas cuando se dispone tenencia exclusiva.

La reforma no permite omitir el examen de seguridad ni convertir el reparto temporal en una respuesta automática. La Casación 4811-2021 muestra la necesidad de actualizar la prueba antes de decidir. Los criterios del antiguo artículo 84 —incluida su formulación sobre niños menores de tres años— se reproducen por fidelidad histórica, no como texto actual de la reforma.

Fuente normativa: Ley 31590, Diario Oficial El Peruano

Una segunda transición: la vía constitucional

El Exp. 01431-2024-PHC/TC, emitido en 2025, replantea el empleo del hábeas corpus familiar. Los expedientes 01267-2025 y 02673-2024 muestran desacuerdo entre la fundamentación principal y un voto concurrente sobre la subsistencia del criterio de desborde. El Exp. 04252-2025 conserva formulaciones de ambos enfoques. Estas observaciones proceden del cotejo de los textos incluidos, no de una declaración de uniformidad doctrinal.

Mapa doctrinal de los comentarios

D1-D4 identifican las cuatro publicaciones consultadas. Los comentarios remiten a páginas precisas y explican cuándo la relación con la sentencia es retrospectiva. Las referencias completas y enlaces se reiteran en la bibliografía para facilitar su recuperación.

D1 · Aguilar Llanos, Benjamín (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. Derecho & Sociedad, (32), 191-197.

La distinción entre patria potestad y convivencia permite examinar el cuidado sin reducir las responsabilidades del progenitor no residente. Las páginas 196-197 abordan condiciones prácticas y participación del hijo. Es un estudio anterior a la Ley 31590: su contexto normativo no debe confundirse con el de 2026.

Consultar publicación original

D2 · Garay Molina, Ana Cecilia (2021). La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto. Ius vocatio, 4(4), 73-98. DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.542.

Las páginas 80-85 distinguen cuidado, responsabilidades y modalidades de organización. El análisis de horarios, ubicación y cooperación sirve para evaluar propuestas concretas; no reemplaza la investigación de riesgos. El artículo precede a la reforma de 2022 y no acredita por sí mismo efectos psicológicos universales de una modalidad.

Consultar publicación original

D3 · Pariasca Martínez, Jorge (2022). La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente. Llapanchikpaq: Justicia, 4(4), 41-53. DOI: 10.51197/lj.v4i4.591.

El artículo permite estudiar conjuntamente función tuitiva, peticiones expresas o implícitas y contradicción. Comenta la Casación 1252-2015 y propone una interpretación integral que evite multiplicar litigios. No se extrae de ello una potestad judicial ilimitada ni se presenta el texto como comentario a la posterior Ley 31590.

Consultar publicación original

D4 · Ramírez Huaroto, Beatriz María Lourdes (2018). Derecho de familia y procesos constitucionales: apuntes teóricos y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Pensamiento Constitucional, 23, 119-155.

Las páginas 130-134 sistematizan la tensión entre competencia ordinaria y tutela constitucional de relaciones familiares. El volumen corresponde a 2018 y la publicación en línea a 2019. Su utilidad aquí es histórica y comparativa: no se atribuye a la autora conocimiento o aprobación del cambio jurisprudencial de 2025.

Consultar publicación original

1997 / J01 / COMENTARIO JURÍDICO

Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia · Acuerdos 3 y 8

Escucha del niño; patria potestad y tenencia

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1997 (sin fecha diaria precisada en la copia)

Localización: Acuerdos 3 y 8; páginas 5-6 y 19 del documento fuente

1. Decisión y alcance

El acuerdo 3 propone valorar la declaración considerando edad, madurez, entorno y libertad de expresión. El acuerdo 8 diferencia la patria potestad del cuidado inmediato y contempla intervenciones judiciales de oficio.

2. Lectura jurídica del caso

La utilidad histórica de estos acuerdos está en desplazar la decisión desde la sola voluntad de los adultos hacia las condiciones en las que el niño puede expresarse. La entrevista no es una votación entre progenitores: su contexto importa tanto como la respuesta. La distinción entre patria potestad y tenencia evita equiparar residencia con pérdida total de las responsabilidades parentales.

3. Aplicación y contraste

Al utilizar el acuerdo 3, conviene identificar cómo se recogió la declaración y explicar qué otros elementos la corroboran. El acuerdo 8 debe contrastarse con la regulación posterior y con las garantías de defensa antes de proponer una modificación no pedida expresamente.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 191-192 y 196-197, permite situar la tenencia entre los atributos de la patria potestad. D3, pp. 50-52, sirve de contraste posterior sobre solución integral y contradicción.

5. Límites de utilización

Acuerdos orientadores, no plenos casatorios. La fuente de 1997 repite un párrafo y consigna una votación internamente incongruente («mayoría de 3 votos contra 9»); se conserva sin corregirla ni validar ese cómputo. Se reproducen completos los acuerdos seleccionados, no el acta completa.

Ponencia: D4. Referencias completas en la bibliografía.

ACUERDO Nº 3

CRITERIOS PARA VALORAR LA DECLARACION DEL NIÑO Y LA OPINIÓN DEL ADOLESCENTE

Criterios concretos que se emplean para valorar la declaración del niño y la opinión del adolescente.

Resulta difícil esbozar en una resolución los criterios que permitan otorgar una mayor o menor validez a la declaración prestada por un niño o adolescente en una entrevista, si conocemos de la dificultad de un diálogo prolongado con un menor de edad, que muchas veces está asustado o intimidado al acercarse al despacho judicial, sea por la presión psicológica que los padres en conflicto ejercen sobre el mismo, por resultarle totalmente ajena y extraña la persona del Juez, o porque simplemente se trata de un niño que no tiene facilidad para entablar un diálogo con personas que le resultan totalmente desconocidas.

Cuales son los criterios para valorar estas declaraciones y si existe alguna diferencia cuando se trata de un adolescente infractor o de un adolescente dentro de un proceso civil de tenencia.

¿Pueden acaso considerarse otros diferentes para valorar la declaración de un adolescente que viene siendo investigado por una infracción a la ley penal?

Cuales son las más prudentes en todo caso para que esta prueba tan especial y propia del Derecho de Familia sea valorada en forma conjunta y razonada con las demás pruebas aportadas al caso concreto. Es por ejemplo que esta declaración en el caso de un adolescente que no esta de acuerdo con la remisión que el Juez desea otorgar en un proceso sobre infracción, no resulta suficiente para que se inicie el trámite de la investigación, y en todo caso se satisfaga el derecho del adolescente a una declaración de absolución plena?

Como ha de influir esta prueba especial, que busca hacer patente el derecho de opinión del niño o adolescente consagrado en los artículos 11ª y 95ª del Código de los Niños y Adolescentes al dictar una medida cautelar, al resolver un proceso de tenencia, o al imponer una medida socio educativa.

Sería necesario contar durante el desarrollo de la entrevista con un apoyo de un miembro del equipo multidisciplinario específicamente en el campo de la psicología, mas tal apoyo aún no se ha logrado, de ahí que muchos jueces hayan introyectado técnicas de entrevista a menores de edad, para que ésta sea a la vez que lo menos traumática para el entrevistado, lo mas completa posible.

Se acordó por consenso que los criterios a ser tomados en consideración para valorar la declaración del niño y la opinión del adolescente son los siguientes:

La edad (requisito legal)

El grado de madurez (requisito de legal)

Centro de Investigaciones Judiciales

El entorno psicosocial

El tiempo de permanencia con los padres

La libertad e influencia de padres y de quienes conforman su entorno

Reconocimiento y valores (consistencia de las versiones)

Grado de instrucción

Estado de salud física y mental

Medio familiar estado emocional al momento de la entrevista

Carácter espontáneo o programado de la declaración

De Iure ABOGADOS

ACUERDO Nº 8

PATRIA POTESTAD Y TENENCIA

En los casos de separación convencional, la tenencia a favor de uno de los padres no implica que el oro pierda la paria potestad. Criterios para distinguir tenencia de patria potestad. ¿Se puede variar de oficio la tenencia?

Por consenso quedó establecido que los criterios que distinguen la patria potestad de la tenencia parten por reconocer que la patria potestad es un derecho irrenunciable, indisponible y exclusivo de los padres por imperio de la ley, y que la tenencia es un atributo de ella que atañe al cuidado inmediato del hijo.

Por tanto, la tenencia puede ser variada por decisión judicial, distinguiéndose la persona del hijo de su patrimonio, si se justifica ello, y atribuyendo la tenencia a uno de los padres o a terceros si el caso lo amerita.

Por otro lado, se aprobó por una mayoría de 3 votos contra 9 y dos abstenciones que si se puede variar de oficio la tenencia, inclusive en los casos de separación convencional. Para ello debe estarse a lo que indique el informe multidisciplinario.

Finalmente en esta parte, se aprobó por una mayoría de 3 votos contra 9 y dos abstenciones que sí se puede variar de oficio la tenencia, inclusive en lo casos de separación convencional. Para ello debe estarse a lo que indique el informe multidisciplinario.

Finalmente en esta parte se aprobó por mayoría que sí se puede dictar de oficio un régimen de visitas, si está acreditado que cumple con la obligación alimentaria y si el interés superior de niño así lo justifica.

2009 / J02 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 01817-2009-PHC/TC · Lima

Protección constitucional frente a retención y violencia

Tribunal Constitucional · 7 de octubre de 2009

Localización: Fundamentos sobre protección familiar y parte resolutiva; fundamento de voto de Beaumont Callirgos

1. Decisión y alcance

Demanda fundada. Se ordena la entrega inmediata de J.A.R.R.A. a su madre, con ejecución judicial y apoyo de la autoridad, además de las comunicaciones dispuestas en el fallo.

2. Lectura jurídica del caso

El conflicto llegó a la justicia constitucional en un contexto de actuaciones judiciales previas y afectaciones concretas a los niños. La decisión relaciona libertad e integridad con protección familiar y efectividad de las resoluciones. Su interés no reside en crear una preferencia abstracta por la madre, sino en la respuesta a los hechos verificados y al incumplimiento de medidas ya adoptadas.

3. Aplicación y contraste

Para invocar esta sentencia deben individualizarse la medida existente, el acto de obstrucción y el riesgo acreditado. No basta trasladar las alegaciones de una demanda de tenencia al lenguaje constitucional. El fundamento de voto ayuda a delimitar la entrega provisional respecto de la determinación definitiva del cuidado.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 130-133, estudia expresamente este expediente dentro de la línea histórica de hábeas corpus entre particulares.

5. Límites de utilización

La procedencia debe releerse junto con el replanteamiento del Exp. 01431-2024-PHC/TC de 2025. Esta sentencia histórica no garantiza la admisión de todo conflicto de visitas.

Doctrina: D4. Referencias completas en la bibliografía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 142

EXP. N.° 01817-2009-PHC/TC
LIMA
J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia , con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se adjunta

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 821, su fecha 31 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda de fecha 19 de diciembre de 2007 y escrito ampliatorio de fecha 14 de febrero de 2008, doña Shelah Allison Hoefken interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., contra don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, padre de los menores, solicitando que en cumplimiento del régimen de visitas establecido por la resolución judicial de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución judicial de fecha 6 de julio de 2007, se ordene al emplazado que les permita a sus menores hijos interactuar con ella, toda vez que de manera reiterada les impide que puedan verla, lo cual afecta sus derechos a la libertad individual y a vivir pacíficamente.

Asimismo, solicita que en virtud del interés superior del niño se le ordene al emplazado que cese la violación del derecho a la integridad moral, psíquica y física de sus menores hijos, pues estos son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos, conforme se prueba con la denuncia de fecha 22 de mayo de 2007 y con el examen médico legal de fecha 22 de mayo de 2007, en el que se consigna que la menor identificada con las siglas V.R.R.A. presenta huellas de lesiones traumáticas recientes.

Refiere que en el proceso de divorcio iniciado por el emplazado, el Juzgado y la Sala de Familia correspondientes fijaron a su favor un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, que no ha venido siendo cumplido por el emplazado, pues desde el 25 de febrero de 2006, fecha en la que le entregó a sus dos menores hijos, éste no les ha permitido que puedan interactuar con ella, según se puede comprobar con las actas de verificación policial respectivas. Añade que mediante la resolución judicial de fecha 9 de mayo de 2006, se requirió al emplazado para que en el plazo perentorio de tres días naturales cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia en caso de incumplimiento, y que, ante el incumplimiento del régimen, mediante la resolución judicial de fecha 6 de junio de 2006 se resolvió hacer efectivo el

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 143

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

apercibimiento; empero, el emplazado ha seguido incumpliendo el régimen de visitas ordenado.

En sentido similar, refiere que mediante la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, se precisó los días y las horas del régimen de visitas en los que podría ver a sus menores hijos, lo que fue confirmado mediante la resolución de fecha 6 de julio de 2007; y que, a pesar de ello, el emplazado viene incumpliendo las resoluciones judiciales referidas afectando el derecho que tiene como madre para ver a sus menores hijos.

Con fecha 21 de febrero de 2008, el Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, junto con dos médicos legistas, se constituyeron en el domicilio del emplazado a fin de realizar la inspección ocular respectiva para verificar las alegaciones de la demanda.

Con fecha 25 de febrero de 2008, se tomó la declaración de doña Shelah Allison Hoefken, quien se ratificó en la demanda, añadiendo que lo que pretende es que el emplazado le permita restablecer una vida normal y de afecto con sus menores hijos, ya que desde hace dos años le está impidiendo que pueda relacionarse normalmente con ellos, por lo que solicita al Juzgado que retire a los menores del domicilio del emplazado y los entregue al Vigésimo Juzgado de Familia.

Con fecha 25 de febrero de 2008, el emplazado contesta la demanda alegando que ésta resulta improcedente debido a que los problemas relativos al régimen de visitas o la variación de la tenencia de sus menores hijos han sido resueltos en el proceso judicial respectivo, y que sus menores hijos se están desarrollando en un hogar que les brinda todas las atenciones y comodidades.

El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 5 de agosto de 2008, declaró infundada la demanda, por considerar que el proceso de hábeas corpus no es la vía idónea para resolver la pretensión planteada, toda vez que existe un proceso judicial en trámite en el que se viene dilucidando el régimen de visitas de los menores.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que los supuestos maltratos a los menores favorecidos con la demanda, la tenencia de los menores y la negativa del emplazado de permitir a estos que interactúen con su madre, son cuestiones que tienen que ser resueltas en el proceso que se viene desarrollando en la jurisdicción ordinaria.

Con fecha 6 de enero de 2009, doña Shelah Allison Hoefken interpone recurso de agravio constitucional alegando, entre otras cosas, que con fecha 28 de febrero de 2008, el Decimoctavo Juzgado de Familia de Lima ha emitido una medida cautelar de variación de tenencia, en la que ha dispuesto que sus dos menores hijos pasen a su custodia; y que, sin embargo, a pesar de que existe dicha resolución judicial, ésta no ha sido ejecutada por el Juzgado referido en sus propios términos ni cumplida por el emplazado, pues en la diligencia de fecha 3 de marzo de 2008 sólo le fue entregada su

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 144

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

menor hija identificada con las siglas V.R.R.A., mientras que su menor hijo, identificado con las siglas J.A.R.R.A., aún se encuentra en custodia del emplazado.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionalmente relevantes

1. Antes de entrar a analizar el fondo de las vulneraciones alegadas en la demanda, resulta necesario delimitar su petitorio, así como los beneficiarios con ella, pues los hechos han variado desde que la demanda fue interpuesta.

   Así, se tiene que la demanda tiene por objeto que, en cumplimiento del régimen de visitas establecido en la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución de fecha 6 de julio de 2007, se ordene a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador que permita a sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. interactuar con doña Shelah Allison Hoefken.

   Dicho lo anterior, debemos subrayar que la demandante en su recurso de agravio constitucional ha señalado que su menor hija, identificada con las siglas V.R.R.A. ya le ha sido entregada en virtud de la medida cautelar de fecha 28 de febrero de 2008, por lo que sólo solicita que se le entregue a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues éste aun continúa bajo la custodia del emplazado.

   Teniendo presente los sucesos relatados, este Tribunal estima que, en principio, la demanda tendría como único beneficiario al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues, aparentemente, en el caso de la menor identificada con las siglas V.R.R.A. habría operado la sustracción de la materia, al haber sido entregada a su madre. No obstante ello, y teniendo presente que la entrega de la menor se produjo luego de presentada la demanda, este Tribunal considera pertinente precisar que en virtud del segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, los efectos de la presente sentencia alcanzarán a los dos menores beneficiarios con la demanda.

2. Habiéndose precisado los efectos de la presente sentencia, debe recordarse que en la demanda se alega que los derechos a la libertad individual, a vivir pacíficamente y a la integridad moral, psíquica y física de los dos menores habrían sido vulnerados por el emplazado, debido a que éste, en su condición de padre, les impide que puedan ver a su madre, a pesar de que judicialmente se ha determinado un régimen de visitas a su favor, y porque son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos.

   Sobre la base de dichos alegatos, este Tribunal estima que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante, por las particulares circunstancias que rodean el presente caso, por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada, toda vez que

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 145

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

se encuentra en riesgo la libertad personal e integridad personal de los menores; así como su desarrollo armónico e integral.

Asimismo, por los hechos alegados, este Tribunal, en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del CPConst., estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal habrían sido supuestamente vulnerados, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Ello porque, de lo expuesto en la demanda y del recurso de agravio constitucional, se desprende que existe más de un acto lesivo, a saber:

a. Por acción, el emplazado, al haber impedido a sus menores hijos que vean y mantengan contacto directo con su madre, habría vulnerado sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
b. Por acción, el emplazado, al haber agredido a sus menores hijos, habría vulnerado su derecho a la integridad personal.
c. Por omisión de acto de cumplimiento obligatorio (resolución judicial), el emplazado al no haberle entregado a la demandante a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., ha vulnerado su derecho a la libertad individual, debido a que existe una medida cautelar que dispone ello.

3. Así las cosas, la cuestión que se plantea en el presente proceso consiste en determinar si se han vulnerado los derechos de los menores por no habérsele permitido ver a su madre y por ser objeto de constantes maltratos físicos y psicológicos, por lo que este Tribunal considera necesario abordar las siguientes materias:

a. El principio de protección especial del niño.
b. El principio del interés superior del niño.
c. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
d. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
e. El derecho al desarrollo armónico e integral.

§2. El principio de protección especial del niño

4. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el "niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 126

desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad".

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene "derecho a cuidados y asistencia especiales". En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los "Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar".

Finalmente, el artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo "niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". En línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. Teniendo presente el sentido normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos transcritos, este Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

   Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

   De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos"[1].

6. Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4º de la Constitución reconoce que la "comunidad y el Estado protegen especialmente al niño". Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la

[1] CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 59.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 147

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

7. En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.

§3. El principio del interés superior del niño

8. En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte IDH, se "funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño"[2].

9. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

> "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". (Subrayado nuestro).

10. En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

> "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños". (Subrayado nuestro).

11. Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

---

[2] *Ibídem*, párr. 56.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 148

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo "niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado".

Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

12. En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

    El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

13. De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte IDH, es preciso "ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño"[3].

§4. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella

14. El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que "el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", así como en su

[3] *Ibídem*, párr. 61.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 143

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

artículo 9.1, que establece que "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos".

En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tenemos que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que "el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia".

A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.

15. En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

16. Hechas estas precisiones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, este Tribunal estima oportuno enfatizar que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general.

Así, en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que el niño, con garantía del debido proceso, podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que, por ejemplo, el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 150

padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Por tanto, cualquier decisión relativa a la separación del niño de sus padres o de su familia debe ser excepcional y estar justificada por el interés superior del niño, y preferentemente será temporal, a fin de que el niño sea devuelto a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias.

17. Por tanto, este derecho se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con su madre. Ello porque, como es obvio, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

§5. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

18. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el "niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material".

19. De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos.

De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

20. Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 151

para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto.

Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado.

En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar "el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

§6. Análisis del caso concreto

21. Para evaluar los alegatos de la demanda, es preciso determinar desde qué fecha el emplazado tiene la tenencia de sus menores hijos, y si ésta ha sido ejercida en forma arbitraria, pues se acusa que ha impedido de manera injustificada que sus menores hijos puedan ver a madre. Para determinar ello se procederá a evaluar el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente en que asumió efectivamente la custodia de sus dos menores hijos.

22. Así se tiene que en el proceso de divorcio por causal que le inició el emplazado a la demandante, se determinó que éste se quedaba con la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. y se le fijó a la demandante un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Así, en el segundo punto resolutivo de la sentencia N.º 326-2005-20 JFL, de fecha 18 de agosto de 2005, obrante de fojas 601 a 612, se resuelve:

> "Declaro **FUNDADA** (...) la pretensión accesoria del demandante de TENENCIA de sus hijos (...); fijándose un Régimen de visitas progresivo, abierto y libre para la demandada Shelah Allison Hoefken; sin externamiento al principio, teniéndose en cuenta el deterioro de las relaciones personales entre ambos justiciables; y el interés superior de los niños". (Subrayado nuestro).

Dichos mandatos (tenencia y régimen de visitas) fueron confirmados por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia de fecha 19 de enero de 2006, obrante de fojas 616 a 617.

23. A la vista de las resoluciones judiciales referidas, resulta evidente que la demandante perdió la tenencia y custodia de sus menores hijos, siendo éstas asumidas por el emplazado, pues a ella se le estableció un régimen de visitas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 153

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

progresivo, abierto y libre. Aún más, con fecha 25 de febrero de 2006, según se desprende del acta de entrega, obrante a fojas 621, en mérito de las resoluciones judiciales referidas, los menores fueron entregados en custodia a su padre.

24. Hechas estas precisiones, corresponde determinar cómo se ha venido desarrollando el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente al 25 de febrero de 2006, es decir, si respetó el régimen de visitas progresivo, abierto y libre ordenado o lo incumplió de manera arbitraria e injustificada. Ello a fin de poder determinar si efectivamente vulneró el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella.

25. Así, con fecha 4 de marzo de 2006, la demandante se constituyó junto con un efectivo de la Policía Nacional en el domicilio del emplazado a fin de verificar que éste no le permitía ver a sus menores hijos. En efecto, de la constancia policial de fecha 5 de marzo de 2006, obrante a fojas 637, se desprende que la demandante el día 4 de marzo de 2006 no pudo ver a sus menores hijos porque, según le indicaron, ellos no se encontraban en el domicilio.

    En sentido similar, la constancia policial de fecha 10 de marzo de 2006, obrante a fojas 638, certifica que el 9 de marzo de 2006 la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero tampoco los pudo ver porque éste le informó que ellos no se encontraban en el domicilio.

    Ante estos comportamientos obstructivos del emplazado, la demandante, con fecha 13 de marzo de 2006, presentó un escrito al Juzgado correspondiente poniéndole en conocimiento lo sucedido para que adopte las medidas correctivas correspondientes, toda vez que se estaba incumpliendo el régimen de visitas que se le había fijado para ver a sus menores hijos.

    Sobre la base de las constancias policiales referidas y otras, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2006, obrante de fojas 642 a 645, requirió al emplazado a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado.

26. A pesar de que con fecha 24 de marzo de 2006 el Juzgado correspondiente le requirió al emplazado el cumplimiento del régimen de visitas, éste lo ha continuado incumpliendo de manera reiterada y sistemática, afectando de este modo el derecho de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al no permitirles interactuar con su madre. En la constancia policial de fecha 28 de marzo de 2006, obrante a fojas 652, se certifica que el 26 de marzo de 2005, es decir, dos días después de emitida la resolución judicial referida, la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero no fue posible debido a que nadie le abrió la puerta.

    Nuevamente, esta conducta obstructiva del emplazado fue puesta en conocimiento del Juzgado correspondiente para que tome las medidas correspondientes, y éste

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 153

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mediante resolución de fecha 9 de mayo de 2006, obrante a fojas 676, requirió por segunda vez, al emplazado, a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia.

27. Esta conducta reacia y reiterada, a consideración de este Tribunal, pone en evidencia no sólo que el emplazado ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al haberles impedido sin justificación alguna que puedan ver a su madre, sino también que ha vulnerado el derecho de la demandante a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues se ha mostrado renuente en ejecutar en sus propios términos las sentencias que fijaron un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, toda vez que, conforme se comprueba con las constancias policiales referidas, no le ha permitido a la demandante que pueda ver a sus menores hijos.

28. No obstante haberse verificado en la ejecución del proceso de divorcio el incumplimiento del régimen de visitas fijado a favor de la demandante, la Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución de fecha 6 de octubre de 2006, resolvió convocar a audiencias especiales para poder establecer sobre la base de las sentencias judiciales que fijaron el régimen de visitas, los periodos progresivos, días y horarios de aquél.

Durante el desarrollo de las audiencias especiales que se realizaron para fijar los periodos progresivos, así como los días y horarios del régimen de visitas, se presentó un hecho relevante que debe destacarse, a fin de poner de relieve que el emplazado, desde que tuvo la custodia efectiva de sus menores hijos, ha adoptado un comportamiento obstructivo para que ellos no pudieran ver a su madre. Así, se advierte que:

a. Durante la audiencia especial realizada el 26 de diciembre de 2006, obrante de fojas 708 a 710, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., mientras rendía su declaración, denotó que tenía conocimiento que el día 25 de diciembre de 2006, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima le había otorgado a su madre una visita para verlos, pero que no se pudo concretar debido a que se quedó en el patio de la casa del emplazado porque éste no la dejó ingresar al interior.

29. Este hecho, a consideración de este Tribunal, demuestra que el emplazado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, pues como se ha señalado, este derecho garantiza a los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, aun cuando éstos estén separados.

Con la declaración del menor referido se demuestra fehacientemente que el emplazado, en vez de permitirle a la demandante que pueda ver a sus dos menores hijos y permitirles a estos que se desarrollen de manera normal, ha obstaculizado e impedido sin justificación alguna que ello se produzca, pues a pesar de que existía

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 154

un mandato del Juzgado correspondiente, se mostró renuente en acatarlo, ya que no dejó ingresar a la demandante a su domicilio para que pudiera interactuar con sus dos menores hijos, lo cual no sólo afecta el derecho referido, sino que también pone en evidencia que el emplazado, como padre, no realiza sus funciones de guía y educador.

Es más, este hecho también demuestra que el emplazado no respeta el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues en vez de ejecutar el mandato del Juzgado correspondiente y permitirle a la demandante que pudiera ver a sus menores hijos el 25 de diciembre de 2006, lo incumplió, al no haber permitido que la demandante pudiera ingresar al interior de su domicilio para ver a sus menores hijos ni permitirles a ellos que salieron al patio de su domicilio para poder verla.

30. Debe destacarse que el emplazado, durante la tramitación de la medida cautelar temporal sobre el fondo (variación de tenencia) solicitada por la demandante, en vez de asistir a las audiencias especiales convocadas para tal efecto, inasistía con sus dos menores hijos, retardando no sólo de esta manera que se resuelva la medida solicitada sino también impidiendo que sus menores hijos pudieran interactuar y relacionarse, aunque sea durante el desarrollo de las audiencias, con su madre. Así, del acta de las audiencias especiales, obrantes de fojas 117 a 123, se demuestra que el emplazado junto con sus menores hijos no asistieron a las audiencias especiales realizadas los días 17 de agosto y 6 y 15 de setiembre de 2006.

31. De otra parte, el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, obrante a fojas 144, precisó, entre otras cosas, que el régimen de visitas progresivo de la demandante sería los días martes y jueves a partir de las 3:00 pm. hasta las 7:00 pm. en el domicilio paterno, que a partir del segundo mes sería con externamiento y que a partir del sexto mes comprendería el periodo vacacional de medio año y de fin de año, a fin de mejorar las relaciones familiares.

Dicha resolución fue apelada por el emplazado y confirmada por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 6 de julio de 2007, obrante a fojas 145, por lo que debía ser acatada por el emplazado, toda vez que su incumplimiento no sólo afecta el derecho de sus menores hijos a tener una familia y no ser separado de ella, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

32. Sobre el particular, debe subrayarse que a pesar de que se precisó los días y horas del régimen de visitas de la demandante, el emplazado continuó incumpliendo con éste. Así, se tiene que el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 18 de julio de 2007, obrante a fojas 725, nuevamente requirió al emplazado para que cumpla con el régimen de visitas.

Por dicha razón, y por las particulares circunstancias del presente caso, resulta válido concluir que el demandante, al haber impedido que sus menores hijos puedan

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 155

ver y relacionarse directamente con su madre, no sólo ha vulnerado su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, sino también que ha ejercido abusivamente la tenencia y custodia de los menores, lo cual no puede ser permitido ni avalado por encontrarse proscrito por el artículo 103.° de la Constitución.

33. En este orden de sucesos, se debe señalar que el Decimoctavo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, obrante de fojas 33 a 36 del cuadernillo de este Tribunal, resolvió:

> "Conceder la medida anticipada sobre el fondo de variación de la tenencia de los menores (...), debiendo el padre de los menores proceder a la entrega inmediata de los menores de edad referidos a su madre Shelah Allison Hoefken, a cuyo efecto se dispone autorizar el descerraje y allanamiento en caso de ser necesario, y hacer uso de la fuerza pública en caso de ser necesario".

34. Al respecto, debe enfatizarse que dicha medida cautelar fue adoptada porque se demostró que el interés superior de los menores beneficiados con la demanda imponía que estuvieran bajo la tenencia y custodia de su madre y no de su padre, debido a que no tiene estabilidad emocional. Así, este Tribunal considera importante destacar las principales razones que llevaron al Juzgado referido a adoptar la decisión contenida en la medida cautelar mencionada, que son las siguientes:

> "(...) cuando los niños pasan a vivir con el padre los mismos empiezan a mostrar problemas emocionales, y de malos tratos directos la menor hija de las partes (...)".
>
> "(...) el régimen amplio de visitas (...) no se cumple a cabalidad por el padre de los menores, siendo que la madre no ve a uno de sus hijos dentro de un régimen de visitas normal (...) y sale con la hija, cuando el padre quiere (...)".

35. Sobre la base de los fundamentos transcritos, resulta válido concluir que la medida cautelar de variación de la tenencia se adoptó porque se comprobó que el emplazado no le garantiza a sus menores hijos las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, como lo son el amor, la integridad, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad. Además, debe tenerse presente que la decisión de variar la tenencia se adoptó también porque los menores en una audiencia expresaron que querían vivir con su madre.

36. Con relación a la medida cautelar, debe precisarse que con fecha 3 de marzo de 2008, se llevó a cabo la diligencia respectiva, en la que solamente fue entregada a la demandante la menor identificada con las siglas V.R.R.A., mas no el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., a pesar de que la medida cautelar transcrita dispuso expresamente que los dos menores sean entregados a la demandante.

    Este hecho reitera, una vez más, que en autos se encuentra plenamente acreditado el comportamiento arbitrario, ilegítimo e irrazonable del emplazado, pues a pesar de que existe un mandato judicial que le ordenó la entrega de sus dos menores hijos a su madre, éste incumplió dicho mandato.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 156

37. Dicho comportamiento también pone en evidencia que el emplazado ha vulnerado el derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues en vez de cumplir la medida cautelar y entregarlo a su madre para que éste se desarrolle y se desenvuelva plenamente en un ambiente de amor y armonía, lo ha retenido injustificadamente en contra de su voluntad. Ello en razón de que, como se ha señalado en los fundamentos precedentes, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. manifestó en una audiencia que deseaba vivir con su madre.

Y es que debe tenerse presente que si bien los niños son titulares del derecho a la libertad individual, su ejercicio puede ser objeto de limitación por los padres en función de su interés superior, como por ejemplo cuando los padres les prohíben a sus hijos que acudan a determinados lugares que puedan poner en riesgo su integridad personal. En dicho supuesto, resulta legítima la limitación del ejercicio del derecho a la libertad, pues lo que se busca es proteger el interés superior del menor.

En cambio, no resulta legítimo que los padres limiten el ejercicio de la libertad individual de los niños cuando no se tenga por finalidad proteger su interés superior o cuando exista un mandato judicial, como, por ejemplo, cuando los padres, en vez de enviar a sus hijos a la escuela para que se eduquen, los retienen para que trabajen con ellos o los envían a la calle a mendigar. En estos supuestos, el Estado tiene la obligación de intervenir y adoptar las medidas necesarias para proteger su interés superior, pues no solamente se restringe arbitrariamente el ejercicio del derecho a la libertad individual de los niños sino también el ejercicio de los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad; además que se incentiva de manera encubierta el trabajo forzoso.

38. Todo lo dicho, entonces, pone en evidencia que al emplazado no le interesa preservar y tutelar el interés superior de sus menores hijos, pues los comportamientos descritos en los fundamentos precedentes, en vez de generar la integración familiar generada por el divorcio con la madre de ellos, han ocasionado que éste se acreciente.

En consecuencia, resulta procedente ordenar al emplazado que le entregue a la demandante al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., y disponer que el Juez de ejecución adopte todas las medidas previstas en la ley para que se cumpla la entrega del menor.

39. Por otro lado, este Tribunal considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en autos, se encuentra demostrado que el comportamiento del emplazado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se están desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues sus actos, además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 157

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre.

Para llegar a la conclusión de que los menores bajo la tenencia del emplazado no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, este Tribunal ha tenido presente el comportamiento violento de éste, pues en autos se encuentra demostrado no sólo con los exámenes médicos legales respectivos sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A.

Este hecho, a consideración del Tribunal, no sólo impide y veda al emplazado que pueda ejercer la custodia y tenencia de los menores, sino también pone al descubierto que éste ha incumplido sus deberes paternos por su falta de aptitud para proveerles el cuidado, amor y atención requeridos, poniendo en grave riesgo o peligro su integridad física y psicológica.

40. Sobre la base de lo señalado en los fundamentos precedentes, puede concluirse que el emplazado también ha vulnerado el derecho a la integridad personal de los menores identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., pues además de haber agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A., con su comportamiento ha dañado la integridad psíquica de sus dos menores hijos, conforme se desprende de los informes psicológicos obrantes en autos.

Teniendo presente los comportamientos descritos, este Tribunal reitera que contraviene rotundamente la Constitución y los tratados internacionales sobre derecho humanos agredir física y/o psicológicamente a los niños so pretexto de educarlos o corregirlos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales.

2. Ordenar a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. a doña Shelah Allison Hoefken, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

3. Oficiar al Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima para que, conforme a lo resuelto por este Tribunal, ejecute de manera inmediata la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 158

presente sentencia conforme al artículo 22° del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.

4. Ordenar al Director General de la Policía Nacional para que ésta preste de manera inmediata al Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima el auxilio de ley, a fin de ubicar al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. para que éste sea entregado a doña Shelah Allison Hoefken, facultándosele el allanamiento y descerraje del domicilio del emplazado o cualquier otro domicilio en donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la presente sentencia se ejecute de manera inmediata en sus propios términos.

5. Remitir copia de los actuados al Fiscal Penal para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 159

EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC
LIMA
J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Cuando me ha correspondido emitir pronunciamiento en los casos que se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad individual e integridad personal de menores de edad el análisis de la controversia, como es natural, se ha enmarcado en el artículo 200, inciso 1 de la Constitución que señala expresamente que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; subrayando que no cualquier reclamo en el cual se alegue la afectación de tales derechos puede reputarse como merecedor de tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido de los derechos invocados.

2. Teniendo en cuenta lo indicado, en las RRTC 02401-2009-PHC, 02314-2009-PHC, 0625-2009-PHC, 02401-2009-PHC, 05530-2008-PHC, 06634-2008-PHC y 03007-2007-PHC entre otras, al evaluar los actos reputados como lesivos se ha concluido en que lo pretendido es que se otorgue la tenencia del menor, motivo por el cual al verificarse que los hechos y el petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus resulta de aplicación el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

3. En el presente caso, debe destacarse que no solo se encuentran en juego los derechos a la libertad individual e integridad personal, sino que por los hechos alegados – de los que no fluye como única finalidad lograr la tenencia de los menores –, y en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional resulta conveniente analizar los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Tales circunstancias, hacen de este caso uno particular que lo distingue de los anteriormente citados, y por lo mismo amerita un análisis de fondo dada su relevancia constitucional.

4. El análisis del caso concreto concluye en que se ha producido la vulneración del derecho de los menores beneficiarios a tener una familia y a no ser separado de ella y a la efectividad de las resoluciones judiciales. Asimismo, se comprueba la lesión al derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. por parte del emplazado, quien en vez de cumplir con la medida

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 160

cautelar dictada en un proceso de familia lo ha retenido injustificadamente y en contra de su voluntad.

5. Al respecto, es menester indicar que la existencia de una medida cautelar dictada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, concediendo la medida anticipada sobre el fondo en el proceso de variación de tenencia, tiene incidencia en la decisión tomada por este Colegiado, por lo que la orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia constitucional, prevista en la parte resolutiva, debe tener como marco la medida cautelar precitada, que por su propia naturaleza tiene carácter provisional.

6. Sin perjuicio de las consideraciones expuestas *supra,* el suscrito opina, al igual que los Magistrados de la Sala, que la presente demanda debe ser declarada fundada en los términos precisados en el *decisum*, puntos 1 a 5.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2011 / J03 / COMENTARIO JURÍDICO

III Pleno Casatorio Civil · Casación 4664-2010 · Puno

Función tuitiva y flexibilización procesal

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 18 de marzo de 2011

Localización: Regla vinculante 1; fundamentos sobre naturaleza del proceso de familia; fallo y voto adjunto

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. El Pleno establece reglas vinculantes, entre ellas la flexibilización de determinados principios procesales en procesos de familia atendiendo a su naturaleza y a la protección de la parte perjudicada.

2. Lectura jurídica del caso

El litigio de origen versa sobre divorcio por separación de hecho e indemnización. Se incorpora íntegro por la regla procesal general utilizada posteriormente en controversias de tenencia y visitas. Debe distinguirse esa regla de las disposiciones específicas sobre reparación al cónyuge perjudicado: no constituyen criterios para adjudicar la custodia de un niño.

3. Aplicación y contraste

La función tuitiva permite argumentar una solución integral, pero exige precisar qué medida se debate, qué hechos la sostienen y cómo se ha dado oportunidad de contradicción. El contraste con la Casación 1252-2015 y el acuerdo de 2021 impide convertir la flexibilidad en una autorización indistinta para fallar fuera del debate.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 44-51, relaciona el III Pleno con la congruencia en procesos de tenencia y desarrolla una lectura integral del conflicto.

5. Límites de utilización

Es el pleno casatorio incorporado por conexidad procesal. No se presenta como un pleno casatorio especializado en tenencia compartida. La reproducción incluye el documento completo y sus votos; una opinión individual no sustituye las reglas aprobadas.

Doctrina. Referencias completas en la bibliografía.

Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno
Demandante: René Huaquipaco Hanco
Demandada: Catalina Ortiz Velazco
Materia: Divorcio por la causal de separación de hecho
Clase de proceso: Proceso de Conocimiento

Sumario:

I. DEL PROCESO. 01
1. Demanda. 02
2. Contestación de la demanda por el Fiscal Provincial. 02
3. Contestación de la demanda y reconvención. 03
3.1. Contestación. 03
3.2. Reconvención. 03
4. Sentencia de primera instancia. 04
5. Sentencia de segunda instancia. 07
6. Recurso de casación: extremos de la sentencia de segunda instancia impugnada. 09
7. Causal del recurso y sus fundamentos. 10
II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES. 11
III. CONSIDERANDO. 12
1. El Estado democrático y social de Derecho y los procesos de familia. 12
2. El principio de socialización del proceso y los procesos de familia. 17

Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil

3. La función tuitiva del Juez en los procesos de familia. 19

4. Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia. 20

5. Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia. 23

6. El divorcio en el Código Civil. 24

6.1. Clases de divorcio. 24

6.2. Causales de divorcio. 28

7. El divorcio por la causal de separación de hecho. 30

7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico. 30

7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil. 31

7.3. Concepto de la causal de separación de hecho. 35

7.4. Naturaleza jurídica de esta causal. 36

7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal. 36

7.6. Diferencia con otras causales. 39

7.7. Efectos legales. 41

8. La indemnización en el divorcio por separación de hecho. 43

8.1. Concepto. 44

8.2. Naturaleza jurídica. 45

8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes. 53

9. La indemnización o adjudicación de bienes: de oficio y a instancia de parte. 63

9.1. La indemnización o adjudicación de oficio. 64

9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte. 67

9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación. 72

Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil

10. La reconvención formulada por la demandada en el presente proceso. 75

10.1. La reconvención y la sentencia de primera instancia. 75

10.2. La reconvención y la sentencia de segunda instancia. 76

10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia. 77

11. Juicio de fundabilidad del recurso de casación. 80

12. De los efectos de la sentencia y el precedente judicial. 82

IV. FALLO. 83

Primero: Infundado el recurso de casación

Segundo: Precedente Judicial Vinculante

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO. 86

I. El fin de la comunidad política. 87

II. La sociedad y el Estado al servicio de la familia. 88

III. La solidaridad y los procesos de familia. 89

3.a) La solidaridad como principio social. 90

3.b) La solidaridad y el crecimiento común de los hombres. 90

3.c) La solidaridad familiar. 90

Parte Decisoria 91

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

I. DEL PROCESO.

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

1. DEMANDA.

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Mirian, nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesoria se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL.

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN.

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvención en los siguientes términos:

3.1. Contestación.

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que éste le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

3.2. Reconvención.

Interpone reconvención para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvencional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él

la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US$.6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniente padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no

perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvención sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al dia, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hancco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado *[debe decir 50%]*, tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde

que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvención por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y sólo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: **a)** recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor, así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 *[debe decir 59 a 72]*[1], las que no han sido cuestionadas por el demandante; **b)** promovió actos de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90[2], las que tampoco han sido cuestionadas; **c)** rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le

[1] De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 08 y 21 de julio de 1981, 03 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

[2] A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román – Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicólogico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 06 de mayo del 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.

conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y d) inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvención sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre del 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvención sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del

derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58[3], no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156 . Estos hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrateo de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de

[3] De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro pre-universitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.

modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorrateo de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvención) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370 del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA.

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvención sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA

EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa- toda vez que la reconvención por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquélla, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictoras, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre del 2010.

II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.

Por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre del 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009 Lima[4], 1585-2010 Lima[5], 5512-2009 Puno[6], entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

[4] En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

[5] Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.

[6] En este proceso en particular, el Juez de primera instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

III. CONSIDERANDO:

1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

1.- Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

La doctrina[7] considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros[8].

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva

[7] Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

[8] Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires – Eudeba, 2000, pp. 44-45.

de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

2.- Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un "mínimo de garantías" que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho "(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que *medios* instrumentales al servicio de ciertas finalidades"[9].

3.- Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho[10].

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo "...el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho". Y luego agrega el mismo autor que "Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho..."[11].

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de

---

[9] Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. Cit., p. 50.
[10] Constitución, artículo 43.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.
El Estado es uno e indivisible.
Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.
[11] *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.

bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: "Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de 'todos' los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma"[12].

4.- Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional[13] comprometido con la justicia social; el atributo *social* comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario[14].

Häberle precisa además que "Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de 'Estado Constitucional', por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas"[15].

Como puede apreciarse, una de la notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de

---

[12] Ob. Cit., p. 202.
[13] La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.
[14] Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.
[15] Ob.Cit. p. 226.

normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

5.- La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio[16].

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiéndose el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

6.- La denominación de Estado "democrático y social" de Derecho sólo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, "(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho"[17]. Tales condiciones materiales se dan no sólo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la

[16] Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

[17] Gonzáles Ojeda, Magdiel. *El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano.* En: Derecho y Sociedad N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democrático-de-derecho-y-el-estado-peruano.

implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: "La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros"[18]; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares[19]. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro[20] resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil[21], el reconocimiento de litisconsorcio pasivo[22], la intervención del Ministerio Público, entre otros.

---

[18] Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, sétima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.

[19] Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: "El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina –como dijimos– numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden". En: *Manual de Derecho de Familia*, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.

[20] Mangione Muro, Mirta Hebe. *Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado*, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. Ibidem).

[21] Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: "Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por

7.- En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde sólo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. "En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen"[23].

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo 052.

2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

8.- Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso[24].

9.- Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente

---

mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana". En: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.

[22] Cfr.: Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 84.

[23] Mangione Muro, Mirta Hebe. Ibidem.

[24] Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

10.- Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material[25] dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

[25] El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohibe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).

3. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

11.- El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

12.- La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia[26].

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

"Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos-, los poderes derivados de

[26] Cfr. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima – Perú, Librería Communitas E.I.R.L. 2008, p. 163.

las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico"[27].

4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

13.- Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de ésta)[28], pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía[29], este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozaíni señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*[30].

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter proccesus*[31]. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en

[27] Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, sétima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.
[28] Cfr.: Gozaini, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.
[29] Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.
[30] Gozaíni, Osvaldo A. Ibidem, p. 387.
[31] Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen[32].

14.- Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesoria. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda[33].

16.- Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes

[32] Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. Ob. Cit., p. 273.
[33] Al respecto se ha sostenido que: "El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo". En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, JUS Jurisprudencia, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

"La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)"[34].

17.- En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la

[34] Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA.

16.- Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes[35].

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, "siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus

[35] Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal"[36].

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19.- También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

20.- Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

6.1. Clases de divorcio.

21.- La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio "absoluto" del divorcio "relativo", según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de

[36] Hinostroza Minguez, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

6.1.1. Divorcio sanción.

22.- Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

"La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables"[37].

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: "De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares"[38].

6.1.2. Divorcio remedio.

23.- Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a

[37] Quispe Salsavilca, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2*; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp.73-75.
[38] Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., pp. 115-116.

alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó[39].

Con alguna razón se sostiene que "[e]l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio"[40]; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de la finalidad social del instituto*, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio[41]. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar[42] al divorcio remedio en:

A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

---

[39] Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos "(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales".

[40] Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

[41] Cfr.: Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., p. 116. Señalan estos autores: "Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración".

[42] Respecto de esta sub clasificación, Diez Picazo y Gullón han referido: "Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desenvolviendo a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse". (Ob. Cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus)*.

24.- A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio *contencioso*), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio[43].

25.- La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el

[43] Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: "En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros –a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos– se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas". (Ob. Cit., p. 426).

proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: "Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges"[44].

6.2. Causales de divorcio.

26.- Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial[45]. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de

[44] Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.
[45] Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

cuerpos[46], estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos[47].

27.- Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio[48]. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen "conductas antijurídicas" que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: "La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosas*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir

[46] Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

[47] Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:
1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

[48] Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino "diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio". (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. Cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: "la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas". (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 439).

actos meramente *culposos*, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor"[49].

28.- Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

29.- Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su

[49] Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado *malicioso*), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.

La causal de divorcio (y de separación de cuerpos) por separación de hecho es incorporada a nuestro sistema civil a través de la Ley 27495, publicada el 07 de julio del 2001, luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. Veamos:

7.2.1. Proyecto de Ley.

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985[50].

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR[51]), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N°

[50] Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.
[51] Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex P. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 211.

2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001.

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a

votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495.

30.- La Autógrafa del Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de la República fue remitido al Presidente Constitucional de la República Valentín Paniagua Corazao, quien no cumplió con promulgarla dentro del plazo constitucional, por lo que en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso ordenó que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, siendo numerada como Ley 27495 y publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de julio del 2001.

31.- La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado

por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

32.- Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo[52]. El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

Este supuesto configura lo que la doctrina a denominado una excepción al principio de irretroactividad de la ley, la misma que se presenta en los siguientes casos: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4) en los supuestos de disposiciones de carácter complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica.

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería "(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de

[52] Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: "En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado".

esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: *"[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio"*[53].

7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.

33.- Se ha conceptuado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: "La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos"[54].

También se asevera que la separación de hecho es "(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)"[55].

[53] Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: "Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley". En: *Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?* Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF, p. 15.

[54] Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p.256.

[55] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: "(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos"[56].

7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.

34.- La naturaleza jurídica de la causal, *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no sólo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.

35.- Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera

[56] Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero del 2006, se ha establecido que: "El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa".

Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: *material*, *psicológico* y *temporal*.

7.5.1. Elemento material.

36.- Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común[57]. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como "no habitar bajo un mismo techo", sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales[58].

7.5.2. Elemento psicológico.

37.- Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges –sea de ambos o de uno de ellos– para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte

[57] Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: "Este deber, llamado también 'deber de cohabitación', significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo".

[58] Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: "(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta". (*Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*; Ob. Cit.; p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. *Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*, JUS Doctrina y Practica, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca refiere que: "(...) no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente"[59]. En el mismo sentido Plácido Vilcachagua señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros[60].

En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges[61].

Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse.

[59] Quispe Salsavilca, David. Ob.Cit., p.110.
[60] Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 48.
[61] Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, Ob. Cit., p. 124.

7.5.3. Elemento temporal.

38.- Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan[62].

7.6. Diferencia con otras causales.

39.- Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En

[62] Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: "Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado". En: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.

cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

40.- Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges[63], con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias[64].

7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común.

41.- Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos[65], mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto

[63] Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

[64] En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

[65] Cfr.: Hinostroza Minguez Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

sancionado por el legislador[66]. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

7.7. Efectos legales.

42.- Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva[67]; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

43.- El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, "(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al

[66] Cfr. Quispe Salsavilca, David Percy. Ob. Cit., pp. 119-122.

[67] Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (*ex nunc*), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.

cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares"[68].

44.- Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

A) El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

B) La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa"[69].

45.- La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).

---

[68] Plácido Vilcachagua, Alex F. Ibidem; p. 51.

[69] En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: "Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otro medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil".

b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).

c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343).

46.- En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá –por remisión del artículo 355 del Código Civil– además los siguientes efectos:

a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340).

b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341).

8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO.

47.- Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar

brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

8.1. Concepto.

48.- En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria.

Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: "Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal"[70]. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, "al margen de toda responsabilidad".

49.- Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aún cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

[70] *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio.* Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

50.- No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

51.- El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.

Aún en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

52.- Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

8.2. Naturaleza jurídica.

53.- Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta

aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina[71] se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

8.2.1. Carácter alimentario.

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

8.2.2. Carácter reparador.

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial[72], y al efecto se establece una pensión compensatoria.

8.2.3. Carácter Indemnizatorio.

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial[73]. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta

---

[71] Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: http://www.nuevodivorcio.com/pensión_compensatoria.pdf

[72] "La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil –español-, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio". Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª del 01 de octubre de 1998.

[73] Zarraluqui, Luis Op. Cit. p. 3.

en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

8.2.4. Carácter de Obligación Legal.

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge mas débil[74]. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad[75] y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

8.2.5. Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual.

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad[76].

---

[74] Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. *La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?,* véase el texto en el siguiente enlace: http://www.bibliojutidica.org/libros/4/1943/23.pdf. Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada "indemnización en caso de perjuicio", derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. *Dialogo con la Jurisprudencia*, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp.147 y ss.

[75] Zarraluqui , Luis, Op. Cit. p. 8-9.

[76] La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuridicidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición[77], aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial[78]. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

8.2.6. Nuestro sistema normativo.

54.- Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no sólo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal.

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio

[77] Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo del 2010, en la que sostiene: "Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro".

[78] Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: "Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado". *Responsabilidad Civil derivada del divorcio.* Véase el texto completo en el siguiente enlace: http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf.

Aparicio Auñon sostiene que "(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales"[79].

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *cuantum* indemnizatorio.

55.- Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria[80].

---

[79] *La Pensión Compensatoria*. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

[80] Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. Cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada *prestación compensatoire* en virtud de la cual "...uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho*. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

56.- En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor ***Alex Plácido Vilcachagua***, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos- los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido[61] debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal- consideramos que como la indemnización debe comprender no sólo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo[62].

En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor ***Leysser León Hilario,*** también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la

[61] El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

[62] Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de "protección del conviviente más perjudicado" (STS de 27 de marzo del 2001, 17 de enero del 2003, 23 de noviembre del 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p.131.

indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58.- Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la "estabilidad económica" del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge[83].

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

59.- Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común[84], particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En

[83] Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre del 2010, dejó establecido que: "Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)".

[84] La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: "En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño- haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría"[85].

60.- Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un *juicio de probabilidad,* más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal-, caso contrario, habrá una causa ajena[86].

61.- En el presente caso, para que proceda la indemnización ***(juicio de procedibilidad)*** por los daños producidos como consecuencia –nexo causal- del *hecho objetivo* de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, *pues que se trata del divorcio remedio.* Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en si, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales[87], con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa

[85] Op. Cit. p. 8.
[86] Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. *El Daño y su Cuantificación Judicial*, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 2008, p. 16.
[87] En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil.

Cosa distinta es que en el ámbito del ***juicio de fundabilidad*** se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.

62.- En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio- cualquiera de los cónyuges[88], y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización[89]. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada

[88] En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: "(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)".

[89] La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: "Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras".

como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación[90].

8.3.1. De la indemnización y los daños personales.

63.- Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad[91], si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio- de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

---

[90] También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. *Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano.* En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad,* Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima – Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

[91] Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, la familia monoparental (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. *Familia Monoparental*, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

64.- En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Diez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: "La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas"[92].

65.- El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí[93], con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

66.- Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

---

[92] Ob. Cit., pp. 139-140.

[93] El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor, no puede importar una conducta antijurídica y, por tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

En principio, el "daño personal" a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985 del Código Civil.

67.- El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego[94], aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El **daño biológico** representa la *faz estática* del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima[95].

68.- El **daño a la salud** representa el *aspecto dinámico* del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)[96].

69.- También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al "proyecto de vida" estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano[97].

---

[94] Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. p. 477.
[95] Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho.* Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.
[96] Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Ob. Cit., pp. 66-71.
[97] Fernández Sessarego sostiene que: "El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, "pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos". Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que "la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente" y que "la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción"[98].

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que "la noción del denominado 'proyecto de vida' concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)"[99]. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción

---

condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto." En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, diciembre, 1996.

[98] Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Ob Cit. p., 412.

[99] Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

pública, una beca de estudios superiores)[100], precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

70.- En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial- a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia[101], como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí.

---

[100] Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida*, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú, 2006, p. 124 y ss.

[101] Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque "el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación". Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Sante Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie[102]. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona[103], tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322[104], y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984[105] y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985[106].

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial[107]. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente[108].

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado[109].

---

[102] Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.
[103] Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.
[104] Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
[105] Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
[106] Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.
El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.
[107] Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.
[108] La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp, ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico – material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".
[109] Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. Cit., p 122.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral[110]. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona[111]. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica[112].

72.- Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto[113].

73.- Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está

---

[110] Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: *Derecho de las personas*, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

[111] Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

[112] Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 208-212.

[113] En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, "(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)".

autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique "un cambio de vida" para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse "un mínimo" o "un máximo", sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros[114].

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes[115].

---

[114] Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

[115] En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio del 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:
"Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.
A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:
1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancias relevante.
En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad".

75.- Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.

76.- Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización[116]. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores[117].

[116] Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 57.
[117] Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p.

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.

77.- La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.

9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.

78.- La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4 y 43 de la Carta Política).

79.- En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite -vía demanda o reconvención- una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?.

80.- En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, **sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios**, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello[118]. Si la parte

[118] La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3016-2006 Lima, publicada el 03 de enero del 2008 en el Diario Oficial El Peruano, se ha estableció que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo "(...) de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los

interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3° del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los "perjuicios".

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico[119] y ha sostenido que "...todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera peticionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que "quien alega un hecho tiene que

---

casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]".
De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, se ha establecido que: "(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)".

[119] Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

probarlo", vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho"[120].

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: "(...) Sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales"[121]. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el

[120] STC 04800-2009-PA/TC del 05 de marzo del 2010.
[121] STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio del 2010.

cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.

81.- Según el principio dispositivo, *nemo judex sine actore*, el proceso sólo se inicia a instancia de parte, nunca *ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional[122]. No sólo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba[123]. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

---

[122] Hernando Devis Echandía define a la carga como: "un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales". En: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Victor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

[123] En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en "la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio". Carnelutti Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. *Las reglas generales del onus probandi*. En: AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

82.- A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesoria a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvención en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que **debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito**[124], como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso[125].

---

[124] Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

[125] Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvención: "Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o

83.- Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil[126].

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo[127].

84.- Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvencional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio[128]. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título

---

adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvención". *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2009, pp. 525-550.

[126] Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.
La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:
Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
La pretensión se sustente en un derecho indisponible;
Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
El juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

[127] Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.
El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

[128] El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso...".

Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa[129], sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra Constitución.

85.- Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.

86.- Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte -demandante o demandada- implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de

[129] En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: "Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su *decideratum:* la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio". *La Congruencia procesal*, 1ª edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

87.- En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada[130]. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural[131]; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la

---

[130] Cfr.: Peyrano, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario, Argentina, Editorial Libreria Juris, 2008, pp. 103-104.

[131] La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata[132], con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio[133].

9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.

88.- Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio *onus probandi*, esto es la carga de la prueba[134], la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente[135].

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la "noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez

---

[132] Constituyen **pruebas de actuación inmediata** aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

[133] Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

[134] En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

[135] Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte"[136].

89.- La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar.

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimará este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e

[136] *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales,* Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley[137].

90.- No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribirá a los hechos alegados por las partes, aún cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero si hechos respecto a los perjuicios, b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa[138].

Si bien el artículo 480, in fine, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales sólo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

---

[137] Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2366-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre del 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando:"Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos".

[138] Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: "... en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyan al mismo punto". *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.

91.- En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO.

92.- La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvención, solicitando que el demandante la indemnice por *daño moral* y *personal*, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvención sobre indemnización por *daño moral*; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

10.1. La reconvención y la sentencia de primera instancia.

93.- La sentencia entre otros, ampara la reconvención de la demandada en la parte referida al *daño moral* y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial

de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

10.2. La reconvención y la sentencia de segunda instancia.

94.- La Sala Superior ha revocado sólo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad- y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el *daño y perjuicio* sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del *proyecto de vida matrimonial*, y que se trata de un supuesto de *responsabilidad civil familiar de tipo contractual*.

También la Sala estima que le corresponde velar por la *estabilidad económica de la consorte perjudicada* así como reparar los *daños a su persona* fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvención en parte, ha señalado un monto indemnizatorio sólo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de ésta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.

95.- En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvención en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: "establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la[s] que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio".

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvencional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvención, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada –demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

96.- No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.

B) En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona[139]. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino

[139] Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, auque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada.

C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.

D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil[140]. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito[141].

97.- En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

---

[140] Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

[141] El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intensiones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

A) Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del *cuantum* indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.

B) Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del "proyecto de vida matrimonial"; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan truncas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.

11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

98.- En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvención se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

99.- Como puede apreciarse de la reconvención, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un prestamo dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US$.6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvención la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvención, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

100.- La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvención, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

101.- En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre

las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvención y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no sólo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvención, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvencional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil.

12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL.

102.- El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República[142] de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

[142] El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.

IV. FALLO:

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

Primero. Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre del 2010, expedida por la Sala Civil de San Román – Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.,

Segundo. Así mismo, declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.
2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.

El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal **pretensión** en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya **alegado o expresado** de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

3.5. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las

siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancia relevantes.

5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo.

SS.

LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON **RAMIRO DE VALDIVIA CANO**

Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil

VÍCTOR TICONA POSTIGO

ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ

ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

SABINO LEÓN RAMÍREZ

JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA

RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ

Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora

LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:

En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.

La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos sólo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades –lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas–.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirlas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.

II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas.

Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas sólo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin

trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. Laborem exercens, 19: AAS 73 1981)

III.- LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.

3.a) La solidaridad como principio social

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, "la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos". (Juan Pablo II, Carta enc. Sollicitudo rei socialis, 38:1988 565-566).

3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

3.c) Solidaridad familiar

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9).

También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio"; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

a) Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.

b) Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de

las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece.

Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

2.- En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.

3.- El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.

4.- En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.

5.- Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte

podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

Ramiro V Cano

Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO

Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora

2012 / J04 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 01905-2012-PHC/TC · Ica

Cuidado por la abuela; entrega a la autoridad competente

Tribunal Constitucional · 17 de octubre de 2012

Localización: Fundamentos 8-9 y parte resolutiva

1. Decisión y alcance

Demanda fundada en parte: se ordena poner a los niños a disposición del juez de familia competente dentro de tres días hábiles. Se declara infundado el pedido de entrega directa a la madre.

2. Lectura jurídica del caso

La madre reclamaba a los niños que estaban con su abuela, mientras se alegaban riesgos en el entorno materno. El Tribunal separa dos cuestiones: impedir que la situación quede sin control judicial y resolver quién debe ejercer el cuidado. La primera justifica su intervención; la segunda exige la actuación del juez especializado y la valoración de las circunstancias familiares.

3. Aplicación y contraste

La utilidad del fallo consiste en distinguir restitución a una persona y puesta a disposición de una autoridad protectora. En un escrito resulta esencial transcribir el sentido de ambos extremos resolutivos; omitir el rechazo de la entrega directa altera el alcance del pronunciamiento.

4. Conexión doctrinal

D4, p. 132, explica específicamente la remisión al juzgado de familia en este caso, sin adjudicación constitucional de la convivencia definitiva.

5. Límites de utilización

Se ordena por fecha de emisión de 2012, aunque el PDF esté alojado en la colección web de 2013. No es una sentencia que conceda automáticamente la tenencia a la madre.

Doctrina: D4. Referencias completas en la bibliografía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA 1
FOJAS 30

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01905-2012-PHC/TC
ICA
ROXANA SUHARA RICCI A FAVOR DE
N.S.S., M.S.S. Y M.S.S.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de octubre de 2012, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Urviola Hani, Vegara Gotelli y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Sergio de las Casas Torres, abogado de doña Roxana Suhara Ricci, contra la resolución expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 254, su fecha 8 de marzo del 2012, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de enero de 2012 don Domingo Enrique Rojas Chacaltana, defensor público designado por la Dirección General de Defensa Pública, y doña Roxana Suhara Ricci interponen demanda de hábeas corpus a favor de los menores N.S.S., M.S.S. y M.S.S. en contra de doña Carmen Luz Ricci de Suhara. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral.

La recurrente refiere que con fecha 3 de enero del 2012 su madre doña Carmen Luz Ricci de Suhara –quien domicilia en Nasca– le ofreció hacerse cargo de sus tres menores hijos (los favorecidos) para que pudiera realizar la mudanza de sus cosas a una nueva vivienda; que con fecha 6 de enero del 2012 viajó a Nasca con el fin de reencontrarse con sus hijos, pero ello no fue posible porque su madre, apoyada por su padre y demás familiares, le impidió reunirse y tener contacto con sus hijos, de quienes desconoce su paradero. Por ello la recurrente solicita que sus menores hijos le sean entregados.

A fojas 11 de autos obra el acta de constatación domiciliaria de fecha 24 de enero del 2012, diligencia en la que se comprobó que los menores no estaban en casa de doña Carmen Luz Ricci de Suhara. El hijo de la demandada manifestó que ella se encontraba en Lima con los menores favorecidos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA 1
FOJAS 31

EXP. N.° 01905-2012-PHC/TC
ICA
ROXANA SUHARA RICCI A FAVOR DE
N.S.S., M.S.S. Y M.S.S.

La emplazada al contestar la demanda expresa que con fecha 4 de enero del 2012 realizó una denuncia contra su hija (la recurrente) y el conviviente de esta en la Fiscalía Civil de Nasca, Investigación SIATF N.° 2106054800-2012-013-0-VF, a raíz de notar comportamientos extraños en sus nietos que hacían presumir actos de violencia familiar y abuso sexual, lo que fue manifestado por los menores en sus declaraciones ante la fiscal. Añade la demandada que anteriormente ella y su esposo se han hecho cargo de los menores.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Nasca, con fecha 9 de febrero del 2012, declaró infundada la demanda tras considerar que al existir una investigación en curso por violencia familiar en contra de la recurrente y su conviviente y de acuerdo a lo manifestado por los menores favorecidos, se justificaba la restricción de visita y entrega de los menores a la recurrente.

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica confirmó la apelada, entendiéndola como improcedente, argumentando que fue la propia accionante quien dejó a sus hijos con la emplazada, los que le manifestaron ser objeto de actos violatorios y que ello originó que la emplazada presentara una denuncia al respecto, por lo que el conflicto de autos es de carácter familiar siendo de aplicación el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que los menores N.S.S., M.S.S. y M.S.S. sean entregados a su madre, doña Roxana Suhara Ricci. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral.

2. En la resolución recaída en el Expediente N.° 0005-2011-PHC/TC el Tribunal Constitucional ha señalado que *"(...) a través del hábeas corpus no pueden atenderse temas propios del proceso de familia, como tenencia, régimen de visitas, ni pretender convertir a este proceso constitucional en un instrumento ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias (SSTC 862-2010-PHC/TC, 400-2010-HC/TC, 2892-2010-PH/TC)*". Sin embargo podrá acudirse a la justicia constitucional cuando uno de los padres deniegue la visita a sus hijos o se hayan desbordado las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria (STC N.° 02892-2010-PHC/TC, STC N.° 01817-2009-PHC/TC). El Tribunal Constitucional ha considerado estos casos como supuestos excepcionales en los que se hace manifiesta la vulneración de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA 1
FOJAS 32

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01905-2012-PHC/TC
ICA
ROXANA SUHARA RICCI A FAVOR DE
N.S.S., M.S.S. Y M.S.S.

derechos reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1, de la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 9.1, 9.3, en el Código de los Niños y Adolescentes, artículo 8°, y en la Declaración de los Derechos del Niño, Principio 6, entre otros.

3. En la sentencia recaída en el Expediente N.° 2892-2010-PHC/TC el Tribunal Constitucional señaló que la dilucidación de temas relativos a la tenencia son prima facie competencia exclusiva de la justicia ordinaria, por lo que so pretexto de una indebida retención del menor el Tribunal Constitucional no puede terminar decidiendo a quién le corresponde la tenencia de un menor. Sin embargo ello no implica que toda demanda de hábeas corpus relacionada con la tenencia carezca per se de relevancia constitucional pues el que se impida el contacto de los hijos con uno de los padres vulnera el derecho de crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral, reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño.

4. Asimismo este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1° y 2°, inciso 1, de la Constitución Política del Perú. Asimismo se ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar porque la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta ejerza un control arbitrario sobre el niño que le ocasione un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

5. En este sentido este Colegiado ha manifestado que el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes entorpece su crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como viola su derecho a tener una familia (Expediente N.° 1817-2009-PHC/TC, fundamentos 14-17).

6. El Tribunal Constitucional respecto a la eficacia del derecho de los menores de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, ha señalado que este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA 1
FOJAS 33

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01905-2012-PHC/TC
ICA
ROXANA SUHARA RICCI A FAVOR DE
N.S.S., M.S.S. Y M.S.S.

padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos.

7. Fluye de los documentos que obran en autos y de las declaraciones de ambas partes que:

a) Doña Roxana Suhara Ricci, como madre de los menores favorecidos, tiene la patria potestad de ellos; es decir, tiene el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus menores hijos N.S.S., M.S.S. y M.S.S., conforme al artículo 418° del Código Civil.

b) Según se aprecia a fojas 209 de autos la Fiscalía Provincial en lo Civil y de Familia de Nasca, mediante Resolución Fiscal N.° 343-2012, de fecha 1 de febrero de 2012 (Investigación N.° 013-2012-VF), declaró improcedente el pedido de doña Carmen Luz Ricci de Suhara de disponer la medida de protección de alejamiento y prohibición de acercamiento de doña Roxana Suhara Ricci a sus hijos, los menores favorecidos.

c) En autos no se ha acreditado que la patria potestad –que por derecho le corresponde a la recurrente– haya sido suspendida o que alguna autoridad haya dispuesto que los menores favorecidos hayan sido puestos a cuidado de la demandada. Por ello en principio correspondería que los menores favorecidos estén con su madre, doña Roxana Suhara Ricci.

d) La patria potestad de los menores favorecidos legalmente la ejerce la recurrente; sin embargo de hecho los menores se encuentran bajo la tutela de la demandada (abuela materna) sin que la fiscal de familia se haya pronunciado al respecto en el proceso de investigación N.° 013-2012-VF.

e) Este Colegiado no puede dejar de considerar que si bien por Resolución Fiscal N.° 504-2012, de fecha 17 de febrero del 2012 (Investigación N.° 013-2012-VF), se archivó la investigación por violencia familiar, en la modalidad de maltrato físico en contra de doña Roxana Suhara Ricci y don Wilfredo Curay Olivera (exconviviente) en agravio de los menores favorecidos M.S.S., y M.S.S., sí se inició investigación por violencia familiar, en la modalidad de maltrato físico en contra de las personas antes mencionadas en agravio de la menor favorecida N.S.S. Asimismo se dispuso que se pongan los actuados en conocimiento de la Fiscalía Provincial Penal de Turno por la existencia de indicios de abuso sexual,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA 1
FOJAS 34

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01905-2012-PHC/TC
ICA
ROXANA SUHARA RICCI A FAVOR DE
N.S.S., M.S.S. Y M.S.S.

actos contra el pudor, de acuerdo a los informes psicológicos de los tres menores favorecidos (fojas 271- 272).

8. Mediante escrito de fecha 16 de agosto del 2012, la recurrente adjunta copia simple de la sentencia expedida por el juez del Juzgado Civil Familia de Nazca, Resolución N.° 09 de fecha 23 de julio del 2012 (Expediente N.° 2012-071-F), por la que se declara infundada la demanda de violencia familiar –maltrato físico- interpuesta en su contra y en contra del exconviviente de la recurrente en agravio de su menor hija N.S.S.; asimismo se adjunta copia simple de la Resolución de fecha 11 de julio del 2012, expedida por la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima (Ingreso N.° 33-2012-36FPPL-MP-FN), por la que se resolvió No ha lugar a promover acción penal contra don Wilfredo (exconviviente) y Luciano Curay Olivera por la presunta comisión del delito contra la libertad, violación de la libertad sexual, actos contra el pudor en menores, en agravio de los menores favorecidos en el presente proceso.

9. Este Colegiado teniendo en cuenta el interés superior de los menores favorecidos y que no se ha indicado si las resoluciones señaladas en el fundamento anterior, se encuentran consentidas y si por lo tanto podrían haber sido objeto de impugnación con la posibilidad de que se confirme dicho pronunciamiento o se emita uno diferente, considera que los menores N.S.S., M.S.S. y M.S.S. deben ser puestos a disposición del juez de familia para que, previo análisis del pronunciamiento definitivo en el Expediente N.° 2012-071-F e Ingreso N.° 33-2012-36FPPL-MP-FN, determine si los menores favorecidos deben regresar con su madre, doña Roxana Suhara Ricci, o disponga cualquier otra medida para su bienestar integral.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta a favor de los menores N.S.S., M.S.S. y M.S.S.

2. Ordena que los menores N.S.S., M.S.S. y M.S.S sean puestos a disposición del juez competente en materia de familia del distrito judicial correspondiente al lugar donde se encuentran actualmente los favorecidos, para que en el plazo máximo de tres días útiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente sentencia,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA 1
FOJAS 35

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01905-2012-PHC/TC
ICA
ROXANA SUHARA RICCI A FAVOR DE
N.S.S., M.S.S. Y M.S.S.

determine si deben ser entregados a su madre, doña Roxana Suhara Ricci, o disponga cualquier otra medida para su bienestar integral.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto a la entrega directa de los menores a la recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2013 / J05 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 1961-2012 · Lima

Valoración conjunta y convivencia favorable

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 10 de setiembre de 2013

Localización: Considerandos finales y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso de la madre infundado. Se mantiene la decisión que favorece la permanencia con el padre.

2. Lectura jurídica del caso

La controversia muestra que el tiempo de convivencia no puede aislarse de su carácter favorable para el niño. La apreciación de vínculos, condiciones de cuidado y declaraciones debe formar un razonamiento conjunto. Los antecedentes contienen afirmaciones de las partes y evaluaciones que no deben transformarse, al reseñarlas, en hechos universalmente probados o reglas sobre capacidad parental.

3. Aplicación y contraste

El litigante debe diferenciar las alegaciones de cada progenitor de los elementos que el tribunal efectivamente acepta. La opinión infantil merece examen contextual, y el comentario no puede reducir el expediente a una etiqueta de salud mental o a una comparación económica entre hogares.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 196-197, aporta una lectura centrada en el interés del hijo y en la valoración de sus circunstancias, no en una preferencia automática del adulto.

5. Límites de utilización

El texto aplica la legislación anterior a la Ley 31590. Sus referencias al antiguo artículo 84 no deben presentarse como redacción vigente. Se conserva el facsímil judicial para evitar errores de una transcripción automática.

Doctrina. Las referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

SUMILLA: Las normas sobre tenencia y custodia no son normas fatales, imperativas, que no admitan modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata una regla jurídica flexible, que se adecua a lo que lo favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "interés superior", considera al menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad.

Lima, diez de setiembre de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número mil novecientos sesenta y uno guión dos mil doce, 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 interpuesto por la demandada **Ana Cecilia Torres del Águila**, mediante escrito de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos veintitrés, contra la resolución número cinco de fecha dieciséis de marzo de dos mil doce que, entre otros, revoca la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda sobre tenencia y reformándola, la declara fundada y, en consecuencia, otorgan la tenencia y custodia de los niños a favor de su padre; asimismo fijaron un régimen de visitas a favor de la demandada, con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

Por escrito de fojas diecisiete, William Fernando Miranda Dueñas, interpone demanda de tenencia de menores, tratamiento psiquiátrico y psicológico, pensión de alimentos y régimen de visitas, alegando que fruto de su matrimonio civil con la demandada procrearon dos menores hijos Lucianna Jimena Miranda Torres y Guillermo Andrés Miranda Torres, de siete y tres años de edad, siendo que hace tres años la demandada fue diagnosticada con trastorno bipolar lo que le produce constante evolución y cambio de los estados de ánimo, lo que determinó su alejamiento del hogar conyugal debido a su comportamiento cambiante y su agresividad que hacia imposible la vida conyugal. Agrega que uno de los síntomas que padece es el gasto compulsivo, que hizo que después de ocho meses de su retiro lo demande por el pago de una pensión de alimentos a pesar de que en ningún momento incumplió sus obligaciones como padre; asimismo, señala que sin existir ningún tipo de agresión hacia la demandada ésta lo denuncio por maltrato físico y psicológico y en mérito a ellos se sigue un proceso por violencia familiar y se abrió un proceso penal por faltas contra el ahora demandante en el que se le absolvió. Señala que la demandada niega la enfermedad de trastorno de bipolaridad por lo que truncó todos los tratamientos que recibió a lo largo de estos años reflejándose en su conducta, lo que lleva a pensar que en algún momento la demandada en fase maniaca y depresiva pueda ocasionar daños psicológicos o físicos a sus hijos y al recurrente.

2. Contestación de la demanda:

Mediante escrito obrante a fojas treinta y seis, Ana Cecilia Torres Águila, contesta la demanda, primero, deduciendo excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, señalando que éste abandonó el hogar conyugal, sustrayéndose a obligaciones de padre, lo cual llevó a que lo demandara por alimentos a favor de sus dos menores hijos, siendo así el demandante no podía demandar tenencia pues antes habría sido

demandado por alimentos; asimismo contesta la demanda, señalando que en lo que respecta a la afirmación del demandante de que ella adolezca de enfermedad mental se trata sólo una afirmación de parte que no se sustenta en ninguna prueba y que lo único que pretende es presionarla y desgastarla al extremo que no tenga fuerza mental para reclamarle los alimentos.

3. Puntos controvertidos:

Conforme aparece a fojas ciento treinta, habiéndose declarado infundada la excepción deducida por la demandada mediante resolución número seis, y luego de declararse saneado el proceso, se fijaron como puntos controvertidos, determinar si debe declararse la tenencia de los menores Lucianna Jimena y Guillermo Andrés Miranda Torres de ocho y cuatro años de edad, a favor del padre demandante; y, como consecuencia de ello, fijar un régimen de visitas a favor de la madre demandada; para este efecto deberá determinarse la existencia de una causa debidamente justificada, pues las partes reconocen que el demandante ha sido demandado por alimentos antes del inicio del presente proceso.

4. Resolución de primera instancia:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución número veintiocho obrante a fojas quinientos setenta y uno, su fecha veintiuno de marzo de dos mil once, declaró infundada la demanda; fundamentando la misma en:

4.1. Del Informe Psicológico de fojas ciento siete, practicado a la demandada, no se aprecia que la misma adolezca de trastorno bipolar o que sea un peligro para sus hijos; de la Evaluación Psiquiatra de fojas ciento cincuenta y uno, se concluye que la demandada no presenta psicosis y su personalidad está dentro de

los parámetros normales con rasgos inestables, no indicando la existencia de trastorno bipolar que le impida cuidar a sus hijos.

4.2. Durante las audiencias se llevó a cabo la exhibición y ratificación de la pericia del Dr. Juan Alejos Zirena en su calidad de neurólogo, del Dr. Víctor Orlado Cruz Campos psiquiatra y de la psiquiatra Rosa Casanova Solimano, quienes no diagnosticaron trastorno bipolar, pero si personalidad dentro de los parámetros normales con rasgos inestables, trastorno afectivo, no arrojando ningún trastorno de disfunción cerebral, trastorno esquizo-afectivo, depresión, no habiéndose diagnosticado bipolaridad (aunque no se descartó en algunos casos), en tanto que el psiquiatra Paul Enrique Vega Adrianzén aprecia que padece de trastorno bipolar. De la entrevista con los menores, la menor Lucciana refiere que quiere a ambos padres, y que quiere vivir con su madre y que su padre los visite los fines de semana; respecto al menor Guillermo Andrés Miranda Torres en su entrevista refiere que desea vivir con su mamá y que su padre los visite.

4.3. Se tiene en consideración que de los cinco psiquiatras y un psicólogo que han tratado a la demandada, uno de ellos ha referido que su diagnostico con respecto a la demandada es de trastorno bipolar pero ha precisado que sólo se entrevistó una sola vez con la demandada; por su parte los psiquiatras restantes, incluyendo al psiquiatra del departamento de Medicina Legal, no han llegado a la conclusión de que la demandada adolezca de trastorno bipolar pese a que todos ellos también se han entrevistado con la demandada; razones por las que no se ha acreditado fehacientemente que la demandada sufra de trastorno bipolar. Asimismo de los exámenes psicológicos de los menores, no se aprecia que la demandada sea violenta o agresiva con sus hijos; asimismo respecto al informe social del demandante este vive en la casa materna con sus hermanos y es el soporte económico de su

familia, por ende no se ha establecido que cuente con disponibilidad para que se ocupe directamente de los niños como si lo hace su madre.

4.4. Los menores en las entrevistas han señalado que se encuentran a gusto viviendo con su madre y que ésta no los maltrata y por lo demás expresamente han referido que desean seguir viviendo con ella y que su papá los visite, siendo así, conforme a lo dispuesto en el articulo 85 del Código de Niños y Adolescentes, debe estarse a la opinión de los niños, esto sumado a que ellos siempre han estado al cuidado de la madre y que no se puede afectar su estabilidad.

5. Fundamentos de la apelación:

Mediante escrito de fojas seiscientos sesenta y cinco, el demandante apela la sentencia, fundamentando la misma en que se ha probado que la demandada padece de problemas psiquiátricos que nunca ha aceptado, habiendo intentado ayudarla para superarlos recurriendo a varios psiquiatras entre los años dos mil tres y dos mil seis, no aceptando la demandada un tratamiento psiquiátrico, tal como ha sucedido al no someterse a la evaluación psiquiátrica que fue dispuesta en el acto de audiencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diez, no habiéndose tomado en cuenta la conducta procesal de la demandada; asimismo no se tomó en cuenta el hecho nuevo presentado por su parte, referido a que el día quince de marzo de dos mil diez, cuando fue objeto de agresión por parte de la emplazada, quien le arrojó huevos y luego lo insultó delante de sus hijos, golpeó con un martillo el parabrisas, las lunas del copiloto y los cuatro faros del auto, luego que él le negara dar una suma de dinero para la reparación de una lavadora, estando a que recibe una pensión de alimentos de S/. 3,300.00 (tres mil trescientos con 00/100 Nuevos Soles), sin incluir el pago directo del crédito hipotecario de US$ 500.00

(quinientos con 00/100 Dólares Americanos), y los cerca de S/. 7,000.00 (siete mil con 00/100 Nuevos Soles) por la matricula de sus hijos en el Colegio *Jean Le Boulch*; asimismo señala que la demandada viene incumpliendo el régimen de visitas y que el colegio ha comunicado su decisión de no renovar la matrícula de su hijo para el año dos mil once; indica además que sus menores hijos conocen a su actual pareja e hijos de ésta, lugar donde se ha acondicionado un dormitorio con todas las comodidades y que cuenta con las redes sociales necesarias para recibir el soporte y acompañamiento.

6. Resolución de segunda instancia:

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior revocó la resolución de primera instancia, reformándola declaró fundada la demanda; bajo los siguientes fundamentos:

6.1. Que, luego de la separación de los cónyuges, el padre no desatendió a los menores, pues ha venido cumpliendo con sus obligaciones alimentarias así como también ejerciendo activamente su derecho de patria potestad.

6.2. La demandada pese a no laborar y recibir mensualmente la pensión alimenticia, tanto para su persona como para sus menores hijos, no ha brindado los cuidados necesarios para un óptimo desarrollo integral de los niños, toda vez, que en el caso del niño Guillermo Andrés Miranda Torres, la Institución Educativa FAP José Quiñones no le renovó la reserva del derecho de matrícula del año dos mil diez, así como tampoco el Colegio *Jean Le Boulch* para el año escolar dos mil once, y en ambos casos por haberse presentado serias dificultades en el manejo conductual del citado niño; el mismo que se corrobora con la pericia psicológica de fojas ciento diez que establece que el citado menor presenta trastorno hipercinético disocial; que conforme a la carta notarial remitida por

el demandante al Colegio *Jean Le Boulch*, con fecha veintidós de diciembre de dos mil diez se señala "*...debo señalar que el compromiso adquirido por mi persona de llevar a mi hijo a terapias durante el año 2010 no ha sido cumplido porque lamentablemente no ejerzo en la actualidad la tenencia de mi hijo, y lamentablemente la madre de mi hijo Guillermo a pesar de varios intentos de llevarlo no colaboró con este compromiso*"; asimismo se señala que al ser preguntada a la demandada en la audiencia única si sus hijos concurren a las terapias psicológicas, manifestó que no, y además se toma en cuenta la respuesta de la demandada en cuanto señala que si tiene conocimiento de los problemas de conducta que tiene su hijo, pero que no lo ha podido llevar por factor de dinero y tiempo del menor, lo cual a consideración de la Sala Superior no se condice con la realidad, pues en autos ha quedado debidamente establecido que el demandante cumple con sus obligaciones alimentarias, más aún, si la propia emplazada admite a fojas quinientos diecinueve, que el actor se encuentra al día en el pago de los alimentos.

6.3. Asimismo se toma en cuenta las evaluaciones psicológicas y el informe social relacionado con los menores, que no son favorables, al establecerse que si bien los menores cuentan con una inteligencia superior a lo normal, sin embargo tienen regular rendimiento escolar, lo que demuestra que la madre no les brinda los cuidados necesarios para su formación integral.

6.4. Se observa que la demandada no tiene un adecuado control de emociones, conforme se verifica con la constatación policial de fecha quince de marzo de dos mil diez ante la Comisaría de Santa Felicia, de fojas cuatrocientos ochenta y cinco; en las que se indica que la denunciada cogió unos huevos y los lanzó contra su cónyuge en presencia de sus menores hijos, además sacó un martillo metálico y causo daños materiales al vehículo del actor

conforme lo corrobora el efectivo policial de la Comisaría de Santa Felicia y el vigilante Pablo Layme Vilca, así como las fotografías de fojas cuatrocientos ochenta y seis, lo que no resulta favorable para el desarrollo integral de sus menores hijos.

6.5. Además se aprecia del cuaderno de medida cautelar de régimen de visitas provisional a favor del accionante que la demandada no ha cumplido con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, conforme a las constancias policiales de fojas cincuenta y cuatro, cincuenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y nueve y sesenta, y no ha garantizado el derecho de los niños de mantener el contacto con su padre, habiendo incluso sido requerida mediante resolución de fecha siete de agosto de dos mil nueve, lo que ha dado como consecuencia que el demandante se vea impedido de llevar al menor Guillermo Miranda a las terapias psicológicas especializadas en modificación de conducta, condicionadas por los Centros Educativos "José Quiñones" y "*Jean Le Boulch*", para que pueda continuar con sus estudios escolares, lo que ha motivado que al niño no se le permita continuar con sus estudios en dichos centros educativos.

6.6. Ha sido tomado en consideración lo señalado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del niño, que dice que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión en concordancia con el artículo 9.3 de dicha Convención, que prescribe "*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño, que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*" y los artículos 74, 84, 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

6.7. En tal sentido, la Sala Superior revoca la sentencia recurrida así como también fija un régimen de visitas a favor de la madre a efectos de mantener el vinculo materno filial.

III. RECURSO DE CASACIÓN:

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha cinco de julio de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, por la infracción normativa de los artículos IX y X del Titulo Preliminar y de los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes; así como el artículo 139 incisos 3° y 5° de la Constitución Política del Estado, al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión señalándose además la incidencia de ellas en la decisión impugnada.

IV. CUESTIÓN JURIDICA A DEBATIR:

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si se han infringido las reglas del debido proceso y motivación, así como las normas referidas a tenencia y custodia de menores.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:

PRIMERO.- Que, el debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten determinados requisitos mínimos[1]. Tales requisitos, que han sido objeto de discusión[2], en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa);

[1] Carocca Pérez, Alex. **El debido proceso y la tutela judicial efectiva en España**. Normas Legales. Octubre, 1997, pp. A 81 - A 104.
[2] Por ejemplo, para Bernardis, por su parte, considera, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, que ese "máximo de mínimos" estaría constituido por los requisitos de notificación y audiencia (notice and hering). Bernardis, Luis Marcelo. La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco Editor. Lima 1995, pp. 392-414

(ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.

SEGUNDO.- Que, se advierte que la recurrente sostiene que la resolución cuestionada no se encuentra debidamente motivada. En realidad, como se aprecia, no cuestiona en sí el debido proceso ni en estricto defectos de motivación, sino el material probatorio, con todo debe señalarse que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal. Nada de eso se ha cuestionado por lo que este extremo del recurso debe ser rechazado.

TERCERO.- Que, siendo ello así, y haciéndose la precisión respectiva, este Tribunal Supremo verificará si la resolución impugnada se encuentra indebidamente motivada. Cabe indicar que: "*La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 incs. 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente*[3]".

[3] Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Separata Especial, veintiuno de abril de dos mil ocho, p. 22013.

CUARTO.- Que, en esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que "el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido" sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado dos normas fundamentales: a) el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que en caso de desacuerdo la tenencia la resuelve el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento; y, b) el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el extremo que prescribe que 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. (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha advertido que los menores han sido descuidados y que la madre tiene un carácter inestable. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que la demanda debe ser amparada. Tal como *se* advierte, la deducción lógica de la Sala es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

QUINTO.- Que, en lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas[4], lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera[5]. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas indicadas son las correctas para resolver el presente caso, pues las premisas normativas aluden a dispositivos referidos a la tenencia y custodia de menores, los que

[4] Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En http://razonamientojurídico.blogspot.com.
[5] Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

además, conforme se advierte en el considerando vigésimo segundo de la sentencia, han sido concordados con el Preámbulo y el artículo 9.3. de la Convención sobre los Derechos del Niño. A su vez, la premisa fáctica corresponde al material probatorio existente. Dada la corrección de la premisa normativa y fáctica, la conclusión a la que se arribó fue la adecuada, existiendo debida justificación externa.

SEXTO.- Que, en lo que respecta a los problemas específicos de motivación se tiene que, existe *motivación aparente* cuando en una determinada resolución judicial parece que se justifica la decisión pero su contenido no explica las razones del fallo; que existe *motivación insuficiente* cuando no hay un mínimo de motivación exigible y que existe *motivación incongruente* cuando se dejan incontestadas las pretensiones o se desvía la decisión del marco del debate judicial[6]. Tales incorrecciones no se encuentran en la sentencia recurrida. Así, como se ha presentado en líneas precedentes, se ha justificado la decisión tanto en el aspecto de los hechos como en el normativo, hay argumentación prolija y se han contestado las pretensiones existentes, como se puede apreciar del relato detallado de los eventos sucedidos entre las partes y de las normas legales utilizadas. En tal sentido, este Tribunal Supremo estima que se ha fundamentado el por qué del sentido del fallo y se han contestado rigurosamente las pretensiones existentes.

SÉTIMO.- Que, por otra parte, debe verificarse si, como señala la recurrente, no se ha tomado en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió más tiempo, y que se ha incurrido en error cuando se menciona que sus hijos tienen regular rendimiento cuando en el caso de Guillermo Andrés tiene un promedio de catorce y la menor Lucianna Jimena el de excelente; situaciones ambas que vulnerarían el artículo 84 del referido cuerpo legal. Asimismo, debe verificarse si al no

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 0037-2012-PA/TC.

tomarse en cuenta la opinión de los menores, se ha vulnerado el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes.

OCTAVO.- Que, sobre el particular debe mencionarse que los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes hacen referencia al interés superior del niño y a los procesos de menores como problemas humanos[7]. Se trata de normas principistas que guían la interpretación del resto del articulado del referido Código y que deben atenderse, tanto por ser dispositivos legales vigentes como porque responden a los Tratados Internacionales suscritos por el país (por todos: Convención Internacional de los Derechos del Niño). Siendo ello así las infracciones alegadas por la recurrente al artículo 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes[8] referidos a las facultades del juez en los casos de tenencia y a la necesidad de escuchar la opinión del niño deben ser interpretadas en el marco de las normas principistas antes señaladas.

NOVENO.- Que, establecidos los parámetros legales antes señalados, se observa que, con respecto a la permanencia de los menores con el

---

[7] **Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-** En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.
Artículo X.- Proceso como problema humano.- El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

[8] **"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."
Artículo 85.- Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

progenitor que los tuvo más tiempo, debe señalarse que, en efecto, el artículo 84.1 menciona que ello es así, pero dicho dispositivo culmina con la siguiente frase: "*siempre que le sea favorable*". No se trata, por tanto, de una norma fatal, imperativa, que no admite modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata de una regla jurídica flexible, que se adecúa a lo que le favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "interés superior", considerando al menor como sujeto de derecho y rechazando que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. Así expuestas las cosas, aunque la permanencia del niño con uno de sus progenitores es un elemento a considerar, tal hecho cede cuando tal evento no sea favorable a él. Lo mismo que se ha dicho sobre el artículo 84.1 debe señalarse con respecto al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, la opinión de los menores es importante, pero debe ser evaluada con el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que conviene al menor.

DECIMO.- Que, en lo relacionado al error en el promedio escolar de los menores, se observa por la propia declaración de la recurrente en su recurso de casación y por lo expuesto a fojas ochocientos doce que Guillermo Andrés tiene un promedio por debajo del regular, pues apenas llega a trece ponto setenta y ocho, siendo que en el contexto de su Informe Psicológico lo tiene como persona de inteligencia superior. En cambio, conforme se aprecia a fojas ochocientos once, sí es verdad que Lucianna Jimena tiene un promedio destacado (AD). No obstante, esa equivocación de la Sala Superior no sólo no genera nulidad alguna, sino además en nada modifica la contundencia de sus afirmaciones.

UNDÉCIMO.- Que, en efecto, el promedio escolar es sólo uno de los factores tomados en cuenta para dictar la sentencia; a ello se ha

agregado que a Guillermo Andrés no se le haya renovado la matrícula del año dos mil diez en la Institución Educativa FAP "José Quiñones" ni en el dos mil once en el "Colegio Jean Le Boulch", y en ambos casos por problemas de conducta del menor, que no han merecido la vigilancia y el control deseable por parte de la recurrente, más aún cuando ha contestado en Audiencia Única que "*no ha podido llevar* (a su hijo al psicólogo) *por factor dinero y tiempo del menor*" cuando se ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre. Asimismo, si bien, como se ha dicho, el promedio de notas de Lucianna Jimena es bueno, no es menos verdad que la educación no puede reducirse a la actividad escolar, sino se desarrolla también en la casa donde se vive. Allí el ambiente es inadecuado para ambos menores. Así, conforme lo expone el Informe Psicológico (fojas ciento trece), Lucianna Jimena, que tiene inteligencia superior con coeficiente ciento doce, es también una niña con "*autoestima por debajo de lo normal, con sentimientos de inferioridad y desvalorización*" y con "*síndrome de niña maltratada*". Por su parte, Guillermo Andrés, señala el Informe Psicológico, que también tiene una inteligencia superior con coeficiente ciento quince, es "*fronterizo a nivel social*" y, tal como se ha relatado en líneas precedentes, ha tenido problemas de conducta en los dos colegios donde ha estado. Todo ello demuestra que la madre no ha desempeñado de manera debida su labor de resguardo y cuidados necesarios para su formación.

DUODÉCIMO.- Que, a ello, debe añadirse, como lo ha hecho la sentencia impugnada:

- Que el médico neurólogo y psiquiatra de la Clínica Medlab ha señalado que trató a la recurrente porque presenta trastorno afectivo y que le realizó dos evaluaciones para descartar trastorno

neurológico, y que a la tercera sesión (que iba a servir para descartar un posible trastorno bipolar) la ahora demandada ya no concurrió.

- Que el psiquiatra del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado" refiere haber tratado a la madre de los menores que entonces padecía "depresión mayor" y que, dado el grado de desconfianza que tenía, le pidió descartar trastorno esquizoafectivo, no concurriendo la paciente a ninguna otra cita.
- Que la Historia Clínica obrante de fojas doscientos sesenta y ocho a doscientos setenta informa que la recurrente padece episodio depresivo moderado, D/C trastorno bipolar, lo que fue ratificado por el médico tratante.
- Que la pericia psicológica practicada a la casante señaló que sufre de trastorno de ansiedad generalizada.
- Que, a lo expuesto se añade que la recurrente no tiene un adecuado control de sus emociones, habiendo lanzado huevos y golpeado con un martillo el auto del demandante.

DÉCIMO TERCERO.- Que, lo expuesto permite concluir que en nada se han vulnerado los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, pues ellos han sido evaluados en el contexto del desarrollo de los menores, del actual cuidado que se les brinda y teniendo como norte el principio del "interés superior del niño" y que un proceso de menores es siempre un problema complejo cuya solución se da con la evaluación exigente del material probatorio, como se ha hecho en el presente caso.

VI. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos

veintitrés; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil doce, que corre a fojas setecientos treinta y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por William Fernando Miranda Dueñas contra Ana Cecilia Torres del Águila, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Castillo.-**

SS.

ALMENARA BRYSON

HUAMANÍ LLAMAS

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHAVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Jcvp/Ymbs

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

06 MAR 2013

2014 / J06 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 1384-2012 · Ucayali

Nueva pareja y evaluación del entorno familiar

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 18 de marzo de 2014

Localización: Fundamentos 7-12 y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso del padre infundado. Se conserva la decisión favorable a la tenencia materna.

2. Lectura jurídica del caso

La Corte rechaza presumir que convivir con una nueva pareja vuelve inadecuado un hogar. La pregunta jurídicamente relevante es si el entorno ofrece condiciones apropiadas de crianza. Examina además el incumplimiento de mandatos de presentación del niño y la imposibilidad de invocar en beneficio propio una evaluación frustrada por la propia conducta.

3. Aplicación y contraste

El caso es útil para separar prejuicios sobre recomposición familiar de prueba sobre cuidado. Una objeción debe identificar condiciones concretas y riesgos acreditables. La colaboración en entrevistas y evaluaciones también es relevante, sin que el incumplimiento adulto autorice prescindir del interés del niño.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 196-197, permite relacionar convivencia y bienestar concreto. La censura del prejuicio sobre nueva pareja deriva del fundamento 7 de la sentencia.

5. Límites de utilización

La procedencia correcta es Ucayali, según el encabezado judicial. La convivencia con una nueva pareja no es por sí misma causal de ineptitud parental. Se reproduce el facsímil completo.

Doctrina: D1. Referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

Tenencia y Custodia de Menor:
Para decidir sobre la tenencia y custodia del menor debe examinarse si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es la apropiada para la crianza del menor.
CNA Art. IX TP y Art. 3.

Lima, dieciocho de marzo de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con el acompañado; vista la causa número mil trescientos ochenta y cuatro - dos mil doce, 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 interpuesto por el demandado **Marco David Melgarejo Cárdenas** (página trescientos ochenta y cuatro), contra la sentencia de vista de fecha veinticinco de enero de dos mil doce (página trescientos treinta), que confirma la sentencia de primera instancia del cuatro de octubre de dos mil once (página doscientos ochenta y seis), que declara fundada en parte la demanda, en el proceso seguido por Techy Lisset Martínez Flores, sobre tenencia de menor.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

Se tiene que Techy Lisset Martínez Flores interpone demanda (página treinta y nueve, subsanada en la página ciento cuarenta y cinco) a fin de que se le otorgue la tenencia de su menor hijo Marco David Melgarejo

Martínez, señalando que producto de sus relaciones extramatrimoniales con el demandado ha procreado a su menor hijo que ya tiene siete años de edad, quien desde su estado de gestación hasta la edad indicada ha estado bajo su cuidado, puesto que su padre biológico nunca cumplió su rol de padre. Refiere que si bien en el parto y post parto éste la apoyó económicamente y de manera ocasional le enviaba sumas de dinero que oscilaban entre cincuenta a cien nuevos soles cada dos o tres meses, nunca se preocupó por el menor, ya que nunca le acudió con una pensión adecuada a las necesidades de su hijo. Indica que el día veintiséis de diciembre de dos mil nueve, con el pretexto de comprarle regalos por navidad y año nuevo, en coordinación con su tío Isaías Melgarejo, el demandado le solicitó que su menor hijo pase las fiestas con su padre, sin poner en duda ni cuestionar su buena fe y por el bienestar de su hijo la demandante concedió el permiso solicitado, sin saber que a partir de dicha fecha no vería más a su hijo. Señala que desde que el demandado se llevó al menor lo ha aislado totalmente de su persona y de su familia, desconociendo hasta la fecha donde se encuentre, puesto que lo mantiene incomunicado; añade que el demandado no tiene domicilio fijo, viaja constantemente por negocios y no tiene hogar constituido, lo que hace que su hijo corra el riesgo de que se críe con terceras personas que no son propiamente su familia.

2. Contestación de la demanda.

En tanto, Marco David Melgarejo Cárdenas contesta la demanda (página cincuenta y tres), señalando que es falso que nunca haya asumido su rol de padre, por cuanto constante, permanente y casi diariamente estaba pendiente de su hijo, tanto en su desarrollo socio-psico-emocional como en lo económico, pues los gastos que realizaba su menor hijo eran cubiertos por él, pues de lo contrario la demandante le hubiera entablado

una demanda que el caso ameritaba. Indica que la accionante ya posee otro compromiso marital y que estaba a punto de dar a luz a su segundo hijo, que vive en la casa de su madre de manera hacinada y no adecuada para su hijo, aunado al hecho de su precaria e incipiente situación económica. Alega que por esa razón, en acto voluntario, sin presión de ningún tipo, procedió a entregarle a su menor hijo hasta que de a luz, consiga una vivienda adecuada y mejore su situación económica. Agrega que es totalmente falso que la demandante haya trabajado duro para mantener y educar al menor, ya que ella jamás ha trabajado ni ha tenido ingreso alguno para gastar en la manutención y educación del menor, siendo que todo lo invertido en su formación fue realizado por su persona. Sostiene que la accionante sabe perfectamente cuál es su domicilio real. Finalmente, reconviene y propone régimen de visitas, para que el juez determine de manera adecuada y prudencial los días y horas en que la demandante tendrá derecho a la visita de su menor hijo.

3. Puntos controvertidos.

Se fijó como punto controvertido (página noventa y seis) determinar si procede o no declarar la tenencia del menor Marco David Melgarejo Martínez a favor de la demandante.

4. Resolución de primera instancia.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez emite la sentencia de fecha cuatro de octubre de dos mil once declarando fundada en parte la demanda y disponiendo que el demandado Marco David Melgarejo Cárdenas podrá visitar a su menor hijo todos los días del mes fuera del horario escolar, dentro o fuera del domicilio donde radique el menor, pudiendo retirarlo todos los domingos de cada mes desde las nueve horas

de la mañana hasta las diecinueve horas. La sentencia argumenta que de conformidad con el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes: "*(E)n caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, 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 años permanecerá con la madre; y, c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un régimen de visitas*". En esa perspectiva, la sentencia indica que el menor ha convivido con su progenitora hasta la edad de siete años, es decir, ha convivido mayor tiempo con su progenitora; tiempo durante el cual ha estado pendiente de su salud, como se aprecia de las documentales de las páginas veinticinco a treinta y tres; asimismo el menor ha venido cursando estudios de primer y segundo grado de primaria (páginas tres a veintiuno). El fallo expresa que la versión del demandado de que su menor hijo le fue entregado en forma voluntaria por la demandante no se encuentra acreditado en autos y si bien el demandado prueba haber costeado algunos gastos de vestimenta, juguetes del menor; sin embargo, respecto del consumo de alimentos no se tiene certeza que el demandado haya cumplido esas obligaciones. Asimismo, la sentencia tiene en cuenta que el demandado ha referido que el menor vive con sus familiares maternos, a lo que debe agregarse que el demandado sostiene que tiene negocios en diversos lugares del país, de lo que se colige que no permanece regularmente con su menor hijo. Por último, la sentencia toma en cuenta que el demandado no ha cumplido con concurrir a la audiencia complementaria conjuntamente con el menor, con lo cual el Juzgador se ha visto imposibilitado de apreciar la opinión libre de éste sobre el asunto que le afecte.

5. Fundamentos de la apelación.

Mediante escrito de la página doscientos noventa y nueve, el demandado Marco David Melgarejo Cárdenas, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando que el juez de la causa no ha efectuado una debida motivación y apreciación lógica de los medios probatorios aportados por las partes. Sostiene que el Juez sólo se ha dedicado a constatar el mayor tiempo de convivencia con la demandante, pero no ha expresado cuáles son las condiciones psicológicas, socioeducativas y materiales que le sea mas favorable al menor. Señala que se advierte de la recurrida la ausencia de una prueba sustancial, el cual es el informe social, que debió efectuar la asistente social y psicóloga del equipo disciplinario de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, en el domicilio de la demandante.

6. Resolución de segunda instancia:

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce confirma la resolución de primera instancia, señalando que el demandado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, circunstancia que se demuestra con el hecho de que el recurrente fue renuente a traer al menor a las audiencias a fin de recibir su declaración, lo que demuestra además que el demandado no respeta el derecho de la efectividad de las resoluciones judiciales retardando no sólo la resolución de la presente causa, sino también impidiendo que su menor hijo pudiera interactuar y relacionarse aunque sea durante el desarrollo de la audiencia con su madre, además que no se pueda escuchar la opinión del mismo, conforme lo prescribe el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes. El fallo también señala que la remisión de dinero a la madre del menor ha sido esporádica de acuerdo a las boletas

presentadas en autos, además de las mismas boletas se advierte que algunas no corresponden a las necesidades del menor como las presentadas en las páginas ciento diecinueve, ciento veintitrés y ciento veintisiete, aunado a que las boletas de consumo de alimentos no generan certeza que éstos se hayan compartido con el hijo. Respecto del alegato referente a que no se han practicado informes multidisciplinarios, cabe precisar que de acuerdo al artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes estas diligencias son facultativas y además no se han verificado por causas imputables al demandado, pese a haber sido requerido, toda vez que no ha cumplido con asistir a las audiencias con el menor, siendo que en el incidente de tenencia provisional la Asistente Social no pudo realizar su trabajo porque el menor no domicilia en la dirección indicada por el recurrente.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha veinte de agosto de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado, por la infracción normativa: i) del artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes; ii) del artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes; iii) del artículo IX del Titulo Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y de manera excepcional por: iv) infracción normativa del artículo 139, incisos 3° y 5°, de la Constitución Política del Estado.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA A DEBATIR.

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si existe infracción al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, y si se han infringido las normas sobre tenencia y custodia de menores.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

1. El debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten unos determinados requisitos mínimos, tales requisitos, que han sido objeto de discusión[2], en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa); (ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; y, (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.

2. Se debe hacer la precisión que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal, y que tales hechos no han sido cuestionados,

---

[1] Carocca Pérez, Alex. **El debido proceso y la tutela judicial efectiva en España**. Normas Legales. Octubre, 1997, pp. A 81 - A 104.

[2] Por ejemplo, para Bernardis, por su parte, considera, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, que ese "máximo de mínimos" estaría constituido por los requisitos de notificación y audiencia (notice and hering). Bernardis, Luis Marcelo de. La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco Editor. Lima 1995, pp. 392-414.

por lo que este Tribunal verificará si existen defectos de la motivación.

3. Cabe indicar que: "*La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional* (Artículo 139 incisos 3° y 5°); *por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente*[3]".

4. En esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que "el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido" sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: **(i)** Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado: **-)** el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes en el extremo que establece las consideraciones a tenerse en cuenta al momento de resolverse la tenencia de un menor ante la existencia de un desacuerdo: "*a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable* (...) *c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas*"; **-)** el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes: "*El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente*", ya que se tiene que ante la negativa del demandado a concurrir conjuntamente con el menor, no se ha podido tomar en cuenta la opinión del éste; lo que habría impedido además realizar los informes multidisciplinarios referidos en el artículo 175 del

[3] Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Separata Especial, veintiuno de abril de dos mil ocho, p. 22013.

mismo cuerpo normativo; y, -) el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "*3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*". **(ii)** Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha indicado: **-)** la renuencia del demandado a llevar al órgano jurisdiccional al menor a fin de recibir su declaración; **-)** el que haya depositado de manera esporádica gastos para la alimentación del menor; y, **-)** que el menor pasó más tiempo al cuidado de su madre. **(iii)** Como **conclusión** la sentencia considera que el demandado no preserva y tutela el interés superior de su menor hijo, al no dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Superior –concurrir con el menor a la audiencia señalada– lo que ha ocasionado que se decline la integración familiar, lo que permitiría aseverar razonablemente y objetivamente que de tener la tenencia el demandado, la demandante pudiera mantener contacto con su hijo. Tal como se advierte la deducción lógica de la Sala Superior es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

5. En lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas[4], lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera[5]. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la

[4] Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En http://razonamientojurídico.blogspot.com.
[5] Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas glosadas son suficientes para resolver el presente caso, toda vez que se relacionan con el objeto de la controversia. Por consiguiente, no existe infracción a las normas relativas al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales.

6. Respecto a la supuesta infracción normativa del artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes se tiene que los argumentos del demandado para fundamentar dicha infracción no guardan relación con el tema en discusión. En efecto, el referido dispositivo prescribe: *"El niño y el adolescente tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado"*, tal norma hace alusión al deber del Estado a la defensa de la biodiversidad. Así Walter Ricardo Rojas Sarapura señala: *"se ha establecido que todo menor de edad tiene el derecho a residir y lograra su adecuado desarrollo psicológico en un ambiente saludable, el mismo que esté acorde con la utilización conveniente de los recursos naturales de nuestro país; determinándose de acuerdo al artículo 2, inciso 22 y artículo 68 del Texto Constitucional, que es competencia del Estado proteger la diversidad biológica y las áreas naturales, considerándose que éstos son patrimonio inalienable de la Nación; del mismo modo la legislación penal reprime los delitos que se perpetren en contra de la Ecología, conforme se establece del artículo 304 del Código Penal vigente[6]."*

7. Sin perjuicio de lo expuesto debemos señalar que el cuestionamiento que se hace al lugar en donde viviría el menor con su madre, con su actual pareja y el menor hijo de ambos, no basta para presumir que se encontraría en un ambiente no adecuado para su desarrollo,

[6] ROJAS SARAPURA Walter Ricardo. Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. Perú. Editoria Fecat, Pág. 21.

puesto que ello significaría *a priori* considerar que para cautelar la vida de sus hijos, las parejas separadas deban permanecer solitarias sin poder encontrar los afectos necesarios para la vida en relación. Tal idea debe descartarse, no sólo por constituir un prejuicio sin sustento alguno, como porque supone una infracción al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad; lo que corresponde, en cambio, es verificar si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es la apropiada para la crianza del menor.

8. En esa perspectiva se tiene que el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes garantiza no sólo el derecho del menor a vivir en una familia, sino además el deber de los padres a velar porque sus hijos reciban cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral. Tal cuidado exige, entre otros supuestos, el cumplimiento de los mandatos judiciales, dado que ello evidencia el respeto a las normas jurídicas y permite verificar el estado físico y emocional del menor.

9. Sin embargo, en el presente caso el recurrente no cumplió con llevar al menor a la audiencia ordenada por el Juez, impidiendo que se evalúe a éste y observar el trato y el ambiente social en el que se desarrollaba, lo que demuestra falta de interés en colaborar con el órgano jurisdiccional y un comportamiento reñido con el respeto al ordenamiento legal que no puede ser admitido.

10. Por consiguiente, debe descartarse el reclamo del recurrente por el incumplimiento por parte del Juez de no ordenar que se lleve a cabo un informe social y evaluaciones psicológicas, conforme lo prescribe el artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes, toda vez que se ha valorado (en la resolución de fecha veintiocho de setiembre de dos mil once del incidente de tenencia provisional) el Informe Social Nº 158, en el que se da cuenta que el demandado no tiene residencia

fija y que en el nuevo domicilio fijado por éste se ubica una casa demolida y cubre la entrada del lote dos bloques de madera, lo que hace constatar que el menor no vive en dicho domicilio. Del mismo modo, como se ha señalado antes, el demandado incumplió con concurrir en compañía del menor a las audiencias señaladas, por lo que no puede utilizar a su favor su propia negligencia para invocar una norma cuya ejecución él mismo se encargó de desatender. Por lo demás, lo expuesto en el artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes es una facultad discrecional de Juez, quien cuando considere que el caso lo amerite recurrirá a estos mecanismos (informe social y evaluación psicológica), sin perjuicio de extraer de la conducta de las partes razones suficientes para emitir el fallo que corresponda.

11. Por último, en la sentencia de vista tampoco existe infracción al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, pues precisamente es en defensa del "interés superior" del menor que el juez, meritando la conducta del recurrente (incumplimiento de los mandatos judiciales), la actitud de la madre (respeto al ordenamiento jurídico), la edad del niño (en la actualidad nueve años), el tiempo de permanencia del menor con su madre (siete años) ha otorgado la tenencia a la demandante, todo ello en concordancia con el último párrafo del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes que establece que "(...) *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*".

12. Estando a lo expuesto no se evidencia que se haya infringido ninguna de las normas denuncias; antes bien, ellas han sido correctamente aplicadas e interpretadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

VI. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo en lo Civil, y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Marco David Melgarejo Cárdenas (página trescientos ochenta y cuatro); en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veinticinco de enero de dos mil doce (página trescientos treinta); **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por Techy Lisset Martínez Flores con Marco David Melgarejo Cárdenas, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas.-**

S.S.

ALMENARA BRYSON

TELLO GILARDI

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Jcvp/Ymbs.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

16 JUL 2014

2016 / J07 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3016-2015 · Tacna

Disponibilidad real de cuidado y acuerdo extrajudicial

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 29 de marzo de 2016

Localización: Considerandos quinto a séptimo y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso del padre infundado. Se mantiene el reconocimiento de tenencia a favor de la madre.

2. Lectura jurídica del caso

La adolescente vivía en Tacna y los informes describían vínculos estables en el entorno materno. El padre trabajaba en Iquitos y descansaba en Lima. La Corte considera que la decisión cuenta con motivación y que la existencia de un acuerdo extrajudicial no impide acudir al juez para evaluar la tenencia.

3. Aplicación y contraste

Una propuesta compartida debe explicar quién cuida efectivamente, cómo se realizan traslados y cómo se sostiene la vida escolar. No basta invocar una denominación en un acuerdo. La voz de la adolescente se valora junto con informes y disponibilidad, y no como única razón para descartar una modalidad.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 83-84, permite relacionar ubicación, horarios y responsabilidades. Es una lectura doctrinal posterior del problema de organización que muestra este caso.

5. Límites de utilización

La sentencia aplica la ley anterior a 2022. La distancia no debe convertirse en prohibición automática bajo el artículo 84 reformado: exige determinar la forma de ejercicio y el beneficio concreto del hijo.

Consulta de fuente oficial. Documento sin notas personales ni edición bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 3016 – 2015
TACNA
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

MOTIVACIÓN:
El principio de la adecuada motivación garantiza la obtención de una resolución fundada en derecho, en la cual se expliciten en forma suficiente las razones de los fallos, con mención expresa de los fundamentos fácticos y jurídicos que los determinaron, mediante los cuales el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los medios probatorios.

Lima, veintinueve de marzo de dos mil dieciséis.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número 3016 -2015, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Que se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado **Michael Alexander Del Carpio Carpio** a fojas trecientos diez, contra la sentencia de segunda instancia de fecha veintitrés de junio de dos mil quince, de fojas doscientos noventa y nueve, que **confirma** la sentencia apelada de fecha nueve de marzo de dos mil quince, de fojas doscientos treinta y seis, que declara **fundada** la demanda sobre reconocimiento de tenencia; en consecuencia, ordena que se reconozca el derecho de la demandante de ejercer la tenencia de su hija Valeria Anthuane Del Carpio Mendoza, quien deberá permanecer junto a la madre accionante; fija el régimen de visitas a favor del demandado, en virtud del cual éste podrá visitar a su hija Valeria Anthuane del Carpio Mendoza los días domingos de cada semana en el horario comprendido entre las nueve y las dieciséis

horas, pudiendo a dicho propósito, retirar a su hija del domicilio de la demandante.

II. ANTECEDENTES.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. DEMANDA.

Por escrito de fojas cinco, **Shirley Astrid Mendoza Ramírez** interpone demanda de reconocimiento de tenencia, contra Michael Alexander Del Carpio Carpio, a fin que se le reconozca la tenencia de su menor hija Valeria Anthuane Del Carpio Mendoza. Funda su pretensión en lo siguiente: **1)** Que, con el demandado mantuvieron relaciones convivenciales producto de las cuales nació su menor hija Valentina Anthuane Del Carpio Mendoza de trece años de edad aproximadamente; que la actora es la única que siempre se preocupa por el cuidado de su menor hija, la que se encuentra en su poder, mientras que el demandado jamás se preocupó por su bienestar, por el contrario se ha olvidado de sus obligaciones que como padre tiene para con su hija; y, **2)** La demandante se ha visto obligada a demandar alimentos, para que sea el Poder Judicial, quien ordene que cumpla con su obligación de padre; siendo esto así, por el propio bienestar de su hija, y el interés superior del niño solicita se le reconozca la tenencia de su menor hija.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante escrito treinta y dos, **Michael Alexander Del Carpio Carpio**, contesta la demanda, alegando lo siguiente: **1)** El demandado señala que siempre se ha preocupado por el bienestar de su hija y con la actora siempre han compartido la tenencia de la menor, siendo que la niña vivía un tiempo en su casa y otro en casa de la actora hasta que en el año dos mil seis, la demandante varió su domicilio al país de Chile, como se

verifica del movimiento migratorio de la actora donde se demuestra claramente que se ausenta por largos periodos del país, lo cual ratifica el hecho que no ejerce la tenencia exclusiva de su hija; además en dicho lugar tiene una relación sentimental, que no sabe el estado civil de casada o convivencial con su pareja actual; **2)** Que si es cierto que la actora ha interpuesto una demanda de alimentos de la cual aún el demandado no tiene conocimiento, pues se le ha notificado en un lugar que no es su domicilio; sin embargo, avisado de lo anterior, ha dejado recomendado al conductor de dicho inmueble para que le de aviso de cualquier notificación judicial que allí llegue; y, **3)** Asimismo, señala que nunca ha descuidado los alimentos de su menor hija en todos los conceptos que contienen, es decir, alimentación, educación, salud, vestimenta, entretenimiento; refiere que nunca ha abandonado a su hija y que le sorprenden los términos con los que la actora sustenta su demanda, ya que la tenencia de su hija siempre ha sido compartida entre ambos.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Se ha establecido como punto controvertido:

Determinar si la demandante reúne las condiciones necesarias para continuar ejerciendo la tenencia de su menor hija Valeria Anthuane del Carpio Mendoza.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas doscientos treinta y seis, su fecha nueve de marzo de dos mil quince, declara **fundada** la demandada; en consecuencia, ordena que se reconozca, el derecho de la demandante de ejercer la tenencia de su hija Valeria Anthuane Del Carpio Mendoza, quien deberá permanecer junto a la madre accionante; fija el régimen de visitas a favor del demandado, en virtud del cual éste podrá visitar a su hija Valeria Anthuane del Carpio Mendoza los días domingos de cada semana en el horario comprendido entre las nueve y las dieciséis horas, pudiendo a dicho propósito, retirar a

su hija del domicilio de la demandante, tras considerar que: **1)** Con el acta de nacimiento que corre a fojas tres, se acredita fehacientemente el nacimiento de la menor Valeria Anthuane Del Carpio Mendoza, siendo sus padres Shirley Astrid Mendoza Ramírez y Michael Alexander Del Carpio Carpio, con lo que la demandante acredita el vínculo familiar o entroncamiento familiar, del cual se origina la obligación de ambas partes del cuidado de la menor; **2)** Que, fluye de los actuados y sobre todo, del tenor de la demanda, que los justiciables no hacen vida en común, que la demandante viene ejerciendo la custodia de facto de la adolescente, conforme además así lo ha corroborado la Asistenta Social del Juzgado, en el informe de folios ciento noventa y nueve; y, **3)** Estando a lo expuesto en el punto anterior y lo actuado en autos se puede determinar que la adolescente, no puede valerse por sí misma, motivo por el cual necesariamente debe estar al cuidado de sus progenitores; que la demandante al ser la madre de la menor y con quien permanece en la actualidad, y reuniendo las condiciones necesarias para seguir ejerciendo la tenencia de su hija, conforme al análisis de las pruebas, entre ellas: **a)** El Examen Psicológico Nro. 085-2014/PS efectuado a la menor por el psicólogo del equipo Multidisciplinario del Juzgado, donde la menor expresa de modo consistente su deseo de permanecer bajo la tutela de su madre; **b)** El Informe Social Nro. 0177-2014, respecto a la situación social y familiar de la demandante Shirley Astrid Mendoza Ramírez, cuya parte relativa a la Apreciación Social se indica que la situación socio familiar de doña Shirley se muestra estable y definida, por ende otorga las condiciones adecuadas para la formación y desarrollo de su hija, sumado a ello, se debe tener en cuenta que la demandante cuenta con el apoyo de sus padres con quienes desde el nacimiento de la menor ha vivido con ellos.

5. <u>FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN</u>.

Mediante escrito de la página doscientos setenta y seis, **el demandado Michael Alexander Del Carpio Carpio,** interpone recurso de apelación

contra la sentencia de primera instancia, alegando que: **1)** El juzgador no ha merituado las pruebas aportadas, en especial la Transacción Extrajudicial del diez de julio de dos mil doce, en la que claramente se acordó, en su cláusula tercera, que la tenencia de la menor será en forma compartida; **2)** Que el hecho de amparar la demanda no es óbice para implantar un régimen de visitas de sólo siete horas semanales y un solo día para ejercerlas, sin motivar su decisión; y, **3)** Que es nula la apelada al haber dejado de lado el interés superior de la adolescente, por haber desconocido el derecho de ésta a compartir con su padre el mayor tiempo posible y el derecho del padre de mantener contacto físico afectivo con su hija.

6. SENTENCIA DE VISTA.

Los Jueces Superiores de la Sala Civil transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna expiden la sentencia de vista de fecha veintitrés de junio de dos mil quince, de fojas doscientos noventa y nueve, que **confirma** la sentencia apelada que declara **fundada** la demandada sobre reconocimiento de tenencia; en consecuencia, ordena que se reconozca, el derecho de la demandante de ejercer la tenencia de su hija Valeria Anthuane Del Carpio Mendoza, quien deberá permanecer junto a su madre accionante; fija el régimen de visitas a favor del demandado, en virtud del cual éste podrá visitar a su hija Valeria Anthuane del Carpio Mendoza los días domingos de cada semana en el horario comprendido entre las nueve y las dieciséis horas, pudiendo a dicho propósito, retirar a su hija del domicilio de la demandante, fundamentando la decisión en: **1)** Que se advierte del Examen Psicológico N° 085-2014/PS efectuado a la adolescente Valeria Anthuané Del Carpio Mendoza, del Examen Psicológico N° 086-2014/PS practicado a la demandante Shirley Astrid Mendoza Ramírez, del Informe Social N° 0177-2014 y de la Evaluación Psicológica N° 0134-2014/PS.01 efectuada al demandado Michael Alexander Del Carpio Carpio, que el demandado no podrá ostentar la tenencia compartida de la menor, al no haber logrado satisfacer los

requisitos establecidos en el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes; **2)** Asimismo, de las referencias dadas por la menor, se advierte que ésta se encuentra bien en compañía de su madre, con la que actualmente vive y vela por su bienestar, mientras que respecto a su padre se percibió que la menor tiene temor, rechazo y desconfianza; de lo expuesto se infiere que es la madre quien reúne las condiciones para obtener la tenencia de la menor Valeria Anthuané Del Carpio Mendoza.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha dos de octubre de dos mil quince, de folios veinticinco del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Michael Alexander Del Carpio Carpio, por las siguientes causales:

Infracción normativa de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, 50 inciso 6 y 197 del Código Procesal Civil y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, alega que se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues las sentencias emitidas adolecen de falta de justificación externa, en tanto no se ha tenido en cuenta el supuesto de tenencia compartida solicitada por el demandado, omitiendo así valorar todas las pruebas admitidas en el proceso; señala que las instancias de mérito han valorado únicamente los informes psicológicos practicados a la partes, así como el informe de la asistenta social; empero ha omitido valorar la transacción extrajudicial de fecha diez de julio de dos mil doce, en la que ambas partes acordaban que la tenencia de la menor iba a ser compartida.

IV. MATERIA JURIDICA EN DEBATE.

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso, se centra en determinar si la sentencia de segunda instancia incurre en infracción normativa de las normas denunciadas, esto es, si se ha vulnerado el

derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al no haber efectuado una valoración conjunta y razonada de los medios probatorios.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

PRIMERO.- Ante todo, en materia de casación es factible ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio del derecho de defensa de las partes en litigio, como es en el presente caso.

SEGUNDO.- Procediendo al análisis de la infracción contenida en el numeral III de la presente resolución, es menester indicar que el derecho al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, comprende a su vez, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, mediante las sentencias en las que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, norma que resulta concordante con lo preceptuado por el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del mismo modo debe precisarse que la exigencia de la motivación suficiente, prevista en el inciso 5 del referido artículo, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto venga dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso, y no de una arbitrariedad por parte del juez; de allí que una resolución que carezca de motivación suficiente no sólo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional.

TERCERO.- Que, el artículo 197 del Código Procesal Civil regula la valoración de la prueba, en los siguientes términos: *"Todos los medios*

probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión". En virtud del numeral glosado, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en *litis*, Michele Taruffo al respecto señala: *"la función principal de la prueba es ofrecer al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en litigio. En realidad, al comienzo de un proceso, los hechos se presentan en formas de enunciados fácticos caracterizados por un estatus epistémico de incertidumbre. Así, en cierto sentido, decidir sobre los hechos significa resolver esa incertidumbre y determinar, a partir de de los medios prueba presentados, si se ha probado la verdad o falsedad de esos enunciados (...)"*[1].

CUARTO.- Asimismo, si bien es cierto, no está dentro de la esfera de las facultades de la Corte de Casación efectuar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que han servido de base a la sentencia recurrida, los que han formado convicción para el respectivo pronunciamiento; no es menos cierto que en algunos casos la arbitraria evaluación de la prueba por la instancia inferior, origina un fallo con una motivación aparente que no corresponde a los criterios legales ni para la selección del material fáctico, ni para la apreciación lógica y razonada de la prueba; o, en algunos casos se vulnera el derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar sus afirmaciones, lo que faculta a esta Sala Casatoria a revisar la actividad procesal en materia de prueba, toda vez, que no solo la admisión y la actuación del medio probatorio constituye una garantía del derecho fundamental a probar, sino

[1] TARUFFO, Michele *La Prueba*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2008, p. 131.

además que este medio de prueba –incorporado al proceso por los principios que rigen el derecho probatorio, como pertenencia, idoneidad, utilidad y licitud- sea valorado debidamente

QUINTO.- Procediendo al análisis de la sentencia recurrida se advierte que la Sala comienza con el examen conceptual y normativo sobre el derecho y ejercicio de la tenencia de los padres respectos de sus hijos en los considerandos 3 y 5 procediendo luego a determinar en el caso concreto si los padres reúnen las condiciones necesarias para ejercer la tenencia, arribando a la conclusión que el demandado no podrá ostentar la tenencia compartida de la menor, siendo más bien la madre quien reúne las condiciones para obtener la tenencia de la menor Valeria Anthuané Del Carpio Mendoza, en base al informe psicológico número 085-2014/PS efectuada a la adolescente por el Equipo Multidisciplinario del Juzgado, en el cual se concluye que la adolescente tiene una imagen débil y difusa de su padre, y es más, la imagen paterna de la niña es su abuelo materno (y no su padre biológico), a quien llama *"papá chemo"*, que ha establecido un fuerte y estable vínculo afectivo con su madre, tan es así que la menor expresa de modo consistente su deseo de permanecer bajo la tutela de su madre; asimismo con el informe social N° 0177-2014 respecto a la situación social y familiar de la demandante, en la que se concluye que la situación socio familiar de la madre se muestra estable, definida y otorga las condiciones adecuadas para la formación y desarrollo de su hija; sumado a ello que la demandante cuenta con el apoyo de sus padres donde desde el nacimiento a la fecha la menor ha vivido con ellos; y además el examen psicológico N° 0134-2014/Ps.01 efectuados al padre Michael Alexander Del Carpio Carpio en el cual se recomienda que por razones exclusivamente atribuidas a sus condiciones laborales (labora en Iquitos y en su días de descanso radica en Lima) el evaluado no puede por ahora ejercer la tutela de su menor hija.

SEXTO.- De lo expuesto, es menester señalar que del análisis de la sentencia cuestionada se observa que se han valorado los medios probatorios en forma conjunta, y se ha efectuado una apreciación razonada de los mismos, de conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Civil; asimismo se advierte una exposición lógica, razonada y suficiente de los fundamentos fácticos y jurídicos en mérito de los cuales el órgano de fallo resolvió la controversia; que, siendo ello así, no se advierte que se haya transgredido el principio de motivación de las resoluciones judiciales, contenido en el artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, como erradamente sostiene la impugnante.

SÉTIMO.- Es pertinente precisar que la existencia de un acuerdo extrajudicial no limita la posibilidad *per se* de la potestad del padre o la madre que no ostenta la tenencia de su hijo de acudir a la vía judicial, hecho que será evaluado por el juez; que si bien la tenencia compartida es facultativa, ello es siempre y cuando el juez advierta que aquélla incidiría positivamente en el desarrollo integral de la adolescente. En el presente caso el *Ad quem* sustenta su decisión de amparar la demanda y por ende que no procede la tenencia compartida, en virtud al propio sentir y deseo de la adolescente, cuya opinión debe ser tenida en cuenta de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en concordancia con los artículos 9 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes y por el hecho de que el demandado no reúne las condiciones para ejercer la tenencia, pues el demandado labora en Iquitos y en sus días de descanso viene a la capital de Lima, en tanto la adolescente radica en Tacna; sustento que constituye la *ratio decidendi* de la resolución recurrida.

VI. DECISIÓN.

A) Por estos fundamentos y de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, interpuesto por el demandado Michael Alexander Del Carpio

Carpio a fojas trescientos diez, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veintitrés de junio de dos mil quince, obrante a fojas doscientos noventa y nueve, que confirma la sentencia apelada del nueve de marzo de dos mil quince, de fojas doscientos treinta y seis que declara fundada la demandada, con lo demás que contiene.

B) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Shirley Astrid Mendoza Ramírez con Michael Alexander Del Carpio Carpio, sobre reconocimiento de tenencia; y los devolvieron. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **del Carpio Rodríguez**.

SS.
TELLO GILARDI
DEL CARPIO RODRÍGUEZ
RODRÍGUEZ CHÁVEZ
CALDERÓN PUERTAS
DE LA BARRA BARRERA

Ec/sg

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

16 MAYO 2016

2016 / J08 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 1252-2015 · Lima Norte

Congruencia y petición de tenencia compartida

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 4 de mayo de 2016

Localización: Considerandos quinto a séptimo y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; sentencia de vista anulada y reenvío para nuevo pronunciamiento.

2. Lectura jurídica del caso

La demandada había solicitado tenencia compartida al contestar, pero la sala le otorgó tenencia exclusiva. La Corte identifica una diferencia material entre lo debatido y lo concedido. El caso no se limita a la falta de reconvención: el punto decisivo es que la solución adoptada no correspondía a la modalidad solicitada y discutida. La Corte reconoce, además, la posibilidad jurídica de la modalidad compartida.

3. Aplicación y contraste

La estrategia procesal debe expresar con claridad la modalidad de cuidado, sus alternativas y las condiciones concretas para ejecutarla. Si se propone integrar una decisión, habrá que demostrar que la cuestión estuvo sometida a debate, en vez de invocar únicamente el interés superior del niño como fórmula general.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 47-51, comenta directamente esta casación y permite distinguir petición implícita, debate procesal y respuesta integral.

5. Límites de utilización

No constituye una prohibición absoluta de toda integración judicial. Debe compararse con el III Pleno y con el acuerdo de visitas de oficio de 2021, atendiendo a sus diferentes supuestos.

Doctrina. Referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala - Suprema:CACERES PRADO Alvaro Efrain (FAU20159981216)
Fecha: 03/05/2017 07:55:48 Razón:
RESOLUCIÓN JUDICIAL, D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1252-2015
LIMA NORTE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Sumilla.- *Se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada (madre del menor) la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.*

Lima, cuatro de mayo
de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil doscientos cincuenta y dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia.----------

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, que declaró infundada la demanda interpuesta y fija el régimen de visitas a favor de Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes, respecto a su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; y la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro es quien debe tener al menor, disponiendo que el demandante le entregue al menor dentro del tercer día de notificado con la sentencia; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor.----------

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta del presente cuadernillo, de fecha trece de julio de dos mil quince, ha estimado procedente el recurso de casación referido por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material. El recurrente denuncia: **A) Indebida aplicación de los**

artículos 418 y 423 inciso 5 del Código Civil: Señala que si bien el artículo 418 del Código Civil define la patria potestad como el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo que es distinto a la pretensión demandada que es el derecho a la tenencia y custodia del menor, el *Ad quem* no ha tomado en cuenta la opinión del menor expresada en la audiencia complementaria de fecha diez de julio de dos mil trece; **B) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes:** Norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, puesto que la Sala Superior no ha considerado el extremo de la citada norma en cuanto dispone que se determine la tenencia tomando en consideración el parecer del menor, por cuanto, a lo largo de la declaración de éste, ha hecho alusión, de que quiere quedarse bajo la custodia de su padre. Ello se debe a que, como se encuentra acreditado en autos, la madre abandonó a su menor hijo para irse a vivir con una tercera persona, hecho que no ha sido desacreditado a lo largo del proceso; **C) Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú:** Alega que la sentencia de vista ha perjudicado su derecho en beneficio de la demandada, máxime si ella no apeló la sentencia. La doctrina nacional e internacional es unánime al prescribir que no se puede reformar la sentencia de manera peyorativa para la única parte apelante, es decir, el *Ad quem* ha incurrido en *reformatius in peius*, la Sala Superior sólo pudo reformar la sentencia a favor del recurrente y no en contra como ha ocurrido en el presente caso, al haber concedido la tenencia de su menor hijo a la parte demandada. De la simple lectura del proceso se puede constatar que la demandada se limitó a solicitar la tenencia compartida, por ende, al otorgársele la tenencia total de su menor hijo, el recurrente alega encontrarse frente a un fallo *extra petita*, pues la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorgan conceptos o derechos que no forman parte del petitorio de la misma y menos, se fijó como punto controvertido la tenencia a favor de la parte

contraria. El fundamento central para sancionar el fallo extra petita en nuestro sistema procesal radica en que constituye éste una infracción al debido proceso contemplado en la norma antes citada.----------

CONSIDERANDO:----------

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que a fojas diecisiete Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes interpone demanda contra Olga Sayas Toro solicitando que se le otorgue la tenencia y custodia del menor hijo de ambos Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas. Como fundamentos de su demanda sostiene que contrajo matrimonio con la demandada el dieciocho de noviembre de dos mil, ante la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, procreando al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, quien se encuentra viviendo con el demandante; con fecha uno de noviembre de dos mil doce, su esposa (demandada) hizo abandono de hogar, puesto que se involucró sentimentalmente con otra persona, dejando al menor en su poder, motivo por el cual el recurrente se encarga de su cuidado, sin que la madre tenga participación alguna. Existe incertidumbre respecto a la tenencia del menor, ya que la demandada podría arrebatárselo, lo que pondría en peligro su integridad física y psicológica. Que, por existir discrepancia y falta de acuerdo en cuanto a cuál de los padres debe ejercer la tenencia del menor es que interpone la demanda con el fin de que el juzgado determine el mejor derecho de uno de los progenitores.----------

SEGUNDO.- Tramitada la demanda según su naturaleza, el *A quo*, mediante sentencia de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, declara infundada la demanda; fija a favor del demandante un régimen de visitas, el cual deberá efectuarse los días martes y jueves desde las cuatro de la tarde hasta las seis de la noche, en el hogar materno sin externamiento; y el primer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al día siguiente

(domingo) al hogar materno a las seis de la tarde; asimismo, el tercer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al hogar materno al día siguiente (domingo) a las seis de la tarde. Como fundamentos de su decisión sostiene que si bien ambos progenitores no se encuentran incapacitados para ejercer la tenencia del menor; sin embargo, siendo relevante crear seguridad al menor, así como brindarle un hogar en el cual no se le manifieste la negatividad del progenitor ausente, sino por el contrario, coadyuvar al mejoramiento de las relaciones parentales; siendo ello así, estando a que de las pruebas se desprende que el menor estaría siendo influenciado en forma negativa contra la progenitora, corresponde cambiar el ambiente del mismo, y que si bien el demandante señala que la demandada mantiene una relación con una tercera persona con conductas negativas, sin embargo, del informe social no se advierte que dicha persona conviva con la demandada; más aún, la accionada ha señalado en su declaración de parte estar arrepentida de dicha relación, reclamando sólo a su hijo.----------

TERCERO.- Apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora, mediante sentencia de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, la confirma y, además, la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro sea quien tenga al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; en consecuencia, dispone que el demandante entregue al mismo dentro del tercer día de notificado con la sentencia; bajo apercibimiento de ejecución forzada. Como sustento de su decisión manifiesta que en virtud a los informes sociales practicados en las viviendas, tanto del demandante como de la demandada, así como también por los informes psicológicos practicados en ambos y en el menor, concuerdan con la Juez de la causa en el sentido que las conductas de aquéllos no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del menor, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos. De manera singular, se descarta que la demandada haya tenido -o tenga- conducta negativa para el menor. La

denuncia policial de “abandono de hogar” interpuesta por el demandante queda enervada con las denuncias y actuaciones policiales y judiciales interpuestas en su contra por la demandada. Éstas revelan que la agredió físicamente en repetidas ocasiones, dando lugar a su retiro del hogar conyugal. Para definir la controversia, 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, por cuanto, en la audiencia respectiva el menor ha señalado “(…) *mi papá me ha dicho que diga que me quiero quedar con él (…)*”, lo que refleja que -dada su capacidad limitada de discernimiento- ha sido influenciado por su padre (demandante). En tal contexto, en aplicación del principio del interés superior del niño invocado, al no existir una situación negativa para que la demandada tenga a su menor hijo, y aún cuando ella no ha formulado reconvención en ese sentido, pero que al contestar la demanda ha expresado dicho interés, lo que ha sido sometido al contradictorio, en aplicación del principio de flexibilización del principio de congruencia en asuntos de derecho de familia establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio Civil, integrando la sentencia por omisión, se debe decidir porque la tenencia del menor sea ejercida por la demandada. El ejercicio de ese derecho debe ser facilitando el contacto físico y moral permanente del menor con su padre, conforme al régimen de visitas establecido en la apelada.----------

CUARTO.- Conforme se ha anotado precedentemente, el recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material, debiendo absolverse, en primer lugar, las denuncias de carácter procesal, de modo que si se declara fundado el recurso por esta causal deberá verificarse el reenvío, no teniendo objeto, en tal caso, el pronunciamiento respecto a la causal sustantiva.----------

QUINTO.- En tal sentido, en su denuncia de carácter procesal contenida en el apartado **C)** el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, por cuanto la sentencia de vista contiene un fallo *extra petita*. Al

respecto, debe indicarse que estaremos ante un fallo de tal cualidad cuando el órgano jurisdiccional otorga un derecho que no había sido solicitado en la demanda. En el caso *sub examine*, el demandante Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes solicitó en su demanda que se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, a fin de ejercerla en forma exclusiva. Luego, efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, ésta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida. Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el *Ad quem* ha emitido un fallo *extra petita*, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.----------

SEXTO.- Sobre el particular debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio *Ad quem* ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos.----------

SÉTIMO.- En consecuencia, se verifica la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso del recurrente, en los términos antes descritos, lo cual conlleva la nulidad de la sentencia recurrida, en atención a lo dispuesto por el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil, correspondiendo al *Ad quem* renovar el acto procesal viciado, es decir, emitir nueva sentencia, de conformidad con las consideraciones previamente vertidas. Cabe agregar que, en atención a lo establecido en el considerando cuarto de la presente resolución carece de objeto pronunciarse sobre la denuncia de contenido material.----------

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1252-2015
LIMA NORTE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho; por consiguiente, **CASARON**, la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; en consecuencia, **NULA** la misma; **ORDENARON** a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; *y los devolvieron.* Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

2016 / J09 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 2702-2015 · Lima

Variación de tenencia; adolescente en el extranjero

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 6 de mayo de 2016

Localización: Considerandos decimosexto a decimoctavo y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. Se mantiene la desestimación de la variación de tenencia solicitada por el padre.

2. Lectura jurídica del caso

La Corte examina la permanencia de una adolescente en Estados Unidos, su edad próxima a la mayoría y sus vínculos familiares y escolares. El incumplimiento previo de visitas no se ignora, pero se ponderan las consecuencias de un cambio de residencia y cuidado. La decisión distingue reprochar la conducta adulta y determinar qué medida beneficia actualmente a la hija.

3. Aplicación y contraste

Es útil exigir información actualizada sobre arraigo, escolaridad, relaciones fraternas y voluntad libre de la adolescente. El fallo recoge medios tecnológicos de comunicación y coordinación de visitas como herramientas para preservar el vínculo sin convertir el cambio de tenencia en una sanción al otro progenitor.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 196-197, ofrece el marco para valorar la voz del hijo junto con las condiciones reales de convivencia. La aplicación al traslado internacional es análisis editorial de este caso.

5. Límites de utilización

No convalida en general traslados sin autorización ni decide toda controversia de restitución internacional. La edad, el tiempo transcurrido y la situación concreta fueron relevantes.

Doctrina: D1. Referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala - Suprema:CACERES PRADO Alvaro Efrain (FAU20159981216)
Fecha: 15/05/2017 19:50:09 Razón:
RESOLUCIÓN JUDICIAL, D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLI

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

SUMILLA.- En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.

Lima, seis de mayo de dos mil dieciséis.-

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil setecientos dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: ----------

I.- MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante **Alfredo Mario Chu Morales** (folios 1418) contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revocó la sentencia contenida en la Resolución número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho (folios 596), que declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, disponiendo que el demandante en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija Marisol Chu Carty y se le concede un régimen de visita a la madre en el horario del primer y tercer sábado y segundo y cuarto domingo de cada mes, desde las diez de la mañana a seis de la tarde con externamiento, con costas y costas, reformándola declararon infundada la misma.----------

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

Esta Sala Suprema mediante la Resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince (folios 41 del cuadernillo de casación) ha declarado procedente

1

el recurso de casación por las siguientes causales: ----------

a) Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; refiere que no existe una razón lógico jurídica del por qué le es favorable la tenencia a la madre en los Estados Unidos sin haber mediado alguna prueba que considere su real situación físico y/o psicológica y así como la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, asimismo, no existe pronunciamiento debidamente motivado de la concurrencia de un síndrome de alineación parental ni sobre la conducta procesal de la madre y como ha afectado la relación parental de la menor con su padre; que, no se hace referencia como deberá ser el cumplimiento del régimen de visitas y cuáles serían las medidas reparadoras; alega que no se ha incumplido con las pruebas ordenadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema como son: La declaración de parte que debió actuarse ante la propia Sala de Familia, respetando el principio de intermediación y de conformidad con el artículo 213 del Código Procesal Civil; la entrevista a la menor (prueba especial) la que correspondía ser actuada directamente por la Sala de Familia con presencia del Ministerio Público y en forma reservada; Las pruebas psicológicas, que debieron ser emitidas por el equipo multidisciplinario de conformidad con el artículo 149 y 150 del Código de los Niños y los Adolescentes, agrega que el *Ad-Quem* estableció que la actuación de dichos medios probatorios se ejecutarían en los Estados Unidos, lo que ha conllevado una dilación del proceso desde el año dos mil nueve hasta el dos mil quince, sin embargo, no se ha actuado ninguna de las pruebas, por ello es que se ha concluido la apelada con votos dirimentes, violándose el artículo 396, última parte, del Código Procesal Civil.----------

b) Infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; sostiene que en el presente caso se ha probado que existe un acto de padrectomía y de síndrome de alineación parental, la conducta procesal de la demandada ha sido orientada a no cumplir con el régimen de visitas y lograr un nulo contacto con el padre, por lo que debe variarse la tenencia de la menor al padre.----------

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015
LIMA
VARIACIÓN DE TENENCIA

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución de las infracciones normativas tanto procesales como materiales, declaradas procedentes, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto del *íter* procesal. Es así que **Alfredo Mario Chu Morales** interpone demanda de Variación de Tenencia respecto a su menor hija Marysol Chu Carty dirigiendo su acción contra Heddy Elena Carty Cam[1]. Como fundamentos de su pretensión señala: **a)** Durante el trámite del proceso de Divorcio, ambas partes presentaron una Propuesta de Convenio, en la cual convenían que el recurrente podía visitar a su menor hija libremente cualquier día, incluso los sábados y domingos ya sea fuera o dentro del hogar en las oportunidades que crea conveniente en un horario prudente, previa coordinación con la madre de la menor, siempre y cuando ello no perturbe o perjudique su horario de alimentación o sueño; en cuanto a la tenencia y custodia, se establece que ambos padres conservarán la patria potestad de la menor; **b)** El once de agosto del año dos mil seis, se realizó la respectiva constatación policial, debido a la imposibilidad de realizar las correspondientes visitas a su menor hija, señala que los abuelos maternos de la menor le manifestaron que la niña se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica; **c)** El recurrente no prestó su autorización para la salida de la menor del país; **d)** Sus abuelos maternos no le han indicado cual es el domicilio de su hija lo que ha impedido que tenga comunicación con ella; **e)** A fin de investigar el paradero de su hija, solicitó a la Dirección de Migraciones un Certificado de Movimiento Migratorio de la demandante y su menor hija, observando que no existe salida alguna de la emplazada y la menor; **f)** Se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia; y **g)** La madre de la menor se encontraba viviendo en los Estados Unidos, debido a una beca de estudios que debió durar cuatro meses y se ha prolongado por cuatro años, lo que originó que ésta dejara a su menor hija al cuidado de sus abuelos maternos, lo que significa que la demandada abandonó a la menor.----------

[1] Folio 10

SEGUNDO.- La demandada a través de su apoderado contesta la demanda[2], señalando básicamente: **i)** El demandante viene amenazándola diciendo que cuando su hija cumpla cinco años de edad, la quitará de su cuidado; **ii)** Desde el momento de la concepción el demandante no quiso asumir su paternidad, negándola y maltratándola física y psicológicamente; **iii)** Resulta falso que su hija se encuentre desaparecida, al contrario, a raíz de las constantes amenazas en su contra, es que tomó la decisión de instalarse en provincia con su hija, ya que corre peligro tanto ella como su persona; **iv)** Resulta falso que el demandante cumpla con la pensión de alimentos, ya que de acuerdo a la propuesta de convenio expresada en la sentencia de Separación de Cuerpos del diecinueve de diciembre de dos mil cinco, el actor debía asistir con una pensión mensual de ochocientos soles (S/.800.00), suma que jamás fue cancelada y tampoco requerida, justamente, para mantenerlo alejado, dado su nivel de peligrosidad e impredecible conducta, lo cual ponía en riesgo a su hija. **v)** El demandante jamás hizo ejercicio de su derecho al Régimen de Visita, puesto que el actor ha llegado a ausentarse hasta cuatro meses seguidos sin que aparezca a visitar a la menor; **vi)** El accionante sufre de una serie de desórdenes en su conducta y personalidad, lo que lo lleva a convertirse en una persona sumamente violenta y agresiva, dejándose llevar por sus emociones internas, lo cual lo coloca en una situación psicológica y psiquiátrica anormal respecto a su persona, su familia y esencialmente respecto a su menor hija; **vii)** Su hija no se encuentra desaparecida, menos aún abandonada, al contrario ella se encuentra bajo su perfecto cuidado como siempre ha sucedido y si ha variado su residencia a provincia es porque entre el quince y dieciséis de julio el accionante amenazó nuevamente con raptar a su hija; **viii)** Si es que el accionante jamás cumplió de manera fehaciente su Régimen de Visitas, porqué otorgarle la tenencia ahora, más aún cuando a través de su demanda no ha comprobado que su persona se haya conducido en contra de los intereses de su hija menos aún que posea una conducta capaz de poner en riesgo la

[2] Folio 55

estabilidad y bienestar de la menor. Por Resolución número seis de fecha quince de diciembre de dos mil seis (folio 64) se tiene por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.----------

TERCERO.- Mediante la Resolución número nueve contenida en la Acta de Audiencia Única de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete[3], se fijó como punto controvertido: **i)** Establecer si procede declarar la variación de la tenencia y custodia de la menor Marysol Chu Carty, concediéndola a favor del demandante, en su condición de padre.----------

CUARTO.- Por Sentencia del veinticinco de agosto de dos mil ocho, el Juez del **Décimo Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, en consecuencia, que el accionante Alfredo Mario Chu Morales en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija Marysol Chu Carty, concediéndose a la madre Heddy Elena Carty Cam un régimen de visitas en el horario del primer y tercer sábado y el segundo y cuarto domingo de cada mes de diez de la mañana a seis de la tarde, con externamiento, con costas y costos. Entre los fundamentos que sustentan esta decisión, se precisa: **i)** De todos los medios probatorios en conjunto se concluye que la demandada Heddy Elena Carty Cam y su menor hija se encuentran fuera del país, tal como fluye de lo expuesto por el apoderado en su escrito de fojas 246; **ii)** El apoderado de la emplazada en ningún momento reveló con exactitud y certeza el paradero actual de la menor, por el contrario, ha precisado domicilios diferentes en donde no se encontraba físicamente la menor, pretendiendo que se practique la visita social en un domicilio donde ya no se encontraba, lo que originó que se prescinda de esta prueba; **iii)** Se ha requerido a la parte demandada a fin que se apersone al área psicológica del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia (folio 315) a efectos que se lleve a cabo las correspondientes evaluaciones a su persona como de la menor, por

[3] Folio 107

tal motivo, al no haberse presentado a las diligencias no pudo ser escuchada en la secuela del proceso; **iv)** Dichos hechos demuestran displicencia de la madre demandada en esclarecer y solucionar el conflicto de intereses surgidos en beneficio de su menor hija, por lo que, debe merituarse su conducta procesal.----------

QUINTO.- Apelada la sentencia por la demandada, la **Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima,** mediante la Resolución número ocho, de fecha uno de diciembre de dos mil ocho[4], declaró nula la sentencia de primera instancia del veinticinco de agosto de dos mil ocho y ordenaron que el *A-quo* emita nuevo pronunciamiento, sujetándose a los lineamientos establecidos. Esta decisión fue impugnada a través de un recurso de casación formulado por el demandante Alfredo Mario Chu Morales, por lo que mediante la Ejecutoria Suprema del veintiocho de diciembre de dos mil nueve[5], se declara fundado el recurso y nula la sentencia de vista ordenándose que se emita nuevo pronunciamiento, luego de actuarse los medios probatorios que se detallan en dicha resolución, es así que por Resolución de Vista número setenta y siete del veintisiete de mayo de dos mil quince[6], la **Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima,** revoca la sentencia de primera instancia número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho y reformándola declara infundada la demanda, bajo las siguientes consideraciones: **i)** Del Informe Social practicado en el domicilio del accionante (folios 224), se infiere que éste no tuvo convivencia con la madre de su hija, ni con esta última, puesto que la primera residía en la ciudad de Lima, mientras que él lo hacía en Chimbote; **ii)** Si bien es cierto resulta reprochable la conducta de la emplazada de llevarse a su hija a los Estados Unidos de Norteamérica con fines de residencia sin conocimiento del progenitor, ocasionando con su actitud un evidente daño al demandante al verse privado de la presencia de la menor, también lo es que la adolescente

[4] Folio 693
[5] Folio 736
[6] Folio 1389

vivió desde que nació con su progenitora y no con su padre, por cuanto éstos se separaron desde que la demandada contaba con tres meses de gestación, lo que significa que de haberse escuchado la opinión de la niña seguramente hubiera asentido en el viaje, es por ello que cuando conversó telefónicamente con el accionante lo primero que hizo fue pedirle permiso para quedarse allá, según lo ha referido el propio demandante; **iii)** La menor tiene en la actualidad quince años de edad y está próxima a cumplir dieciséis años, que a lo largo de su existencia ha convivido con su madre mayor tiempo, pues el hecho de que esta última haya realizado viajes a los Estados Unidos durante sus primeros años no significa que se haya despreocupado o desatendido de su persona, ya que la dejaba al cuidado de sus abuelos maternos con el consentimiento del demandante, tan es así que cuando la demandada viaja con la menor, el padre expresaba su autorización; **iv)** La demandada reside en la ciudad de New York de los Estados Unidos de Norteamérica, donde ha formado un nuevo hogar al haber contraído matrimonio con un ciudadano norteamericano y procreado una hija, hogar donde vive la menor desde el año dos mil cinco, lo que significa que por tiempo transcurrido a la actualidad se ha adaptado a su nueva familia y a las costumbres de dicho país, por lo que desarraigarla nuevamente de este nuevo hogar le ocasionaría un perjuicio inminente en su estabilidad emocional y en su bienestar, lo que colisionaría además con el interés superior del niño, niña o adolescente.----------

SEXTO.- Habiéndose declarado **procedente** el recurso de casación por causal referida tanto a la **infracción normativa procesal[7] y sustantiva[8]**, es necesario señalar que la primera, es sancionada ordinariamente con nulidad procesal. La misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos.----------

[7] Inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú.
[8] Artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes.

SÉTIMO.- El Debido Proceso, está referido al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, por el cual se posibilite que toda persona pueda recurrir a la justicia para obtener Tutela Jurisdiccional Efectiva, a través de un procedimiento legal con la observancia de las reglas procesales establecidas para el procedimiento y a través del cual las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley. A nivel doctrinario, se ha señalado que el Derecho al Debido Proceso tiene dos vertientes; la primera de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el Derecho al Juez Natural, el Derecho a Probar, el Derecho a la Defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa[9]. En este sentido el Tribunal Constitucional señaló, que el debido proceso: *"no tiene un 'ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualquiera de los derechos que lo comprenden v.g. el Derecho de Defensa, el Derecho a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, reconocidos en los incisos 5 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, respectivamente (…)"*[10].----------

OCTAVO.- Es así que cuando un procedimiento judicial se ha llevado a cabo con deficiencias y vicios procesales graves, que importen Violación del Debido Proceso, se deberá invalidar todas aquellas actuaciones afectadas por tal violación y repetirlas con el cumplimiento y respeto de todas las garantías requeridas, conforme lo dispone el artículo 171 del Código Procesal Civil y lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fundamentos 217 a 219 y 221, de la sentencia recaída en el caso Castillo Petruzzi y otros contra el Estado Peruano.----------

[9] Hurtado Reyes, Martín, La casación Civil, Una aproximación al control de los hechos, Lima, Idemsa 2012, p. 299
[10] Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente número 1436-2006-PA/TC, del 27 de febrero de 2008)

NOVENO.- Uno de los contenidos esenciales del Derecho al Debido Proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Administrar Justicia se haga con sujeción a la Constitución Política del Perú y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del Derecho de Defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional precisando el contenido del derecho constitucional a la Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales, ha señalado que éste: *"(…) se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (…)"*[11]. En concordancia con lo expuesto, el mismo Tribunal ha señalado también que una Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales *"(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) (...). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate jurídico generando indefensión, constituye*

[11] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente número 04348-2005-PA/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento dos.

vulneración del Derecho a la Tutela Judicial y también del Derecho a la Motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (…)"[12].----------

DÉCIMO.- Antes de analizar los argumentos sobre los cuales reposan las infracciones denunciadas, es menester tener cuenta que el demandante básicamente solicita la variación de la tenencia de su menor hija bajo la premisa que ésta fue llevada a residir a los Estados Unidos sin que medie su autorización, lo que originó que pierda contacto con ella, afectando su relación paterno filial.----------

DÉCIMO PRIMERO.- Para analizar la mencionada infracción denunciada, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos. En principio, esta Suprema Corte es consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, de modo que ya no se trata de la familia nuclear, formada por el padre, madre e hijos, sino que se ha reconocido la existencia de familias monoparentales, familias ensambladas, familias con nido vacío, entre otras, de modo que los roles de cada miembro de éstas han ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna como la paterna,[13] la función que éstos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a que: "*la familia desempeña una tarea psicológica y existencial que sienta las bases, no solo de todo aquello que se refiere a las funciones de reproducción biológica y de sostén material, sino también, y principalmente, de lo que constituye el espacio afectivo donde el niño experimenta tanto la ternura y el afecto, así como también las primeras frustraciones y límites, constituyéndose en un lugar*

[12] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente número 4295-2007-PHC/ TC, del 22 de setiembre de 2008, fundamento cinco.
[13] Debe precisarse aquí, que cuando se trate de familias monoparentales, en las que existe una situación de mayor riesgo para los menores, será muy importante el bienestar emocional que el padre presente le brinde a los hijos para afrontar dicha situación, de modo que la estructura familiar no influya en la calidad de vida del menor. (Investigación realizada por: Susan Golombok. Modelos de Familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta? Barcelona: Graó. 2006.

único para el aprendizaje experiencial, el cuál marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez"[14].----------

DÉCIMO SEGUNDO.- Es así que todas las medidas que se tomen en relación a la menor deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término muy amplio y que puede tener cierto grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio.----------

DÉCIMO TERCERO.- Por consiguiente, en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres[15]. Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un "menor maduro", éste debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos, de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, debe realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate[16].----------

DÉCIMO CUARTO.- Es por ello que, los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte a la menor, deberán tener en cuenta que: "*El menor vive en un permanente y creciente proceso de socialización, a través del cual va*

[14] Alberto Arocena, Gustavo. Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes". Buenos Aires: Astrea, 2010. pág. 2-3.
[15] Cfr. Makianich. Óp. Cit. Pág. 94-96.
[16] Cfr. De la Válgoma. Óp Cit. Pág. 123-136.

consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por sí misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización que debe procurar neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social"[17]. ----------

DÉCIMO QUINTO.- El demandante señala que la Sala Superior no ha tenido en cuenta cuál es la real situación física y psicológica de la menor ni existe motivación de la concurrencia de un síndrome de alineación parental y cómo la conducta de la madre afecta la relación con el padre, asimismo, alega que no se ha dado cumplimiento a los lineamientos establecidos en la Casación número 684-2009-Lima[18].----------

15.1 Al respecto, cabe indicar que en anterior oportunidad esta Sala declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Alfredo Mario Chu Morales y, en consecuencia nula la sentencia de vista de fecha uno de diciembre de dos mil ocho, toda vez que se trasgredió el Principio de Inmediación, ordenando que se recaben pruebas, tales como la declaración de la demandada, la entrevista a la menor y la evaluación psicológica de ambas y que el Colegiado Superior agote los instrumentos jurídicos que le otorga la ley para actuar los medios probatorios mencionados, para lo cual deberá ***deber tenerse en cuenta los Principios de Economía y Celeridad Procesal*** contenidos en el artículo 5 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, párrafo segundo, tercero y cuarto.----------

15.2 En cumplimiento a dicho mandato, de autos se desprende que se ha tomado la declaración de parte de la demandada[19] y la entrevista a la menor[20]

[17] Makianich. Óp. Cit. Pág.. Pág. 98-99.
[18] Folio 1167
[19] Folio 1226
[20] Folio 1260

en los Estados Unidos de Norteamérica, ahora, si bien éstos fueron elaborados en el idioma inglés, no menos cierto es que se ha requerido la traducción de los mismos a las partes, la designación de un Perito Judicial *Ad Honoren* para que realice la traducción de las actas y finalmente la intervención de la Gerencia de Administración de la Corte Superior de Justicia de Lima para que por única vez se encargue de la traducción de las declaraciones del idioma inglés al castellano[21], Oficina que comunicó que dicho servicio sería convocado en el próximo ejercicio presupuestal[22], lo que originó que la Sala Superior prescinda de dicho medio de prueba a través de la Resolución número sesenta y nueve de fecha cinco de marzo de dos mil quince[23], decisión que resulta ajustada al desarrollo del proceso, atendiendo a los Principios de Economía y Celeridad Procesal, puesto que desde que se presentaron las actas a la Sala Superior hasta la fecha en que se emite la resolución que prescinde de éstas, había transcurrido más de un año.----------

DÉCIMO SEXTO.- De otro lado, de acuerdo a la Evaluación Psiquiátrica número 0402-10-2007-PSQ[24] y el Informe Social[25] ambos practicados al demandante, éste refiere que su hija nunca vivió con él y que la menor siempre estuvo al lado de su madre; que durante el tiempo que duró el matrimonio no han tenido convivencia ya que la señora vivía en Lima y él por su trabajo en Chimbote, asimismo, el demandante señaló en el Informe Social: "*no la veo (hija) desde el 25 de julio del año pasado (2006) este año me llamaron dos veces, la bebe para decirme para que firme un Convenio para renunciar a todo derecho, eso anularía el proceso de sustracción que está en el Callao y la Variación de la Tenencia*"[26].----------

[21] Resolución número sesenta y seis del quince de setiembre de dos mil catorce. Folio 1330
[22] Oficio Nro. 3601-2014-CL-UAF-CSJLI/PJ. Folio 1342.
[23] Folio 1330
[24] Folio 189
[25] Folio 224
[26] Evaluación Psiquiátrica Nro. 040210-2007-PSQ. II Motivo de Evaluación. Folio 190.

16.1. Ahora, según el Acta de Audiencia Única de fecha veintiuno de mayo de dos mil siete[27], el demandante respondió a la pregunta tres: *"(…) que la mamá de su hija se ha comunicado por teléfono con él, a las dos semanas que ha salido la menor y la niña se ha comunicado con el declarante este año, hace un mes, le llamó a su teléfono de Chimbote para decirle papá dame el permiso para quedarme en Estados Unidos*".----------

16.2. Lo antes acotado denota que la menor hija del demandante, tiene conocimiento de los procesos judiciales que giran en torno a su permanencia en los Estados Unidos de Norteamérica y expresa con claridad ante su progenitor su deseo de residir en dicho país en compañía de su madre, además, debe tenerse en consideración que la niña, según las versiones de las partes, recogidas a lo largo del proceso, salió de su país natal en el año dos mil cinco, cuándo tenía seis años[28] y cuenta a la fecha con diecisiete años de edad, es decir, en un año, la menor cumplirá la mayoría de edad que la legitimará para decidir, sin la intervención de sus padres, donde desea residir, es así que conforme lo ha recogido la Sala Superior, a la luz de los hechos y las pruebas actuadas, la menor confirmaría su deseo de seguir viviendo al lado de su señora madre con su hermana y el esposo de la demandada.----------

DÉCIMO SÉTIMO.- Dicho discernimiento también fue recogido por la Sala Superior, lo que demuestra que los Jueces utilizaron su apreciación razonada en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, por consiguiente, la decisión adoptada por el Colegiado se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, por lo que, no se afecta el Debido Proceso, ya que se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso y a los lineamientos que estableció esta Sala Suprema con anterioridad, por ello, dicho fallo no puede ser cuestionado por infracción al

[27] Folio 144
[28] Partida de Nacimiento a folios 3

Debido Proceso, al haberse respetado los principios constitucionales y el deber de motivación, expresándose el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final, deviniendo en **infundada** la denuncia de infracción normativa procesal.----------

DÉCIMO OCTAVO.- En cuanto a la infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y los Adolescentes, tenemos que dicha norma regula como una de las causales de la variación de la tenencia, el incumplimiento del Régimen de Visitas, sobre el particular, el demandante aduce que esta norma no ha sido observada por el Colegiado Superior, empero, de acuerdo a las consideraciones precedentes, el *Ad Quem* inicia el análisis del caso a partir del incumplimiento del Régimen de Visitas a consecuencia del viaje a los Estados Unidos de Norteamérica que realizó su menor hija en compañía de la demandada, sin que exista autorización para ello, acción que ha sido criticada por la Sala Superior (considerando décimo primero) pero que no ha logrado superar las consecuencias que dicha variación puede originar sobre la menor, como es la angustia al verse separada de su madre con quien vivió desde su nacimiento y, adicionalmente a ello de su hermana menor y la aflicción al incorporarse a un nuevo grupo familiar y educativo, variando sus costumbres y su ritmo de vida, más aún si está próxima a cumplir la mayoría de edad, por lo que, debe primar el interés superior de la niña, privilegiando su estabilidad emocional y su bienestar familiar, por consiguiente, no puede argumentarse la omisión de dicha disposición sustantiva, cuando ésta ha sido la base de la pretensión y de la Resolución de Vista cuestionada, por lo que, los argumentos sobre los cuales reposa la infracción que se denuncia, carecen de asidero.----------

18.1. Abunda sobre el particular que a efectos de salvaguardar y afianzar la relación de la menor Marysol Chu Carty con su padre, la Sala Superior ha dictado las medidas necesarias a efectos que padre e hija mantenga comunicación, estableciendo que la demandada debe facilitar este

acercamiento ya sea por vía telefónica, cámara web, Skype y/o cualquier otro medio de tecnología, incluyendo visitas al Perú previa coordinación con el demandante, lo que finalmente coadyuvará a afianzar la relación que mantenía con su hija.----------

IV. DECISIÓN:

Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Alfredo Mario Chu Morales** (folios 1418); **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad, en los seguidos por Alfredo Mario Chu Morales contra Heddy Elena Carty Cam sobre Variación de Tenencia; *y los devolvieron*. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

DE LA BARRA BARRERA

2016 / J10 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3767-2015 · Cusco

Cooperación parental y transición progresiva

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 8 de agosto de 2016

Localización: Considerandos noveno a undécimo y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso fundado en parte únicamente respecto de la entrega inmediata. Se mantiene la tenencia materna y se ordena una transición progresiva con apoyo multidisciplinario, además de terapia para ambos progenitores.

2. Lectura jurídica del caso

La Corte corrige la afirmación de que el sistema peruano solo admitía tenencia monoparental, pero considera que la conducta obstructiva acreditada impedía compartir el cuidado en ese caso. A la vez, evita que el remedio perjudique al niño: el vínculo con el padre y la continuidad escolar justifican una transición, no una entrega brusca en cinco días.

3. Aplicación y contraste

El análisis debe separar viabilidad del régimen y forma de ejecución. Aun cuando proceda variar el cuidado, el calendario, los apoyos y el seguimiento requieren motivación propia. Las conductas atribuidas deben probarse, sin sustituir esa prueba por una denominación genérica de conflicto parental.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 83-85, permite contrastar organización del cuidado, cooperación y condiciones de implementación.

5. Límites de utilización

Es anterior a la Ley 31590. Las referencias del fallo a «alienación parental» se registran como lenguaje judicial, no como diagnóstico clínico editorial ni como causal automática vigente de exclusión.

Copia jurisprudencial de referencia. Puede contener omisiones y edición no oficial.
bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015
CUSCO
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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

Lima, ocho de agosto
de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número tres mil setecientos sesenta y siete – dos mil quince, efectuados el debate y la votación correspondientes, emite la siguiente sentencia.----------

MATERIA DEL RECURSO.- Se trata del recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirma la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, que declara fundada la demanda.----------

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, de fecha veinte de octubre del dos mil quince, ha declarado procedente el citado recurso de casación, por las causales de: **I) Infracción normativa material de la Ley número 29269 - Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes,** incorporando la tenencia compartida, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano ha adoptado la tenencia de carácter monoparental; y **II)** De forma

excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, por la causal de: **Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú,** a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso de autos.----------

CONSIDERANDO:----------

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. Del examen de autos se tiene que a fojas treinta y ocho, Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de Tenencia y Custodia de su menor hijo, contra Edison Vargas Estrada; siendo sus fundamentos de hecho que con el demandado procrearon a su menor hijo Giancarlo Edison Vargas Cabrera y debido a la conducta del demandado -alcoholismo y problemas económicos- fracasó la convivencia en agosto de dos mil doce. El demandado demostró una conducta irresponsable no cumpliendo con sus obligaciones económicas, motivo por el cual le inició una demanda de Cobro de Alimentos que se tramitó ante el Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Nunca privó al demandado de su derecho a visitar a su menor hijo pese a que la amenazaba con quitárselo. El veintiséis de diciembre de dos mil doce le permitió verlo, haciéndole creer el demandado que estaba arrepentido del daño causado, lo que aprovechó éste para llevarlo a la ciudad del Cusco sin su consentimiento. El demandado se negó a devolverle a su menor hijo, siendo la persona menos indicada para estar a su cuidado, por ser una persona emocionalmente inestable, además de abusivo y obsesivo, como se tiene de los múltiples mensajes de texto que tiene la accionante como prueba en las demandas de Violencia Familiar, además de ser irresponsable, como queda demostrado en la demanda de Alimentos, así como al padecer de un problema de alcoholismo.----------

SEGUNDO.- A fojas ciento doce, Edison Vargas Estrada contesta la demanda señalando que es empleado, con trabajo estable en el Hospital de ESSALUD

de Cusco, laborando en forma ininterrumpida por quince años como personal administrativo de la Red Asistencial, dedicándose a su trabajo y al cuidado exclusivo de su menor hijo debido al abandono económico y moral de la demandante. Con ella se conocieron aproximadamente en setiembre del año dos mil siete en dicho centro laboral, siendo que la demandante no le manifestó que tenía un hijo de otra relación sentimental y que en esa época convivía con el padre de su menor hijo en la ciudad de Arequipa, siendo que sólo cuando la accionante se embarazó, en agosto de dos mil ocho, le puso en conocimiento de ello. La demandante mantiene una serie de problemas con su ex conviviente a razón de las denuncias que se han instado ambos en la ciudad de Arequipa, siendo que mantienen conflictos, peleas, escándalos muy graves en el domicilio donde se encontraba su menor hijo en la ciudad de Arequipa, por lo cual se encuentra en inminente peligro de ver afectada su integridad física, psicológica y moral. Afirma que siempre de forma responsable y madura quiso preservar su relación con la demandante, siendo falso que tenga problemas de alcoholismo. Nunca desamparó económicamente a su menor hijo, y la accionante le ha iniciado un proceso de Alimentos de mala fe, siendo que siempre le giró dinero a través del Banco de la Nación, así como le entregaba dinero en forma personal, llevaba víveres y prendas de vestir para su menor hijo, e incluso para el otro hijo de la demandante. Con el único afán de comunicarse con su hijo hizo instalar un teléfono fijo en el domicilio donde se encontraba viviendo en Arequipa; sin embargo, la demandante en muchas oportunidades cortaba el teléfono y no le comunicaba con su hijo. Para el mejor cuidado de su menor hijo contrató los servicios de una nana ya que la actora salía a su centro laboral a las siete de la mañana y retornaba a altas horas de la noche, estando dicho menor prácticamente abandonado. Luego de hacer varios viajes a la ciudad de Arequipa, los abuelos maternos le reiteraron que lo mejor sería que su menor hijo esté a su cuidado y que lo llevara a la ciudad del Cusco porque no sólo estaba desatendido, sino que estaba en riesgo su integridad física, psicológica y moral. Su menor hijo no estaba bien cuidado y,

por el contrario, estaba prácticamente abandonado al igual que su medio hermano, siendo que el veintidós de diciembre de dos mil doce, visitó una vez más a su hijo en la ciudad de Arequipa, encontrándolo en estado calamitoso, sin aseo personal, con ropa no adecuada, mal de salud; motivo por el cual le reclamó a la demandante, quien le manifestó que ya no podía con el cuidado de sus dos hijos y que era mejor que lleve a su menor hijo al Cusco. Sorprendentemente la accionante había asentado una denuncia en la ciudad de Arequipa y, posteriormente, en la ciudad del Cusco, enterándose recién que había sido demandado en el mes de noviembre de dos mil doce por Cobro de Alimentos. Viendo el abandono moral y económico de su hijo, al que fue sometido por su progenitora, así como por el grave peligro que corre su integridad física, psicológica y moral, debido a los problemas que mantiene aquélla con el progenitor de su hijo mayor, es el demandado la persona indicada para brindar custodia y tenencia en su menor hijo, ya que le brinda mejores atenciones y está en mejor situación de desarrollo, en un clima de tranquilidad y armonía, en compañía de sus familiares, donde percibe armonía y paz, considerando, además, que no puede abandonar su formación educativa ya que se encuentra matriculado en la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario.----------

TERCERO.- El *A quo,* mediante sentencia de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, declara fundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que del acervo probatorio se tiene que el menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera, entonces de tres años de edad, se encontraba en poder de la demandante; sin embargo, el demandado lo apartó de su cuidado. Asimismo, indica que se ha determinado que la composición de la familia de la demandante alcanza sólo a la actora y a su hijo mayor David Alejandro Portocarrero Cabrera, de nueve años de edad, y si bien aquélla habría padecido de violencia familiar, por parte de Armando Portocarrero Osorio -progenitor de su hijo mayor-, ello se produjo antes del nacimiento del segundo hijo de la demandante (veinticinco de abril de dos mil

nueve); no habiéndose demostrado que los hechos de violencia familiar suscitados en esa fecha hayan continuado, por lo tanto, no existe posibilidad alguna de riesgo contra la integridad física del menor. Por el contrario, se infiere del acervo probatorio consistente en informes psicológicos y sociales, que el ambiente donde actualmente se encuentra viviendo el menor no es el adecuado para el desarrollo de su personalidad conforme han arrojado los informes psicológicos, ya que el demandado es inestable emocionalmente, es violento, vulgar y sarcástico, lo cual concuerda también con la evaluación del menor, ya que no puede hablar de su progenitora delante del demandado y tampoco puede afirmarse en el núcleo familiar donde se encuentra, no puede contrariar a su progenitor, lo que significa que el demandado ejerce control sobre las respuestas y formación del menor, lo que hace que sea inestable emocionalmente, advirtiéndose indicios de una alienación del menor en contra de la demandante, por lo que las óptimas condiciones económicas que el progenitor le brinda no resultan suficientes ante la inestabilidad emocional en el ambiente en que se encuentra. A su turno, en lo que concierne a la accionante Elvira Erika Cabrera Huayllani, el *A quo* indica que se ha establecido que no presenta sintomatología psicopatológica que le impida una adecuada percepción y evaluación de la realidad, siendo que si bien tiene personalidad con rasgos inestables, tiene capacidad de percibir y evaluar la realidad; asimismo, presenta una reacción ansiosa mixta depresiva que está asociada a la situación de su menor hijo y al proceso judicial de Tenencia. En el informe social se tiene que ésta, reúne las condiciones necesarias para poder asumir la responsabilidad y crianza del menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera. De todo ello, infiere que quien se encuentra en mejores condiciones para la crianza y cuidado del menor es la demandante, puesto que existe mayor estabilidad sobre todo emocional en ella, tanto más, que la norma es clara al señalar que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió mayor tiempo. Finalmente, a fojas quince, obra la Resolución número uno, de fecha cinco de noviembre de dos mil cinco, sobre

un proceso de Alimentos, seguido por la demandante contra el recurrente, sin embargo no se acredita que el demandado se encuentre al día en sus pensiones alimenticias, por lo que no procede fijar un régimen de visitas para el recurrente.----------

CUARTO.- Una vez apelada la mencionada sentencia, la Sala Superior, mediante sentencia de vista de fojas ochocientos cuarenta y cinco, de fecha treinta de junio de dos mil quince, la confirma. Como fundamentos expone que el sistema peruano ha optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir, sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro. Asimismo, de la revisión del expediente, colige que el menor actualmente cuenta con seis años de edad y vive con su padre, pero conforme a lo manifestado por la demandante en sus diversos escritos, el demandado no le permite ver al menor, lo que es corroborado con los resultados de las diferentes pericias psicológicas y los informes sociales antes descritos, situación que se torna mucho más grave, en tanto el *A quo* concedió la tenencia provisional a favor de la demandante, conforme se desprende de la Resolución número 41 recaída en el incidente con número de Expediente 183-2013-42-1001-JM-FC-01 (que obra a fojas cuatrocientos ochenta y cinco de dicho cuaderno); y requirió en varias ocasiones que el demandado cumpla con la entrega del menor a su madre, sin embargo, el recurrente demostró una conducta reticente a cumplir con dichos mandatos, habiendo incluso sido pasible de detención por veinticuatro horas (Resolución número cincuenta y tres, que obra en el cuaderno número 183-2013-42-1001-JM-FC-01, a fojas seiscientos ochenta y uno). Asimismo, no puede pasar desapercibida la conducta del demandado, quien al ser entrevistado en la visita social (fojas setecientos veintiuno), rehusó dar el nombre de la institución educativa donde el menor cursa sus estudios, señalando que lo hace por seguridad, con la finalidad de que la demandante no conozca dicha información, de otro lado a fin de lograr la ejecución de sus mandatos el *A quo* incluso llevó a cabo una diligencia de allanamiento del domicilio del demandado (Acta de fojas

ochocientos cincuenta y siete, en el Expediente número 183-2013-42-1001-JM-FC-01), sin embargo no logró hallar al menor. Se concluye entonces que quien propicia el alejamiento del mismo de su madre es el demandado; es decir, asume una conducta con predisposición para impedir que la demandante se reúna con su hijo, lo que definitivamente debe tenerse en cuenta, ya que es atentatorio al bienestar del menor por afectar su estabilidad emocional, conforme se advierte de las evaluaciones psicológicas practicadas al mismo. En las diferentes entrevistas realizadas al menor, éste ha indicado que desea vivir con su padre, sin embargo, en los informes psicológicos se ha diagnosticado que el menor se halla necesitado de afecto, y que se desenvuelve en un ambiente que le impide actuar con libertad, pues existe dependencia hacia su padre para la satisfacción de sus necesidades; mostrando ambivalencia y confusión con respecto a sus sentimientos hacia sus padres, no evidenciándose vinculación afectiva con ninguno de ellos; todo ello aunado al hecho que se le impide mantener contacto con su madre, definitivamente esta situación vulnera su estabilidad emocional y la satisfacción real de sus necesidades afectivas. Consecuentemente, es posible colegir que lo manifestado por el menor de continuar viviendo con su padre, no obedece a su verdadero deseo, en tanto conforme se advierte del Informe Social de folios setecientos veintiuno, los presuntos malos tratos sufridos por parte de su madre, que son sustento para rechazar vivir con esta última, son afirmaciones producto de la influencia del padre hacia su menor hijo, lo que concuerda con el informe psicológico correspondiente al menor, que obra a fojas quinientos trece. Entonces, si bien el menor no tiene animadversión hacia su padre, pero de otorgarse la tenencia a favor de éste, no sería beneficiosa para el menor, en tanto conforme los considerandos expuestos, el demandado atenta contra su equilibrio emocional al privarlo de la presencia y atención de su madre, no resultando suficiente que se brinde al menor sólo comodidades materiales, ni se vele solamente por su salud física. Siendo la edad del menor del cual se solicita la tenencia, seis años, devendría en idóneo se otorgue la tenencia a

favor de su madre, en tanto, no se probó que lo tuviera desatendido, o haya ejercido actos de violencia familiar en su agravio, como alega el demandado, debiendo tenerse en cuenta además que el menor vivió con ella desde su nacimiento hasta el veintiséis de diciembre de dos mil doce. Asimismo de las diferentes evaluaciones psicológicas practicadas a la demandante no se advierte alteración mental alguna, ni aspectos que conlleven a considerar inadecuado que el menor esté bajo su cuidado, como ocurre con el demandado quien además de impedir que su madre visite al menor, ejerce influencia negativa en su contra, al instruirle que hable mal de ella. Por lo expuesto, si bien ambos padres biológicos detentan la patria potestad, la tenencia se le debe otorgar a la madre biológica, debiendo confirmarse la resolución materia de apelación, lo que no debe significar que no se establezca un régimen de visitas, que permita al menor, seguir vinculado a quien siempre será su padre y que también le permita estrechar lazos con él; no siendo razonable se impida al demandado visite a su menor hijo, sustentándose que incumplió con sus obligaciones alimentarias, sin que ello haya sido acreditado fehacientemente; asimismo, en salvaguarda del interés del menor, procurando se logre que la relación de padre e hijo se fortalezca y estabilice, deviene en irrazonable que se admita el deterioro del vínculo paterno filial por el incumplimiento de las prestaciones alimentarias.----------

QUINTO.- Como se ha establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a propósito de la Casación número 4664-2010-Puno, la naturaleza del proceso de familia es tuitiva, y “se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencia del proceso civil debido a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como

última ratio"[1], lo cual guarda relación con lo establecido en el artículo X del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual el Estado no sólo debe garantizar un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes, sino que en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.----------

SEXTO.- De la Resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, se tiene que se ha admitido de forma excepcional el presente recurso casatorio por la infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, a fin de determinar si se había cumplido con motivar debidamente la recurrida, aplicando al caso concreto todas las normas correspondientes. Sin embargo, estando a la relevancia de la materia objeto de pronunciamiento y a las consideraciones expuestas en el considerando anterior, de existir una norma jurídica no aplicada por la Sala Superior para resolver el presente caso, este Supremo Tribunal deberá pronunciarse considerando la naturaleza de la norma infraccionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil.--------

SÉTIMO.- En cuanto a la Tenencia del menor, como expresión de la patria potestad, por la modificatoria introducida por la Ley número 29269, del dieciséis de octubre de dos mil ocho, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que 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, siendo que 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.----------

[1] Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 11.

OCTAVO.- A partir de la modificatoria antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual "*ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (…). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable*"[2]. En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés.----------

NOVENO.- Siendo ello así, se tiene que al momento de emitir la sentencia de vista, la Sala Superior indicó en su considerando décimo que (sic) *"El sistema peruano ha optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro*", siendo que de ello se desprende que al momento de emitir su fallo, lo hizo negando la posibilidad de establecer si era lo mejor para el menor que sus padres ejerzan su tenencia de forma compartida, como estaba dispuesto en mérito a la modificatoria antes señalada, con lo cual se tiene que ha emitido una sentencia con infracción normativa del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, se tiene que el *Ad quem* sí ha ingresado al análisis de si era conveniente o no para el interés del menor el que su padre continúe ejerciendo su tenencia, aspecto que resulta también condicionante de la tenencia compartida. En ese sentido, ha concluido que a partir de las pericias psicológicas de éste (fojas doscientos veintitrés y quinientos trece) y de su progenitor (fojas doscientos sesenta y seis y quinientos siete), se evidencia que el menor presenta un apego a la figura

[2] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique; Tratado de Derecho de Familia, Tomo III.; Gaceta Jurídica, Lima; 2012; p. 375.

paterna, pero con falta de estabilidad emocional por una inadecuada estimulación afectiva. Asimismo, siendo que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre éstos exista -o sea probable- una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres. Al tenerse de autos que la conducta reiterativa del padre del menor ha sido la de privarlo deliberadamente del contacto con su madre -como se tiene de su renuencia a cumplir el mandato judicial de entregar al menor, así como de su poca colaboración para informar en un primer momento en qué institución educativa seguía estudios-, habiéndose incluso encontrado indicios de alienación parental en perjuicio de aquélla, este Supremo Tribunal considera que no resulta posible conceder la tenencia compartida a favor de ambos padres, por lo que la evidente inaplicación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes en que se ha incurrido al expedir la recurrida, si bien afecta su motivación, no es casable por ajustarse su parte resolutiva a derecho, como lo dispone el artículo 397 del Código Procesal Civil.----------

DÉCIMO.- En cuanto a la infracción normativa del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, se tiene que a partir de la modificatoria introducida por la Ley número 29269, en adelante, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas,

siendo además que 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. Siendo así, se tiene que no se aprecia tal infracción normativa, toda vez que los criterios establecidos en dicha disposición están sujetos a ser aplicados según el interés del menor, por lo que al haberse establecido en autos que se encuentra en riesgo la estabilidad emocional del menor por la conducta de su padre, y que a su vez, resulta que su madre sí cuenta con las condiciones necesarias para asegurar su cuidado, puede el juzgador no seguir los criterios allí señalados como determinantes para fijar la tenencia. Asimismo, dada la conducta del padre del menor, señalada en el considerando anterior, resulta evidente que no garantiza el derecho de su hijo a mantener contacto con el otro progenitor, criterio que la referida disposición normativa también establece como condicionante para otorgar la tenencia, debiendo ésta por ello recaer en la demandante.----------

DÉCIMO PRIMERO.- Finalmente, respecto a la causal de infracción normativa admitida excepcionalmente, de la revisión de la regulación normativa aplicable al caso, este Supremo Tribunal aprecia que pese a que las instancias de mérito determinaron una variación de la tenencia del menor a favor de su madre, no aplicaron el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual, debía ordenarse, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o transtorno, lo cual resulta relevante para el caso de autos, tomando en cuenta la edad del menor y el apego emocional que tiene con su padre, con quien ha vivido los últimos años. Así, el extremo de la parte resolutiva de la apelada que dispone que el menor sea entregado en un plazo de cinco días después de notificada la sentencia, constituye decisión que podría perjudicarlo, debiendo ser dicha variación de forma progresiva y por períodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente período de vacaciones escolares del año dos mil diecisiete, a fin de no interrumpir los estudios escolares del menor. Asimismo,

dado que se ha fijado un régimen de visitas para el demandado, quien continuará por ello en contacto con el menor y su madre, la terapia psicológica a la que será sometido el menor debe también ser brindada a ambos padres a fin de lograr también en ellos estabilidad psicológica y emocional para garantizar el fortalecimiento del vínculo afectivo con su hijo, así como el respeto y consideración del otro progenitor, lo que se justifica tanto por el carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor.--

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con los artículos 396 y 397 del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco; por consiguiente, **CASARON PARCIALMENTE** la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sólo en el extremo que confirma que el demandado entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución, y la **ANULARON** sólo en ese extremo; y actuando en sede de instancia **REVOCARON PARCIALMENTE** la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, en cuanto dispone que el demandado Edison Vargas Estrada entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución; y **REFORMANDO** dicho extremo**,** dispusieron que la variación de la tenencia ordenada se efectúe en forma progresiva y con la asesoría del equipo multidisciplinario, de manera que no le produzca daño o transtorno a dicho menor y se lleve a cabo observando las consideraciones expuestas en esta resolución. Asimismo, **INTEGRARON** la recurrida, disponiendo que los Equipos

Multidisciplinarios de las Cortes Superiores de Justicia de Arequipa y Cusco, a través del Juzgado competente de dichas ciudades, sometan también a terapia psicológica a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani y al demandado Edison Vargas Estrada, en el número de sesiones que resulten necesarias, debiéndose informar acerca de los avances obtenidos que propenderán a lograr su estabilidad psicológica y emocional, así como el respeto y consideración hacia el otro progenitor; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Elvira Erika Cabrera Huayllani contra Edison Vargas Estrada, sobre Tenencia y Custodia de Menor; *y los devolvieron*. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

2017 / J11 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 1303-2016 · Cajamarca

Motivación probatoria y entrevista infantil

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 6 de marzo de 2017

Localización: Considerandos undécimo a decimotercero y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; nulidad de la sentencia de vista y reenvío a la sala superior.

2. Lectura jurídica del caso

La decisión cuestiona que se privilegie el contacto continuo con la madre sin comparar suficientemente las condiciones emocionales, afectivas y sociales. También identifica una lectura incompleta de la entrevista: la niña inicialmente indicó querer vivir con su padre, luego expresó duda ante la reformulación y aceptó visitas de cualquiera de los progenitores.

3. Aplicación y contraste

Una cita aislada de la entrevista puede distorsionar su sentido. Conviene conservar la secuencia de preguntas, respuestas y contexto, y explicar por qué una alternativa ofrece mejores condiciones. La casación controla las reglas de valoración y motivación; no constituye una nueva evaluación psicológica realizada por la Corte.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 196-197, sirve para encuadrar la escucha dentro de una evaluación del bienestar. El señalamiento de la secuencia de preguntas proviene del considerando undécimo.

5. Límites de utilización

El considerando decimotercero aclara que la nulidad no representa una valoración negativa definitiva sobre la tenencia discutida. No debe reseñarse como adjudicación al padre.

Pendiente: D4 en referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:CACERES PRADO Alvaro Efrain (FAU20159981216)
Fecha: 04/05/2018 20:05:52 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚB
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

La prueba debe ser valorada en su integridad, de manera conjunta y razonada, acorde a la naturaleza de la litis con estricta sujeción a las alegaciones de las partes; hacer lo contrario constituye afectación al Debido Proceso, específicamente a la Adecuada Motivación y Valoración de los Medios Probatorios.

Lima, seis de marzo
de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil trescientos tres - dos mil dieciséis; en Audiencia Pública de la fecha; producida la votación de acuerdo a ley, y de conformidad con el Dictamen Fiscal emite la siguiente sentencia: ----------

I. ASUNTO: ----------

En el presente proceso de tenencia y custodia de menor, mediante escrito de fojas doscientos sesenta y seis, **el demandado Clodoaldo Alexsender Castillo Espinoza** ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista, de fecha nueve de diciembre de dos mil quince, de fojas doscientos veintisiete, expedida por la Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; que confirma la sentencia apelada de fecha treinta de setiembre de dos mil catorce, que declaró fundada la demanda de Tenencia y Custodia de Menor.----------

II. ANTECEDENTES: ----------

DEMANDA: ----------

La demandante Sonia Maricela Tasilla Ortiz pretende la tenencia de su menor hija Jennifer Daneira Castillo Tasilla quien tiene cinco años de edad, a efecto que se le reconozca y se le otorgue judicialmente a la demandante de la que se vio privada al haber sido arrebatada por el demandado. ----------

La demandante sostiene como soporte principal de su pretensión que: ----------

1) Producto de las relaciones convivenciales con el demandado procrearon a la menor Jennifer Daneira Castillo Tasilla. Durante la convivencia ha sido objeto de maltrato físico y psicológico por los celos enfermizos del demandado quien le ha cortado la ropa y la amenazaba con botarla desnuda a la calle.----------

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

2) El uno de enero de dos mil once, luego de una fiesta de año nuevo el demandado la agredió físicamente, continuó en la casa tratándola de ahorcar y la encerró, por lo que recién saliendo el cuatro de enero hizo la denuncia por violencia familiar a la Tercera Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Cajamarca (caso Número 1706040703-2011-3-0), entidad que con la Policía Nacional del Perú pretendió recuperar a su hija, lo que no pudo lograrse y que por desconocimiento se le indujo a desistirse del proceso quedando archivado.-------
3) El demandado no hizo caso a las medidas de protección dictadas a su favor, por el contrario continuó insultándola en la calle; por lo que nuevamente interpuso denuncia por violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico ante la Segunda Fiscalía Provincial Civil y Familia iniciándose un proceso ante el Segundo Juzgado de Familia donde se declara la rebeldía del demandado y que solicitada una conciliación para tener a su hija quien es cuidada por sus abuelos paternos no prosperó por inasistencia del demandado.----------
4) Urge la tenencia de la menor desde que vive en un cuarto alquilado y por el cuidado de sus abuelos paternos que son personas mayores de edad y habiendo vivido con el recurrente la menor arrebatada estaría necesitando de tratamiento psicológico y otros complementarios.----------

CONTESTACIÓN: ----------

Mediante escrito de fojas sesenta y cuatro, el demandado Clodoaldo Alexsender Castillo Espinoza contesta la demanda, alegando principalmente que: ----------

1. Es falso el maltrato atribuido siendo que la demandante abandonó el hogar y la Fiscalía de Familia le ha dado la custodia y tenencia de su menor hija desde el diecinueve de abril de dos mil doce. Siempre la ha tratado con mucha consideración siendo que la menor vive con el recurrente por tres (3) años así como con sus padres. ----------
2. Es cierto que la denuncia efectuada por la demandante ella se desistió al tener conciencia de que era la problemática. ----------

3. Es falso que la demandante haya cuidado de la menor pues la tiene desde los dos (2) años a quien no le falta nada, siendo que a la demandante le gustan los clubes nocturnos teniendo una nueva pareja. ----------
4. Es falso que viva en cuarto alquilado y que le haya arrebatado a nuestra hija pues fue ella quien se alejó de la familia debiendo invocarse el Principio del Interés Superior del Niño.----------

RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA: ----------

El Tercer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante resolución de fecha treinta de setiembre de dos mil catorce, obrante a fojas ciento ochenta y cuatro, declara FUNDADA la demanda, fijándose el régimen de visitas abierto, sin costas ni costos en mérito a los siguientes fundamentos: De lo actuado y de los medios probatorios se tiene que la menor en un inicio ha vivido con ambos padres por dos (2) años aproximadamente siendo que a la separación la menor quedó con el demandado en casa de los padres de éste. Si bien el padre puede pernoctar en algunas oportunidades en el domicilio de sus padres y asumir la responsabilidad de compartir algunas actividades por el bienestar de su hija, también lo es que quien la ha cuidado por la noche es la abuela paterna pese a su avanzada edad, con quien incluso la niña duerme. La madre también ha tenido cuidado de la hija durante el día asumiendo en ocasiones la laborar de llevar y recoger a su hija de su colegio, admitiendo el demandado que la madre ve siempre a la menor por las tardes. Del informe social de fojas sesenta y ocho se desprende que la madre ha venido laborando en una ferretería en el horario de tres a seis de la tarde, con un ingreso de cuatrocientos al mes, residiendo con su nuevo conviviente, habiendo la trabajadora social dicho que en el hogar materno la menor se desarrollará favorablemente en los aspectos biopsicosocial recomendando que la actora es quien tenga a la menor, que del informe psicológico se establece que la actora no evidencia indicadores significativos que impliquen trastornos a nivel afectivo, conductual o mental que importe peligro para las personas de su entorno. En cuanto al padre del informe social de fojas ochenta y cuatro, se consigna que vive con su hija, sus padres y dos hermanos mayores, que la niña no se mostró integrada en el hogar paterno y que

manifestó que desea vivir con la madre porque la atiende, concluyendo la trabajadora social que en el hogar del demandado existe promiscuidad familiar y hacinamiento y que existe relación afectiva entre el padre y la menor, manifestando el demandado que labora cuatro (4) días y descansa cuatro (4) días con un ingreso mensual de mil soles (S/.1,000.00) y de su informe psicológico se indica que no presenta indicadores de trastornos en su personalidad o conducta que lo convierta en una persona peligrosa para su entorno familiar. Sobre la menor se tiene que ha manifestado que desea vivir con su papa pero luego sostiene que no sabe con cuál de sus padres vivir pero que si desea que la visiten acotando que si quiere ir a vivir con su mamá pero que su papá a veces no quiere, que su abuela paterna le señala que no vaya a vivir con su mamá porque le va a pegar, considera a su madre como una figura muy importante con la que muestra cierto grado de identificación, siendo su abuela paterna importante y significativa. No hay indicadores de maltrato físico, ni negligencia en el cuidado, que la menor muestra apego afectivo tanto con la madre como con la abuela paterna más que con el padre. Si bien no se evidencia descuido en la salud y educación de la menor la misma ha desarrollado un adecuado apego afectivo con la madre y con la abuela paterna las que se han convertido en su mayor soporte emocional; sin embargo, estando a que el ambiente en el que ha venido creciendo no es el más adecuado por la promiscuidad familiar y hacinamiento que allí existe según la trabajadora social es que resultado adecuado a su interés que la tenencia la ostente la madre. Teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, habiendo la niña convivido inicialmente con ambos padres y habiendo seguido compartiendo la madre espacios con su hija de manera permanente por lo que en estricto no puede considerarse que sea el padre el único que haya asumido de manera responsable el ejercicio de su paternidad, la que no solo importa el vivir bajo el mismo techo con la hija, sino cuidarla, inculcarse valores, preocuparse por su bienestar, por su salud, entre otros. ----------

<u>RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA</u>: ----------

La Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante resolución de fecha nueve de diciembre de dos mil quince, obrante a fojas

doscientos veintisiete, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda, en mérito a los siguientes fundamentos: ----------
La interpretación de los artículos 81, 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes debe estar seguida por el Interés Superior del Niño o Adolescente lográndose la solución más favorable al menor. El juzgador debe contrastar la opinión del menor si es espontánea y si resulta ser la más favorable al menor. Las reglas sobre tenencia deben ser entendidas como flexibles que deben adecuarse a lo que más favorezca al menor, pues sobre ellas debe privilegiarse el Interés Superior del Niño, como así lo ha dicho la Corte Suprema en la Casación 1961-2012. De lo actuado en el presente caso se desprende que la menor pese a estar aparentemente al cuidado del demandado porque en realidad lo sustituye y apoya su familia, no ha dejado de experimentar momentos de convivencia con la accionante, en los que ésta última se ha desenvuelto atendiendo responsablemente los cuidados y necesidades de su hija, a lo que se suma que la menor en horas a que es devuelta por la madre se encuentra al cuidado de su abuela paterna quien se ocupa de su alimentación y cuidado, con quien pernocta puesto que el demandado acude en forma ocasional a este inmueble conforme a lo expresado por la niña en su declaración referencia, todo ello permite concluir que la apelada ha sido emitida conforme a derecho y a lo actuado, más aun teniendo en cuenta el informe social de la actora y del demandado de los que se desprende que la actora tiene un ambiente más favorable para la menor en el que podrá desarrollarse de mejor manera en los aspectos biopsicosocial a diferencia del ambiente ofrecido por el demandado que se caracteriza por la promiscuidad familiar y hacinamiento en el que la menor no se muestra integrada. ----------

RECURSO DE CASACIÓN: ----------
Contra la resolución dictada por la Sala Superior, la parte demandada, interpuso recurso de casación, el mismo que ha sido calificado mediante resolución de fecha tres de mayo de dos mil dieciséis, que declaró procedente el recurso de casación por las causales de: **i) Infracción normativa material de los artículos 84 inciso a) y 85 del Código de los Niños y Adolescentes.-** Sosteniéndose que: **a)** Señalan los artículos invocados que el Juez decidirá en los procesos de Tenencia teniendo en

cuenta quién es el progenitor con quien el menor ha vivido más tiempo, además de considerar la opinión presentada por el menor al juzgador en la Audiencia respectiva; **b)** En el caso particular, se ha probado que su menor hija vive con el recurrente desde que nació hasta la actualidad a quien le ha cubierto todas sus necesidades responsablemente para su normal desarrollo, no habiendo las Instancias de Mérito tenido en cuenta lo dicho por la menor en la Audiencia Única donde manifestó que desea vivir con el padre, teniendo la Sala solo en cuenta lo expresado ante el Psicólogo; y **c)** Se debe tener en cuenta que las pericias no obligan al juzgador, así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia dado que pueden ser equivocadas y ser elaboradas de favor. **ii) Infracción del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil y artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.-** Habiéndose declarado procedente de manera **excepcional,** a fin de determinar si la sentencia de vista contiene un adecuado y completo análisis de los agravios planteados en el recurso de apelación y/o razonamiento con la logicidad y coherencia y justificación interna y externa que se espera de las decisiones de este poder del Estado. ----------

III. <u>MATERIA JURÍDICA EN DEBATE</u>: ----------
Es necesario establecer si la Instancia de Mérito ha afectado el Derecho al Debido Proceso; específicamente el Derecho a la Motivación de las Resoluciones Judiciales; y descartado ello determinar si procede disponer la restitución de la menor teniendo en cuenta quién ha vivido más tiempo con la menor y cuál es la opinión de esta. ----------

IV. <u>FUNDAMENTOS</u>: ----------
PRIMERO.- Que, el recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la Jurisprudencia Nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil. ----------

SEGUNDO.- Que, respecto a la causal de infracción normativa, según Monroy Cabra, "Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la

procedencia del recurso..."[1]. A decir de De Pina.- "El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (….) a infracciones en el procedimiento[2]. En ese sentido Escobar Forno señala. "Es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo"[3]. ----------

TERCERO.- Según se ha expuesto precedentemente, los recursos de casación objeto de pronunciamiento han sido declarados procedentes tanto en razón a infracciones normativas de carácter material (*in iudicando*) como a infracciones normativas de carácter procesal (*in procedendo*). En ese sentido, dada la naturaleza y efectos del error *in procedendo*, este Colegiado emitirá pronunciamiento, en primer término, sobre estas denuncias, pues resulta evidente que de estimarse alguna de ellas, carecería de objeto pronunciarse sobre las causales restantes, al encontrarse perjudicada la validez de los actos procesales. ----------

CUARTO.- Con ese propósito, corresponde precisar que la infracción normativa procesal descrita en el ítem *"ii"* está referida a la presunta afectación al Debido Proceso, el cual se encuentra protegido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú; esta disposición constitucional consagra como principio rector de la función jurisdiccional, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, *la observancia del Debido Proceso*; el cual, conforme a la interpretación que reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige fundamentalmente que todo proceso o procedimiento sea desarrollado de tal forma que su tramitación garantice a

[1] Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, p. 359
[2] De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222
[3] Escobar Fornos Iván, Introducción al Proceso, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1990, p. 241

las personas involucradas en él las condiciones necesarias para defender adecuadamente y dentro de un plazo razonable los derechos u obligaciones sujetos a consideración[1]. ----------

QUINTO.- Uno de los principales componentes del Derecho al Debido Proceso se encuentra constituido por el denominado **Derecho a la Motivación**, consagrado por el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, por el cual se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógica y razonablemente, en base a los hechos acreditados en el proceso y al derecho aplicable al caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquellas dentro de la controversia. ----------

SEXTO.- Este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en la *litis*, sino que también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues no debe olvidarse que una razonable Motivación de las Resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, en ese sentido, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad. Razón por la cual, su vigencia específica en los distintos tipos de procesos ha sido desarrollada por diversas normas de carácter legal, como los artículos 50 inciso 6, 121 y 122 incisos 3 y 4, del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen que las decisiones del juez cuenten con una exposición ordenada y precisa que justifique lo decidido. ----------

SÉTIMO.- En materia probatoria el derecho a la utilización de los medios de prueba, se encuentra íntimamente conectado con el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, que entre sus vertientes engloba el derecho a obtener una resolución razonable,

[1] Corte IDH. OC-9/87 "*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*", párr. 28.

motivada y fundada en derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el interior del proceso y con las alegaciones de las partes; como también con el Derecho de Defensa del que es realmente inseparable. Así, el contenido esencial de éste derecho se respeta siempre que, una vez admitidas las pruebas declaradas pertinentes, sean valoradas por los órganos judiciales conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado. ----------

OCTAVO.- Que, precisamente, regulando este derecho fundamental, el legislador ha optado por imponer al Juez, en los términos que señala el artículo 197 del Código Procesal Civil, la obligación de valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que, las pruebas en el proceso, sea cual fuera su naturaleza, están mezcladas formando una secuencia integral; por lo que, es responsabilidad del Juzgador reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que den origen al conflicto, por lo tanto, ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, toda vez, que sólo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso y sujetándose a las alegaciones expuestas por las partes a lo largo de todo el proceso. ----------

NOVENO.- Es del caso señalar que, si bien es cierto en materia casatoria no corresponde a esta Sala Suprema analizar las conclusiones relativas a la valoración de la prueba examinada en instancia, sin embargo es factible el control casatorio tratándose de la infracción de las reglas que regulan la actividad probatoria, entre ellas, las que establecen que el juez tiene la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada conforme lo prevé el artículo 181 del Código Procesal Civil. ----------

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

DÉCIMO.- La doctrina autorizada como la emitida por el autor Marcelo Sebastián Midón [2] refiriéndose al Principio de Motivación conjunta de los medios probatorios señala *"en el caso del Derecho a la Prueba, este contenido esencial se integra por las prerrogativas que posee el litigante a que se admitan, produzcan y valores debidamente los medios aportados, al proceso con la finalidad de formar la convicción del órgano judicial acerca de los hechos articulados como fundamentos de su pretensión o de defensa. El derecho a la adecuada valoración de la prueba se exhibe, entonces, como manifestación e ineludible exigencia del derecho fundamental a probar. Si el poder de probar tiene por finalidad producir en el juzgador convicción suficiente sobre la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos, este se convertiría, alerta Taruffo, en una garantía ilusoria, en una proclama vacía, si el magistrado no pondera o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorio (…) el derecho a probar se resiente, y por consiguiente, también la garantía del debido proceso, si el juzgador prescinde de valorar algún medio probatorio admitido; o lo hace de manera defectuosa, invocando fuentes de los que se extraen las consecuencias aseveradas como fundamento de la sentencia, o atribuyendo valor de la prueba a la que no puede tener ese carácter (sea por desconocimiento de una norma legal que predetermina la valoración de la prueba, o por conceder eficacia a pruebas ilícitas o por violar proposiciones lógicas, u observaciones de la experiencia)".-*

DÉCIMO PRIMERO.- Ahora bien, al analizar la sentencia de vista objeto de impugnación, este Colegiado observa la Sala ha sustentado su fallo en el hecho que la demandante ha mantenido contacto continuo y muy cercano con su hija sin descuidarla, lo cual incluso fue ratificado por el demandado; sin embargo, se ha omitido analizar las pruebas en función a la naturaleza del proceso que nos ocupa, en el que 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. Por otro lado, si bien la

[2] TARUFFO, Michelle citado por Marcelo Sebastián Midón. Derecho Probatorio, Parte General. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, Cuyo, 2007. pp. 167-168.

Sala ha valorado la opinión de la menor brindada en la instancia judicial, no la ha valorado de manera integral, pues a fojas ciento diecisiete se dejó constancia que la menor primero dijo querer vivir con su papá, al referirle que su papá vive solo y en otro lugar y repetírsele la pregunta se quedó callada indicando que no sabe, y al ser preguntada si en caso viviera con su mamá le gustaría que su padre la visite y viceversa dijo que sí. ----------

DÉCIMO SEGUNDO.- En este orden de ideas, se hace evidente que, al encontrarse sustentada en razones que resultan claramente escasas para justificar lo decidido en atención a la naturaleza del proceso que nos ocupa, en el que en aras del Interés Superior del Niño y el Adolescente, corresponde determinar qué es lo mejor para la niña y justificar en forma clara por qué motivos la tenencia de uno de los progenitores es más beneficiosa para la niña; por lo que la resolución de vista objeto de impugnación ha vulnerado el contenido normativo del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, por infracción al Debido Proceso, a la Motivación de las Resoluciones Judiciales y a la Valoración de la Prueba. Razón por la cual corresponde a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso y ordenar a la Sala Superior la emisión de una nueva decisión; careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre las denuncias restantes, en vista a los efectos anulatorios previstos en el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil. ----------

DÉCIMO TERCERO.- El criterio precedentemente expuesto en modo alguno comporta la apreciación negativa por parte de este Supremo Tribunal de Casación respecto de la tenencia y custodia de la menor materia de autos, sino que éste simplemente se limita a sancionar con nulidad la resolución recurrida. ----------

V. <u>DECISIÓN</u>: ----------

Por los fundamentos precedentes y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil: declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **el demandado Clodoaldo Alexsender Castillo Espinoza** a fojas doscientos sesenta y seis; por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista, de fecha nueve de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

diciembre de dos mil quince, de fojas doscientos veintisiete, expedida por la Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; **ORDENARON** el reenvío de los autos a la Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Sonia Maricela Tasilla Ortiz contra Clodoaldo Alexsender Castillo Espinoza, sobre Tenencia y Custodia de Menor; *y los devolvieron*. **Ponente Señor De la Barra Barrera, Juez Supremo**.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

DE LA BARRA BARRERA

2017 / J12 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 2606-2016 · Lima Este

Distribución de fines de semana y revinculación

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 23 de marzo de 2017

Localización: Considerandos noveno a decimocuarto; decisión 6.1

1. Decisión y alcance

Recurso fundado. Actuando en instancia, se modifica el régimen a fines de semana intercalados, desde las 17 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo; se confirma lo demás.

2. Lectura jurídica del caso

La necesidad de fortalecer la relación paterna no justificaba un cambio que redujera excesivamente los fines de semana con la madre. El tiempo previo sin contacto y la percepción distante del padre llevaron a ajustar el régimen. La Corte no solo anula: establece directamente una distribución diferente para el caso.

3. Aplicación y contraste

Al diseñar visitas conviene relacionar calendario escolar, tiempo de descanso y vínculos con ambos hogares. El horario aprobado aquí es una respuesta concreta, no una plantilla obligatoria. El considerando duodécimo mantiene una condición relativa a acreditar cumplimiento alimentario, que debe contrastarse con las casaciones posteriores del tomo.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 83-84, ofrece criterios de organización material y responsabilidades de cuidado; la elección de semanas intercaladas deriva del fallo.

5. Límites de utilización

No establece que todo régimen deba excluir fines de semana consecutivos. En materia de alimentos presenta una tensión con las Casaciones 4253-2016 y 2154-2018; el libro no oculta esa diferencia.

Consulta de fuente primaria en edición no oficial.
bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N°2606-2016
LIMA ESTE

Variación de Régimen de Visitas

SUMILLA:
Las condiciones en las que se pretende modificar el régimen de visitas, no pueden realizarse con un cambio tajante al respecto, dejando de lado la posibilidad que el niño disfrute también de fines de semana con su señora madre, por lo que debe ajustarse el régimen a fin que prevalezca el interés y el beneficio integral del niño en su interrelación con el padre y la madre en igualdad.

"Principio del interés Superior del Niño".

Lima, veintitrés de marzo de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil seiscientos seis – dos mil dieciséis; en audiencia pública realizada el día de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I.- MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la **demandada Katherine Giovanna Tapia Castillo**, mediante escrito de fecha dos de junio de dos mil dieciséis[1], contra la sentencia de vista de fechas dos de mayo de dos mil dieciséis[2], expedida por la Sala Civil Descentralizada y Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que confirma la sentencia apelada de fecha nueve de setiembre de dos mil catorce[3], que declara fundada la demanda sobre variación de régimen de visitas.

[1] Ver folios 256.
[2] Ver folios 242.
[3] Ver folios 227.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N°2606-2016
LIMA ESTE

Variación de Régimen de Visitas

II.- <u>ANTECEDENTES</u>:

Demanda

2.1. Del contenido de la demanda[4], se tiene que Waldir Edu Torres Saibay solicita la variación de régimen de visitas determinado a su favor en el proceso de tenencia y custodia (Expediente número 364-2010), tramitado ante el Segundo Juzgado Mixto de San Juan de Lurigancho.

Refiere, que la emplazada aprovecha la tenencia de su hijo para ejercer actos de hostilidad en su contra y del propio menor de edad, perturbando su acercamiento; que, incluso la demandada vestía al niño con la ropa y zapatillas más viejas que tenía, lo cual afectaba la tranquilidad de su hijo, quien salía a darle el encuentro con tristeza y temor, debido a las amenazas de las que resultaba víctima para que no salga con alegría; además, el hecho de sacar a su hijo los sábados y domingos hace que tenga que realizar gastos excesivos, por el largo del viaje (San Juan de Lurigancho hasta la avenida La Marina). Por estas razones, peticiona que el régimen de visitas se extienda todos los viernes desde las 17:00 horas hasta los días domingo a las 18 horas.

Contestación de la demanda

2.2. Katherine Giovanna Tapia Castillo contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada[5]. Precisa, que el demandante no cumple con los requisitos para ejercer el derecho de visita al menor de edad, pues adeuda a la fecha la suma de tres mil trescientos soles (S/ 3.300) por pensiones impagas y devengadas. Que, no se acredita los actos de obstrucción al régimen de visitas, ni los actos de

[4] Ver folios 63.
[5] Ver folios 63.

violencia física o psicológica, siendo que sólo se trata de versiones antojadizas que no han sido confirmadas. Además, en las actas de ocurrencia, consta que es el niño quien no quiere salir con el demandante por cuánto este le pega. Que, es el accionante quien ejerce actos de violencia física y psicológica en contra del menor de edad y la lesión en el brazo es debido a ello, pues el día de visita (tres de junio de dos mil trece), el demandante llevó al ni{o al centro médico donde le diagnosticaron "traumatismo del miembro superior izquierdo" y que éste se habría producido momentos antes de la atención . Siendo que en dicha atención el actor señaló que el menor de edad se habría caído y golpeado en el parque, para luego, en vista de las investigaciones que tendría que afrontar, aprovechara para denunciar a la demandada. Existe un proceso por violencia familiar en agravio de la recurrente y el menor, en el cual se concluye la existencia de violencia.

Fijación de puntos controvertidos

2.3. En la Audiencia Única de fecha quince de abril de dos mil trece[6], el juez de la causa establece como punto controvertido: *Determinar si procede declarar la variación del régimen de visita por parte del demandante al menor de edad Adriano Edu Torres Tapia (04), establecido en la Audiencia Única de fecha veintinueve de noviembre de dos mil once, bajo el expediente número 364-2010, seguido ante el Segundo Juzgado Mixto de San Juan de Lurigancho, que obra a folios cincuenta y siete.*

Sentencia de primera instancia

2.4. Culminado el trámite correspondiente, el Primer Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho (Zona Baja) de la Corte Superior de Justicia de Lima Este,

[6] Ver folios 149.

mediante sentencia de fecha nueve de setiembre de dos mil catorce[7], declara fundada la demanda; en consecuencia, ordena la variación del régimen de visitas con externamiento a favor del accionante, de la siguiente forma: (i) Los días viernes desde las 5p.m. hasta el día domingo hasta las 6 p.m. los tres primeros o cuatro primeros fines de semana; (ii) la madre siempre pasará el último fin de semana del mes con el hijo, a fin que también disfrute de tiempo libre con él; (iii) el régimen de visitas se suspende el día de la madre. Seguir terapias psicológicas individuales y terapias psicológicas para ambas partes. Realizar un régimen de visita de acercamiento de 6 sesiones previo al régimen de visitas con externamiento. Hacer seguimiento de estabilidad emocional del menor de edad al cabo del mes de realizado las visitas de externamiento. El demandante deberá presentar un certificado o constancia del Juzgado de Paz Letrado, que acredite que se encuentra al día del pago de alimentos, a fin que se ejecute el régimen de variación de visitas.

El juez de la causa determina que en la conciliación arribada respecto del régimen de visitas, las partes conocían de las distancias entre sus domicilios; sin embargo, la demandada ha reconocido en la entrevista con el psicólogo que se ha mudado hasta 4 veces durante los últimos años, siendo la penúltima en Maranga y actualmente en Campoy y nada impide que nuevamente se mude; por lo que, si existe vulneración al derecho del menor de edad de mantener una relación familiar con su padre demandante, siempre que cumpla con el pago de alimentos que es en una cantidad (S/.300) que puede ser pagado inclusive por una persona que percibe la remuneración mínima. Asimismo, de los informes psicológicos de las partes y del menor, se aprecia distanciamiento de la figura paterna, no pudiendo establecer una

[7] Ver folios 227.

secuencia de hechos o interacción con el padre, lo cual no ha sido objeto de tacha ni observación y siendo que en la audiencia el menor refirió que su padre es malo, ello no es una versión que sirva para denegar la variación. Para recuperar la relación afectiva entre padre e hijo, y por el bienestar del menor, el régimen debe ser variado, debiendo el padre pasar dicho tiempo con el menor y no entregárselo a la abuela o tíos.

2.5. La demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, como se advierte de folios doscientos cincuenta y nueve.

Sentencia de segunda instancia

2.6. Con fecha dos de mayo de dos mil dieciséis[8], la Sala Civil Descentralizada y Permanente de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este confirma la sentencia apelada.

Los jueces de mérito precisan que le demandante entes de la emisión de la sentencia objeto de impugnación, con fecha catorce de julio de dos mil catorce, indica que abonó pensiones devengadas por la suma de mis setecientos setenta y nueve soles con veintiún céntimos (S/. 1,779.21), adjuntando comprobantes de depósito en copia; por lo que, se puede concluir que viene asumiendo su cumplimiento conforme el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes. En cuanto a la conducta agresiva del demandante sobre el menor de edad, no existe medio probatorio que acredite tal situación; por el contario, en el informe psicológico practicado a la demandada, señala que ella no se opone a la variación de la tenencia e incluso acepta que se dé con externamiento; asimismo, en el

[8] Ver folios 242.

informe del menor de edad, señala que desde noviembre no sale con el padre. En el desarrollo del menor de edad en sus aspectos emocionales, resulta importante tener presente la figura paternal constante, siendo el medio oportuno para dicho fin un régimen de visitas con mayor interrelación con su padre, lo cual no puede ser limitado por circunstancias de las desavenencias entre ambos padres, o meros caprichos.

III.- DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Contra la decisión adoptada por la Sala Superior, la demandada Katherine Giovanna Tapia Castillo, interponen recurso de casación de fecha dos de julio de dos mil dieciséis[9].

Esta Sala Suprema, por resolución de fecha veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis[10], ha declarado la procedencia ordinaria del recurso por las siguientes causales:

i) Infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, así como del artículo 50 numeral Código Procesal Civil; sostiene que se ha vulnerado su derecho a probar, debido a que la sentencia impugnada ha señalado – respecto al argumento referido a que el demandante es una persona violenta – que no existe medio de prueba que acredite la conducta agresiva del demandante para con su hijo, cuando sí existen en el expediente pruebas fehacientes que acreditan la condición de violento y agresivo para con el menor; tales como los anexos 1-G al 1-J adjuntados a la contestación de la demanda, así

[9] Ver folios 256.
[10] Ver folios 54 del cuaderno de casación.

como las dos sentencias que declaran fundadas las demandas por violencia familiar seguidas contra el demandante. Asimismo, la Sala de mérito incurre en motivación aparente, pues señala argumentos que no son pertinentes con el análisis referido a si el accionante se ha portado de forma violenta o no con el menor de edad.

ii) Infracción normativa del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes; alega que la Sala Superior ha considerado que dicho artículo permite el cumplimiento parcial de la obligación del padre – que quiere ejercer su derecho a visitar a sus hijos -, respecto del pago de los alimentos de los hijos a quienes pretende visitar por no ejercer la patria potestad. Siendo que, la correcta interpretación de la norma es que se debe cumplir de manera total , o siquiera razonablemente total, respecto de la obligación de pago por alimentos del hijo cuyo régimen de visitas se pretende; sin embargo, la instancia de mérito ha permitido que el padre accionante de este proceso pueda ampliar su régimen de visitas, con sólo el cumplimiento parcial de su obligación de pago de los alimentos devengados, los que se tuvieron que reclamar judicialmente en defensa de los derechos del menor alimentista.

IV.- MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

En el presente caso, la cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria consiste en determinar si la resolución de vista ha transgredido o no las normas contenidas en los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, 50 numeral 6 del Código Procesal Civil y 88 del Código de los Niños y Adolescentes; en tanto, estas normas se han denunciado en el recurso de casación como infringidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N°2606-2016
LIMA ESTE

Variación de Régimen de Visitas

V.- FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

Primero.- Que, en materia de casación es factible ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regular el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio del derecho de defensa de las partes en litigio.

Segundo.- Que bajo ese contexto, es menester indicar que el derecho al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, comprende a su vez, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, mediante sentencias en las que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, norma que resulta concordante con lo preceptuado por el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como por el artículo 122 incisos 3 y 4 y 50 incisos 4 y 6 del Código Procesal Civil.

Tercero.- Que, del mismo modo debe precisarse que la exigencia de la motivación suficiente, prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del juez; de allí que una resolución que carezca de motivación suficiente, no sólo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N°2606-2016
LIMA ESTE

Variación de Régimen de Visitas

Cuarto.- Que, mediante el régimen de visitas se permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerza patria potestad y sus hijos, conforme lo prescribe el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes: *"Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria (…) 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 y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar"*[11]. Por su parte, el artículo 89 del citado Código prescribe: *"El padre o la madre que haya sido impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo podrá interponer la demanda correspondiente acompañando la partida de nacimiento que acredite su entroncamiento. Si el caso lo requiere podrá solicitar un régimen provisional".*

Quinto.- Que, la naturaleza de la presente demanda es familiar, al que se le aplica el numeral IX del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes el cual establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, y el respeto a sus derechos.

Sexto.- Que, por su parte, el "Principio del Interés Superior del Niño" puede definirse como: *"(…) el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción*

[11] El subrayado es nuestro.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N°2606-2016
LIMA ESTE

Variación de Régimen de Visitas

para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de la espiritualidad sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etcétera, que también influyen en los medios elegibles (…)"[12]*;* en ese sentido, las normas tutelares y los efectos de las sentencias, en donde se discutan los intereses y derechos de los niños deben ceñirse a esta regla e interpretarse de la manera en que mejor se adecue a la protección del menor.

Sétimo.- Que, de otro lado, Enrique Varsi Rospigliosi[13], establece como finalidad del "Derecho de Visita" el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor de edad. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés del menor de edad jamás será el mismo que en interés de otro menor de edad. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto a la fijación de este régimen Se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tienen a su lado y que los padres estén informados y tengan conocimiento del desarrollo de sus hijos.

Octavo.- En virtud del examen del recurso extraordinario propuesto, se aprecia que la impugnante cuestiona la motivación relacionada al derecho a probar, pues, considera que la instancia de mérito no ha valorado los medios probatorios que

[12] PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex: El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional; En Dialogo a la Jurisprudencia; Cuadernos Jurisprudenciales número 62; Primera Edición; Lima; agosto del 2006; página 52.
[13] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: Tratado de Derecho de Familia: Derecho Familiar patrimonial – Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. Tomo III. Primera Edición. Agosto 2012 Gaceta Jurídica; página 312.

demuestran la conducta agresiva del demandante para con su hijo; además , que emplea argumentos que no son pertinentes con el análisis referido a si el accionante se ha portado de forma violenta o no con su hijo; de otra parte, manifiesta que la Sala Superior de manera errónea ha permitido que el demandante pueda ampliar su régimen de visitas, con sólo el cumplimiento parcial de la obligación de pago de los alimentos devengados.

Noveno.- Que, en ese orden de ideas, del análisis de la fundamentación de la sentencia de vista, se advierte que ésta ha justificado de manera coherente y en base al examen de las pericias psicológicas practicadas al demandante[14], a la demandada[15] y al menor de edad de iniciales A.E.T.T[16], que existen motivos suficientes que determinan la variación del régimen de visitas acordado por las partes y aprobado judicialmente, teniendo en cuenta el interés superior del niño, independientemente de los aspectos ocurridos en la relación de los padres separados, pues resulta de suma importancia que el desarrollo del menor de edad en sus aspectos emocionales, tenga presente la figura paternal constante, siendo el medio oportuno para dicho fin un régimen de visitas con mayor interrelación con su padre, la cual no puede ser limitada por circunstancias de desavenencia entre ambos padres.

Décimo.- Que, en efecto, la Instancia Superior resalta adecuadamente la necesidad de fortalecer la relación afectiva entre el demandante y su hijo, pues aquella se encuentra afectada por las diversas mudanzas de la demandada, que han perturbado el acercamiento del actor con el menor de edad, quien percibe distante a

[14] Ver folios 201.
[15] Ver folios 191 a 193.
[16] Ver folios 196.

su padre, en atención a que no ha mantenido contacto con él por un tiempo prolongado.

Undécimo.- Que, en ese sentido, las causales procesales denunciadas deben ser desestimadas, en tanto, la alegada afectación a la motivación de las resoluciones sobre la base de una errada valoración de los medios adjuntados a la contestación de la demanda (anexos 1-G al 1-J), carecen de relevancia, atendiendo a las conclusiones arribadas en los informes psicológicos practicados tanto al menor de edad como a sus progenitores; más aún, si aquellas no demuestran certeza en cuanto a los supuestos actos de violencia realizados por parte del demandante a su menor hijo; considerando además que las dos sentencias que, supuestamente, declaran fundadas las demandas por violencia familiar seguidas contra el actor, no han sido presentadas como medios probatorios en autos, no obstante encontrase la recurrente compelida a demostrar los hechos que sustentan sus afirmaciones, lo cual no ha sucedido.

Duodécimo.- Que, en cuanto al cuestionamiento del artículo 88 del Código de loa Niños y Adolescentes, descrito precedentemente, que exige el cumplimiento de la obligación alimentaria parta solicitar un régimen de visitas, es pertinente señalar que en el considerando undécimo de la decisión cuestionada, se ha concluido que el demandante, antes de la emisión de la sentencia de primer grado, adjuntó al proceso copia del escrito de fecha 14 de julio de 2014, dirigido al Quinto Juzgado Mixto de San Juan de Lurigancho, donde indica haber realizado pagos por alimentos, adjuntando comprobantes de depósito en copia[17]. En tal sentido, se puede determinar que éste viene asumiendo su obligación alimentaria conforme al

[17] Ver fojas 215 a 221.

artículo en comento, no obstante aceptar haberse encontrado retrasado en su cumplimiento. Además, resulta de suma importancia resaltar, que las instancias de mérito han previsto que el padre accionante para ejecutar la variación del régimen de visitas, deberá presentar un Certificado o Constancia emitida por el Quinto Juzgado de Paz Letrado, que demuestre que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias. Por lo tanto, este extremo cuestionado también debe ser desestimado.

Décimo Tercero.- Que, finalmente, este Supremo Tribunal considera que cuando se trata de resolver controversias en las cuales los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes se encuentren inmersos, corresponde al operador jurídico adoptar la decisión en mérito a aquello que resulte más beneficioso para el niño, independientemente de los intereses de los padres. Por lo tanto, si bien las instancias de mérito han considerado que el acercamiento entre el actor y su hijo resultan necesario en aras de garantizar el desarrollo saludable e integral del niño Adriano Edu Tapia Torres, a la fecha con 08 años de edad[18], y de esa forma garantizar que este último se beneficie del contacto interpersonal y afectivo del padre, con quien no convive; también lo es, que aquella decisión no prioriza el Interés Superior del Niño, pues, no ha tomado en consideración que el menor de edad no ha mantenido contacto con el padre por un tiempo prolongado, y por lo tanto, lo percibe como una figura alejada. Bajo ese contexto, las condiciones en las que se pretende modificar el régimen de visitas, no puede realizarse con un cambio tajante al respecto, dejando de lado la posibilidad que el niño disfrute también de fines de semana con su señora madre, por lo que debe ajustarse el

[18] Conforme a la partida de nacimiento de folios 08.

régimen a fin que prevalezca el interés y el beneficio integral del niño en su interrelación con el padre y la madre en igualdad.

Décimo Cuarto.- Que, en tal orden de ideas, y teniendo en cuenta que el Juez puede adecuar o variar el régimen de visitas tendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, y sobre todo, a lo que resulta más beneficioso para el niño, corresponde **revocar** el régimen de visitas dispuesto por las instancias de mérito, en cuanto fijan: "Los días viernes desde las 5 p.m. hasta el día domingo hasta las 6 p.m. los tres primeros o cuatro primeros fines de semana"; y **reformándolo,** establecerlo por semanas intercaladas a favor del padre.

IV.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones, con lo expuesto por la Señora Fiscal Supremo en lo Civil, en el Dictamen número 141-2016-MP-FN-FSC[19], y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 396 del Código Procesal Civil.

6.1. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Katherine Giovanna Tapia Castillo, mediante escrito de fecha dos de junio de dos mil dieciséis[20]; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha dos de mayo de dos mil dieciséis[21], expedida por la Sala Civil Descentralizada y Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en cuanto establecen el régimen de visitas a favor del actor; y actuando en sede de instancia, **REVOCARON** dicho extremo; y, **REFORMANDOLO,** dispusieron el siguiente régimen de visitas: "Desde

[19] Ver folios 60 del cuaderno de casación.
[20] Ver folios 60 del cuaderno de casación.
[21] Ver folios 242.

las 17 horas del viernes hasta las 18 horas del día domingo, por semanas intercaladas; la **CONFIRMARON** en lo demás que contiene.

6.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Waldir Edu Torres Saibay contra Katherine Giovanna Tapia Castillo, sobre variación del régimen de visitas; y los devolvieron. Intervine como ponente Jueza Suprema señora Tello Gilardi.-

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

TELLO GILARDI

DEL CARPIO RODRIGUEZ

CALDERÓN PUERTAS

SÁNCHEZ MELGAREJO

Mga

2017 / J13 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3496-2016 · Lima

Condiciones efectivas de cuidado y contacto con ambos padres

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 18 de julio de 2017

Localización: Considerandos decimocuarto a decimosexto y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado. La Corte confirma en instancia la desestimación de la demanda materna y conserva visitas con externamiento, además de medidas de orientación familiar.

2. Lectura jurídica del caso

El examen conjunto de informes sociales, evaluaciones y opinión de los hijos sustenta su permanencia con el padre. La sentencia no toma el mayor tiempo inicial de convivencia como criterio suficiente. Su aporte reside en exigir correspondencia entre la conclusión sobre cuidado favorable y los elementos realmente acreditados, junto con la preservación del vínculo con la madre.

3. Aplicación y contraste

La comparación de hogares no debería agotarse en empleo o ingresos. Debe identificar quién realiza las tareas, qué apoyos existen, cómo se atiende la escolaridad y qué relación se facilita con el otro progenitor. Las terapias ordenadas incluyen seguimiento judicial: la parte ejecutiva también integra la protección.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 196-197, permite situar los factores prácticos de convivencia; D2, pp. 80-84, orienta la lectura del cuidado como responsabilidad.

5. Límites de utilización

Las descripciones personales de los informes pertenecen a este expediente. No son categorías generales para descalificar madres, padres o familias con menores recursos. Rige el marco normativo anterior a 2022.

Doctrina. Referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:FAJARDO JULCA JACINTO MANUEL /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 17/09/2018 16:15:45,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

TENENCIA.- El otorgamiento judicial de la tenencia de menor a favor de uno de los padres, se da por la renuncia de los mismos a su capacidad de acuerdo para la toma de decisión en conjunto sobre la tenencia y los interés que más beneficien a sus hijos; la cual dejan que sea decidida por el Poder Judicial, que guiado por el "Principio del interés superior del niño", hace lo que, objetivamente, más va a beneficiar al menor para su desarrollo armónico y equilibrado como individuo, hace "lo mejor para él". Artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

Lima, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Visto en audiencia pública, después de revisar el recurso de casación con registro № 3496–2016-Lima, sobre proceso de tenencia y custodia de menor; oído el informe oral; emitida la votación de los Jueces de la Suprema Sala conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, se expide la siguiente sentencia; con lo expuesto en el dictamen de la Fiscal Adjunta Suprema de la Fiscalía Suprema Civil:

1.- MATERIA DEL RECURSO:

Que, se trata del **recurso de casación** interpuesto por el demandado **Jorge Alexander Peñafiel Varda** (fojas 891), contra la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución № 10 del 20 de julio de 2016 (fojas 834), que **revocó** la sentencia apelada, comprendida en la resolución № 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que declaró**:** *infundada* la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda respecto de los niños de iniciales A.A.P.P. y G.J.P.P.; con lo demás que contiene; **reformándola** declaró **fundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez, quien tendrá la custodia de los menores de iniciales A.A.P.P. y G.J.P.P., correspondiendo se fije un régimen de visitas a favor de Jorge Alexander Peñafiel Varda, en los siguientes términos: **i)** días de semana: los días martes y jueves en el horario de 17:00 horas a 20:00 horas, con externamiento, sacándolos y retornándolos del hogar materno; **ii)** fines de semana: el primer y tercer sábado, así como el segundo y cuarto domingo de cada mes, el padre podrá recoger a sus menores hijos del hogar materno a las 09:00 horas y los retornará a las 18:00 horas, visitas con externamiento; **iii)** en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

Navidad y Año Nuevo los días 25 de diciembre y 01 de enero, los menores pasarán con su padre, en el horario de 11:00 a 20:00 horas, debiendo recogerlos del hogar materno y retornarlos al mismo en los horarios antes indicados; **iv)** cumpleaños de los menores: ambos padres coordinarán la celebración y acompañarán a sus menores hijos en el hogar o en el lugar en el que deseen disfrutarlo; **v)** cumpleaños del padre: si la fecha del cumpleaños del padre fuera un día de semana, aquél recogerá a los menores del hogar materno a las 17:00 horas y los retornará al hogar materno a las 19:00 horas; si fuera sábado o domingo, pasará por los menores hijos a las 11:00 horas y los retornará al hogar materno a las 20:00 horas; pudiendo variarse el horario previo consentimiento de los menores hijos, a fin de no perturbar sus actividades académicas y recreativas. **Exhortaron** a las partes a deponer intereses personales en pro de sus menores hijos, concurriendo con ellos a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno – filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos.

2.- ANTECEDENTES:

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre este proceso, ya que sin hechos no se puede aplicar el derecho, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada, materia del presente recurso**:**

ETAPA POSTULATORIA DEL PROCESO

2.1.) Interposición de la Demanda.

Que, **Ruth Susan Peña Vásquez**, mediante escrito que presentó el 26 de marzo de 2013 (fojas 20), interpuso demanda "*reconocimiento de tenencia*" (sic) contra Jorge Alexander Peñafiel Varda, con la siguiente **pretensión principal:** solicita que se le reconozca y otorgue la tenencia de sus menores hijos A.A.P.P y G.J.P.P de 3 años y 1 año y 11 meses de edad, respectivamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

Sustenta su demanda en los siguientes fundamentos fácticos**: a)** Alega que, el 27 de junio de 2008, cuanto tenía 18 años de edad, contrajo matrimonio con el demandado, con quien tuvo a sus 2 menores hijos, quienes desde que nacieron vivieron con ella en el inmueble de los padres del demandado, ubicado en la avenida Guardia Civil № 833, interior 6, urbanización La Campiña del distrito de Chorrillos, Lima; lugar a donde fue a vivir pese a los múltiples maltratos físicos y psicológicos que le ocasionaba el demandado, conforme a las constataciones policiales. **b)** Manifiesta que, voluntariamente, decidió retirarse del hogar conyugal, ubicado en el referido domicilio; y, se llevó consigo a sus dos menores hijos al predio de sus padres, ubicado en la calle José Penza № 263, urbanización Honor y Lealtad, manzana M, lote 8, del distrito de Santiago de Surco; sin embargo, posteriormente, el demandado con violencia se llevó a sus menores hijos del lugar donde estaban viviendo. **c)** Precisa que, el demandado, padre de sus menores hijos, no tiene un oficio conocido, es violento, un elemento negativo para la formación de sus menores hijos e hizo efectiva la amenaza de que se los llevaría a un domicilio desconocido. **d)** Expresa que, sus hijos se encuentran en grave peligro, toda vez que en el lugar donde actualmente viven con el demandado funciona un taller que se dedica a la limpieza de motores de mina, que utiliza ciertos químicos tóxicos, que estarían afectando la piel y oídos de sus menores hijos, motivo por el cual, solicita su tenencia.

E

TAPA DE ABSOLUCIÓN

2.2.) Contestación.- Que, el demandado **Jorge Alexander Peñafiel Varda**, con fecha 24 de abril de 2013 (fojas 86), **contestó la demanda: a)** Aduce que, sus hijos: A.A.P.P y G.J.P.P al 19 y 8 de abril de 2013, han cumplido 4 y 2 años de edad, respectivamente. **b)** Indica que, la demandante siempre ha actuado aprovechando su condición de madre, pero contraviniendo los intereses de los menores, pues con el informe psicológico que presenta, se establece que tiene una personalidad con rasgos inestables e inmaduros. **c)** Señala que, los padres de la demandante siempre interfirieron en su relación, le prohibieron que vea a su hijo mayor y no permitieron que vea a su hijo menor por 4 meses. **d)** Con

relación a la denuncia por abandono de hogar del 11 de abril de 2011, expresa que, la demandante luego de haber dado a luz a su hijo G.J., al día siguiente fue dada de alta e hizo abandono del hogar con ayuda de sus padres biológicos, pues aprovechó su asistencia a su centro de labores; se fue a casa de su madre para que la cuidara, donde tuvo que ver a su hijo recién nacido por la reja de la ventana. **e)** Manifiesta que, la demandante no lo ha denunciado por maltrato físico o psicológico, ni presentó defensa alguna por el bienestar de sus menores hijos que aún eran lactantes. **f)** Refiere que, da trabajo a muchas personas, pues su orquesta es conocida por su clientela y amigos, tiene buena reputación y es testigo de Jehová, demostró amor por su familia; además, tiene otros oficios como diseñador gráfico, técnico en computación y técnico teleoperador. **g)** Arguye que, no intentó llevarse a sus hijos a un lugar desconocido pues valora la unión familiar, tampoco fue violento con la demandante pese a los múltiples maltratos y humillaciones que le ha propinado. **h)** Expone que, la demandante exigió que le llevara toda la ropa de sus hijos, el refrigerador, microondas, etcétera; fue cuando, sin mediar violencia, cargó con rapidez a su hijo A.A. para salir de la casa de los padres de la demandante, ya que su suegra dejó la puerta abierta, pero esta al ver que se estaba llevando al menor, tiró la puerta con violencia, con lo cual golpeó el brazo izquierdo de su hijo y por el impacto cayó al suelo, protegió a su hijo, sin embargo, su suegra se abalanzó a agredirlo en el piso; luego tomó un taxi y fue con su hijo a asentar la denuncia contra su suegra, quien tiene alteraciones mentales y es un peligro para el desarrollo de sus hijos. **i)** Aduce que, la demandante miente al decir que hubo mutuo acuerdo, como indicó en la constatación policial de abandono de hogar, del 21 de diciembre de 2012, es más, no se llevó sus cosas personales ni de sus hijos. **j)** Explica que, es falso que ponga en riesgo la salud de sus hijos, pues el taller que menciona la demandante es un almacén de equipos de perforación de la empresa geotécnica que tiene aprobación de Digesa que informa: no es una empresa contaminante del medio ambiente; acota que, existen cientos de familias, condominios y colegios por la zona. **k)** Precisa que, sus hijos estudian desde el 04 de marzo de 2013, en el colegio particular “Mon Pety Paradise”, pues cuida

la salud, alimentación, educación, vestido y seguridad de sus hijos, siempre cumplió con sus obligaciones como padre; declara que, la demandante no se apersonó al colegio para preguntar por sus hijos, pues se ha vuelto irresponsable, incumpliendo sus deberes como madre. **l)** Indica que, la demandante, ocupa su tiempo estudiando en el Icpna por las mañanas, en la tarde trabaja de anfitriona y en las noches va al gimnasio, siendo el demandado padre y madre para sus menores. **m)** Señala que, le sorprende que la demandante ahora pretenda la tenencia, cuando en muchas oportunidades le ha rogado que los visite o al menos los llame por teléfono, pero ella le decía que desea llevárselos a la casa de su madre, y como no puede cuidarlos, pagaría a una persona para que los cuide. **n)** Manifiesta que, sus menores hijos llegaron a su total cuidado, porque el 13 de marzo de 2013, en un taxi recogió a la demandante y a sus hijos de la casa de la madre de esta última, fueron a plaza Lima Sur para comprar víveres y al regresar, la demandante le dijo que prefería que él se encargase de sus hijos, porque ella estaba muy ocupada con sus estudios, trabajo, deportes; además de ir a fiestas y probar alcohol como indica en su examen psicológico; por lo que, en pro del bienestar de sus hijos, aceptó la propuesta y los llevó a la casa de sus padres. No es cierto que haya existido forcejeo para llevarse a sus hijos. **ñ)** Expresa que, se encuentra en un proceso judicial contra su suegro Juan Peña Ramírez, por actos contra el pudor en agravio de sus dos menores hijos, conforme a la denuncia. **o)** Agrega que, la demandante no se apersonó a su casa ni para ayudar con los gastos económicos; y que, el inmueble donde habita tiene dos dormitorios para sus hijos, así como las comodidades necesarias para su bienestar.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

2.3.) Que, con la resolución № 11 del 27 de agosto de 2013 (fojas 194), se declaró: Saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida entre las partes. No conciliaron. Así mismo, se fijó como puntos controvertidos**:**

i) Determinar si procede otorgar la tenencia y custodia de los menores A.A.P.P y G.J.P.P, a favor de la demandante, en su calidad de progenitora.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

ii) Señalar un régimen de visitas a favor del progenitor a quien no se le otorgue la tenencia, conforme al artículo 84 literal c) del Código de los Niños y Adolescentes.

E

TAPA DECISORIA

2.4.) Sentencia de Primera Instancia.- La Jueza del Décimo Sétimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, expidió la sentencia, contenida en la resolución № 35 del 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que declaró**: infundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda respecto de los niños A.A.P.P y G.J.P.P; fijó un régimen de visita con externamiento a favor de la demandante el primer y tercer sábado, segundo y cuarto domingo de cada mes de nueve de la mañana a cinco de la tarde, así como martes y jueves de cada semana podrá recoger a los menores a la salida del colegio, y debe retornarlos al domicilio paterno a las siete de la noche; exhortó a ambos padres que depongan actitudes que vayan en desmedro de la estabilidad emocional de sus menores hijos; dispuso que sin perjuicio del desarrollo de las visitas fijadas, igualmente ambos progenitores acudan a orientación psicológica por el periodo de seis meses para las mejoras de sus destrezas y capacidades de su rol filial y puedan arribar a pautas comunes de crianza en beneficio de sus hijos, además de las recomendaciones señaladas en su informe psicológico.

Pues, la Jueza consideró:

a) Que, la demandante no ha probado el fundamento de la convivencia favorable e identificación de ella para con sus menores hijos, que sustenta su demanda; toda vez que, los menores guardan una imagen positiva de la demandante –su madre-, pero han manifestado tener mayor vinculación afectiva con su padre y tienen una percepción hostil del entorno materno.

2.5.) Recurso de Apelación.- La demandante **Ruth Susan Peña Vásquez**, el

---

22 de diciembre de 2015, interpuso recurso de apelación (fojas 644) contra la sentencia, mediante el cual**:**

a) Alega que, la juzgadora no tuvo en cuenta que después de haber pasado evaluación psicológica, -la demandante- fue a un taller psicológico, en busca de orientación psicológica, lo que no hizo el demandado, a pesar de tener una personalidad agresiva.

b) Señala que, el demandado tiene una acusación fiscal por el delito de lesiones en su agravio –en la que se solicitó pena privativa de libertad con pérdida de la patria potestad-; sin embargo, el la juzgadora no tuvo en cuenta tal conducta violenta, por la que, incluso pidió garantías ante la gobernación de Surco.

c) Indica que, el Juzgado no evaluó la conducta del demandado, quien de manera inescrupulosa y con el ánimo de obtener la tenencia de los menores, denunció al padre de la demandante, Juan Peña Ramírez, por presuntos actos contrarios al pudor; hechos falsos que dieron lugar al archivo de la denuncia.

d) Agrega que, el demandado manipula a los menores, razón por la cual estos testificaron en contra de su madre.

P

LURALIDAD DE LA INSTANCIA

2.6.) Sentencia de Revisión.- La Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, expidió la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución № 10 del 20 de julio de 2016 (fojas 834), que **revocó** la sentencia apelada, comprendida en la resolución № 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622) y, **reformándola** declaró **fundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez, quien tendrá la custodia de los menores de iniciales A.A.P.P. y G.J.P.P., correspondiendo se fije un régimen de visitas a favor de Jorge Alexander Peñafiel Varda, en los siguientes términos: **i)** días de semana: los días martes y jueves en el horario de 17:00 horas a 20:00 horas, con externamiento, sacándolos y retornándolos del hogar materno; **ii)** fines de semana: el primer y tercer sábado, así como el segundo y cuarto domingo de cada mes, el padre podrá recoger a sus menores hijos del hogar materno a las 09:00 horas y los retornará a las 18:00 horas, visitas con externamiento; **iii)** en Navidad y Año Nuevo los días 25 de diciembre y 01 de enero, los menores pasarán con su padre, en el horario de 11.00 a 20:00 horas, debiendo recogerlos del hogar materno y retornarlos al

mismo en los horarios antes indicados; **iv)** cumpleaños de los menores: ambos padres coordinarán la celebración y acompañarán a sus menores hijos en el hogar o en el lugar en el que deseen disfrutarlo; **v)** cumpleaños del padre: si la fecha del cumpleaños del padre fuera un día de semana, aquél recogerá a los menores del hogar materno a las 17:00 horas y los retornará al hogar materno a las 19:00 horas; si fuera sábado o domingo, pasará por los menores hijos a las 11:00 horas y los retornará al hogar materno a las 20:00 horas; pudiendo variarse el horario previo consentimiento de los menores hijos, a fin de no perturbar sus actividades académicas y recreativas. **Exhortaron** a las partes a deponer intereses personales en pro de sus menores hijos, concurriendo con ellos a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno – filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos.

Con el siguiente sustento**:**

A) La Sala consideró que, la demandante manifestó: -*con el demandado han llegado a un acuerdo verbal, la demandante señaló que se encuentra con sus hijos, por la denuncia que puso contra el demandado, a partir de esa fecha con el demandado se pusieron de acuerdo para que sus hijos estén dos o tres días con él y después retornarían con la demandante. El demandado manifestó que permite que la demandante lleve a los niños fuera de su casa para evitar escándalos y accidentes, y le da dinero para los alimentos de sus hijos cuando se van con ella*-. (fojas 353 - 354); asimismo, tuvo en cuenta: ***i)*** las razones de la demandante y del demandado para pretender ejercer la custodia de los hijos menores (fojas 194 - 200); ***ii)*** la entrevista al menor de iniciales A.A.P.P., cuando tenía 04 años de edad (fojas 281 a 282); ***iii)*** el acuerdo verbal de la demandante y demandado (folios 354), pues la primera hizo constar que sus menores hijos se encuentran con ella (fojas 194 a 200); ***iv)*** el Protocolo de Pericia Psicológica № 1586-13-SJR-EM-PSI del 07 de agosto de 2013, practicado al demandado, quien manifestó que la demandante tuvo mayor permanencia con sus menores hijos (fojas 250 a 254). Con lo que, la Sala de Familia, configuró el supuesto normativo del artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

PROCEDIMIENTO CASATORIO

3.- CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

Que, el recurso de casación, interpuesto por el demandado **Jorge Alexander Peñafiel Varda,** el 22 de agosto de 2016 (fojas 891), se declaró **procedente**, por auto calificatorio, del 13 de enero de 2017 (fojas 41 del cuaderno de casación), por la primera causal dispuesta en el artículo 386 del Código Procesal Civil, en el cual se comprendió la **infracción normativa de los artículos: *A)* 84 del Código de los Niños y Adolescentes; y, *B)* 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes.**

4.- MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso se centra en determinar si se ha respetado el derecho al debido proceso respecto del demandado Jorge Alexander Peñafiel Varda, en cuanto derecho fundamental; y, si se ha tenido en cuenta el principio del interés superior del niño de los menores sujetos a la pretensión de tenencia.

5.-

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE ESTA SALA

PRIMERO.- Que, al calificar el recurso de casación se declaró la procedencia por la causal de infracción normativa por vicios *in iudicando;* que, al atender sus efectos, es necesario realizar, el estudio y análisis de la infracción normativa material, pues en caso de ampararse la misma, deberá resolverse la controversia. Pues, conforme exige el numeral 4) del artículo 388 del Código Procesal Civil, el recurrente indicó que su pedido casatorio es revocatorio; por consiguiente, esta Suprema Sala Civil, se pronunciará respecto a la infracción normativa material en mérito a los efectos que la misma conlleva.

SEGUNDO.- Que, existe infracción normativa cuando la resolución impugnada padece de anomalía, exceso, error o vicio de derecho en el razonamiento judicial decisorio, lógico–jurídico -*ratio decidendi*-, en el que incurre el juzgador (interpretación errónea, aplicación indebida, inaplicación, contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, etcétera), perjudicial para la resolución de la

controversia y nocivo para el sistema jurídico, que se debe subsanar mediante las funciones del recurso de casación.

TERCERO.- Que, el recurrente denunció**: A) Infracción normativa, por interpretación errónea, del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes**, pues alega que, el referido artículo regula la facultad del Juez de otorgar la tenencia a quien mejor garantice el derecho del menor; sin embargo, la Sala de Familia resolvió otorgar la tenencia a la demandante pese a que de los medios probatorios actuados en el proceso, se desprende que el derecho de los menores estaría mejor garantizado con su persona y no con la demandante, en su condición de madre. **B) Infracción normativa de los artículos 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes**, pues aduce que, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y considerar la posición del niño o adolescente. Asimismo, el artículo 85 de dicho código, señala que el Juez debe escuchar la opinión del niño y tener en cuenta la del adolescente. El recurrente, señala que, la Sala de Familia habría vulnerado los mencionados artículos cuando decidió otorgar la tenencia de sus menores hijos a la demandante porque no consideró la opinión de su hijo A.A.P.P, que manifestó en el protocolo de Pericia Psicológica y en la entrevista (fojas 188 y 281).

Que, se precisa las denuncias de los literales **A)** y **B)**, como puede verificarse, contienen argumentos en común, que las vinculan entre sí, esto es: el otorgamiento de la tenencia; lo que permite emitir un pronunciamiento en conjunto respecto de ellas.

CUARTO.- Que, para analizar la infracción normativa de las normas denunciadas, resulta pertinente que veamos el contenido de las mismas que regulan la tenencia**: "*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 este*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

*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***".** En cuanto a las facultades del Juez especializado, el artículo 84, dispone**: "***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.***"*[1]; así mismo, el artículo 85, sobre la opinión del menor precisa que: **"***El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente***"**.

QUINTO.- Que, al subsumir la denuncia precedente, que guarda relación con la vulneración del principio del interés superior del niño y del derecho al debido proceso, se debe tener presente que la Suprema Corte de Casación Civil ha establecido que**: "***(…) Si el **debido proceso** es el conjunto de garantías que protegen a los ciudadanos sometidos a cualquier proceso, con el fin de asegurarles una oportuna y recta administración de justicia, en orden a procurar seguridad jurídica y que las decisiones se pronuncien conforme a derecho, entonces es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material (…)***"*[2]; en este mismo sentido, la Suprema Corte ha sancionado**: "***(…) El derecho al **debido proceso** es un derecho fundamental de los justiciables, el cual no sólo les permite acceder al proceso ejercitando su derecho de acción, sino también a usar los mecanismos procesales preestablecidos en la ley con el fin de defender su derecho durante el proceso y conseguir una resolución emitida con sujeción a ley (…)***"*[3]; la Corte Suprema también, resalta que**: "***(…) El **debido proceso** está referido al*

[1] *Los artículo 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes fueron modificados por el artículo 2 de la Ley № 29269, publicada el 17 de octubre de 2008.*

[2] *Casación 5425 – 2007 – Ica, uno de diciembre de 2008, Sala Civil Permanente - Corte Suprema.*
[3] *Casación 194 – 2007 – San Martín, 3 de diciembre de 2008, Sala Civil Transitoria - Corte Suprema.*

respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, por el cual se posibilita que toda persona puede recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional efectiva a través de un procedimiento legal con la posibilidad de hacer uso irrestricto de su derecho de defensa así como de su derecho a probar, que se observen reglas procesales establecidas para cada procedimiento y que las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley (…)"[4]. Con estas definiciones ahora abordaremos el caso concreto.

SEXTO.- Que, esta Sala Suprema en materia Civil, acoge con mucha preocupación la especialidad de familia, que en este caso nos presenta una controversia sobre la pretensión de la tenencia de los hijos menores de Ruth Susan Peña Vásquez –demandante- y Jorge Alexander Peñafiel Varda –demandado-, quienes, lamentablemente, han fallado como padres en la toma de decisión de quién de los dos debe ejercer la tenencia de sus hijos; pues, mediante el presente proceso han cedido su capacidad de decisión de padres a un tercero (el Poder Judicial), quien difícilmente sabrá cuál es mejor interés para los menores, que se debe proteger para su bienestar; sin embargo, este Poder del Estado, mediante sus Jueces ha hecho un esfuerzo laboral notable y ha tratado de tomar una decisión "paterno" judicial para el bienestar de los menores, veamos.

SÉTIMO.- Que, en ese sentido: **1)** con los mismos medios probatorios del presente proceso, tanto la Jueza Especializada de Familia, como los Jueces de la Sala Superior de Familia, han llegado a dos posiciones judiciales contrapuestas, cada uno con su criterio debidamente motivado. Así, la Jueza de Familia, decidió que el padre debe ejercer la tenencia de sus hijos menores; mientras que para los Jueces de la Sala de Familia, es la madre, quien debe ejercer la mencionada tenencia. Esta es la pretensión sobre la cual debe pronunciarse y resolver esta Sala Suprema. **2)** No, sin antes precisar, que pese a que los magistrados de primera y segunda instancia han tenido posiciones

[4] *Casación 1110 – 2007 – Santa, 3 de diciembre de 2008, Sala Civil Transitoria – Corte Suprema.*

diferentes; también han *coincidido* en **exhortar** a ambos padres a deponer intereses personales en pro de sus menores hijos, concurriendo con ellos a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno –filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos; en palabras simples, los Jueces les han llamado la atención para que dejen de pelear por sus intereses personales filiales, asuman su compromiso paterno y materno – filial, se comprometan con sus hijos y cuiden el bienestar de ellos, que los necesitan; pues son los únicos que podrán tomar la mejor decisión para la protección y desarrollo de sus hijos; sin embargo, no han hecho caso, han seguido renunciando a su capacidad de decidir como padres lo mejor para sus hijos, al persistir sus intereses personales, mediante la presentación del recurso de casación, y reforzar el otorgamiento de esa capacidad a este órgano jurisdiccional. Para ilustrar este punto, mencionaremos un caso, en los fundamentos jurídicos siguientes.

OCTAVO.- Que, el interés superior del niño, en principio exige que el este crezca en la compañía de ambos padres, y que cada uno cumpla sus deberes respectivos; ahora, no perdamos de vista (sobre todo la demandante y el demandado) las repercusiones de la separación y cómo ello afecta el derecho fundamental de la vida privada familiar y la de los hijos; y, pese a ese gran sufrir que les han propinado a sus hijos (separación) siguen litigando –peleando- mediante el presente juicio de tenencia. Es así que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de separación de un menor de su familia, ha sentado que para los padres e hijos, el estar juntos supone un elemento fundamental de su vida familiar, toda separación constituye una injerencia grave en la misma que habrá de ser satisfactoriamente motivadas, el referido Tribunal Europeo para valorar y establecer la proporcionalidad de la separación exige inexcusablemente estudiar a fondo la coyuntura familiar y recabar sobre ella todo tipo de información, ocupando dentro de esta, un lugar destacado las opiniones y posibles justificaciones de los padres, quienes en consecuencia deberían ser totalmente ilustrados de toda acción concerniente a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

su hijo[5]; por ello, esta Sala Suprema está en pleno deber de dar primacía a las soluciones que no conlleven una separación, pues una vez que se detecte signos de deterioro del medio familiar, deberá intervenir con presteza y atención inmediata, mediante los servicios sociales de "integración" o "normalización", en virtud del cual la intervención o actuación de los mismos deberá tender siempre al mantenimiento del niño en su ambiente familiar y social. Es decir, el apoyo familiar se diseña como instrumento prioritario de protección al menor y solamente de resultar inoperante este se podrá proceder a la adopción de otras medidas que implican la tenencia por un padre o madre y el régimen de visitas para el otro padre o madre, o la separación, etcétera. Ello tiene importancia por el respeto a los derechos de los padres y los derechos e intereses de los menores –G.J y A.A-; complejo de por sí como para que las autoridades se permitan ignorar fuentes de primera mano como son los propios miembros de la familia.

NOVENO.- Que, ahora bien abordemos el interés superior del niño como el límite y exigencia oponible al derecho del menor a no ser separado de sus padres. Y en primer lugar, se tiene que ni a nivel nacional ni internacional, encontramos definición legal del interés superior del niño o menor; es decir, no existe acuerdo –legal- sobre lo que constituye el interés del niño, menos sobre su "interés superior". Pues, qué interpretación cabe dar a la calificación de "superior" contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño o del Código de los Niños y Adolescentes, desde el momento en que tal interés superior es una consideración primordial a tener en cuenta, pero no la única; ello en atención a que el mismo deberá ser apreciado respecto a un niño en concreto, de acuerdo a su concreta personalidad, en virtud de las concretas circunstancias que lo rodean y de acuerdo al concreto momento de su existencia en que se halle, pero sin perder de vista su evolución futura, frente a tanta concreción, dar una definición resulta complicado. Tampoco cabe negar que existe una aproximación a lo que el interés del niño representa: actuar

[5] Caso R., W., y –B., v. Reino Unido, sentencia del 08 de julio de 1987.

guiados por el interés superior del niño sería hacer lo que más va a beneficiarle para su desarrollo armónico y equilibrado como individuo, hacer "lo mejor para él". Ante ello, la doctrina opta por enumerar factores (su edad, sexo, educación, religión, ventajas materiales, factores médicos y sicológicos, los deseos de los padres, la conducta para con sus hijos, opiniones del niño, la necesidad de continuidad en la evolución del niño, el riesgo de daño, las necesidades del niño, etcétera) para su determinación en base a que el menor no tiene un único interés, sino varios.

DÉCIMO.- Que, así pues en lo que a la separación de los padres de los menores tutelados se refiere, no basta con considerar exclusivamente el interés del niño, esto es, si estaría objetivamente mejor con sus necesidades de otro tipo –materiales, educación, afectivas, mejor cubiertas bien con su padre o madre. Por el contrario, el juez debe sopesar todos los intereses –también el derecho de sus padres a la vida familiar y a educar a su propio hijo, y agotar todas las posibilidades de cohonestarlos, y únicamente cuando el bienestar del niño no pueda en modo alguno compatibilizarse con el derecho de sus padres a cuidar de ellos –G.J. y A.A-. Es decir, se deberá tomar en cuenta todos y cada uno de los intereses concurrentes y resolver en consecuencia.

UNDÉCIMO.- Que, esto nos lleva a la conclusión de que cuando cualquier autoridad haya de decidir en un caso en el que los menores se ven afectados, deberá tomar en cuenta todos y cada uno de los intereses concurrentes –también los de los padres-, proceder a calibrarlos, prestar especial atención a las demandas del interés del menor y resolver en consecuencia[6]. Aquí, comentaremos el caso que mencionamos en el fundamento jurídico sétimo, resuelto por Tribunales ingleses, que ayudará a exponer los derechos en conflicto*: una niña de seis semanas, fue confiada a un matrimonio sin hijos, por sus padres, quienes atravesaron una situación familiar tensa (el matrimonio*

[6] El Derecho del menor a no ser separado de sus padres: SALANOVA VILLANUEVA, Marta –Universidad de Zaragoza-, Derecho Privado y Constitución, Núm. 7. Setiembre–diciembre 1995, p. 231-297.

sufrió graves dificultades económicas y la madre estuvo siendo sometida a tratamientos contra su heroinomanía); algunos meses después la madre reclamó la devolución de su hija, a lo que los acogedores se negaron, pretendiendo su adopción. En Primera instancia se falló a favor de los acogedores: la niña, que apenas si había vivido con su madre y dado lo escaso de su edad, sin duda no tuvo tiempo de crear vínculos afectivos con ella, obviamente se desarrollaría mejor en el seno de una familia acomodada y respetable, que con su madre, carente de estabilidad económica y hasta hace poco (y quizás todavía) drogodependiente (nada se dice del padre[7]*, quien presumiblemente había roto su convivencia con la mujer); nadie podría acusar a la decisión de no atender al interés fundamental de la niña. No obstante, en segunda instancia se rechazó la resolución inicial, tomándose ahora en cuenta también los intereses y derechos de la madre a cuidar y educar a su hija: la niña podría estar abstractamente "mejor" con los acogedores que con su madre, pero ello no es suficiente para darle la espalda a la vida familiar de esta –dentro de la cual está el interés de la niña-, haría falta que el interés de la niña se revelase claramente contrario a su vuelta junto a ella para que la separación fuese viable. La sentencia declaró: "(…) la madre debe mostrarse totalmente carente de aptitud antes de que otra familia se tome en consideración, de lo contrario estamos en grave riesgo de decaer en la ingeniería social (…)"*[8]*. Pues "ya no basta con calibrar aisladamente el interés del menor", sin considerar a su familia*. El punto que se pretende ilustrar y reforzar es que, nadie mejor que los padres unidos podrán tomar una decisión en conjunto para cuidar del interés de sus hijos. Pero, desdichadamente, en el presente caso ambos padres están desunidos, con desacuerdos, peleas y juicios que no les permiten ver el real y verdadero interés de sus hijos –G.J y A.A-. Así mismo, la pretensión de tenencia se vuelve menos compleja en la medida que la decisión

[7] Lo cual es completamente diferente en el presente caso concreto, pues el padre solicitó la entrega de su menor hijo.
[8] Citado por Marta Salanova Villanueva (Universidad de Zaragoza) en El Derecho del Menor a no ser Separado de sus Padres en Derecho Privado y Constitución numero 7 setiembre de 1995, de En re.K. (A minor) (Warship: adoption) 1 F.L.R. 57, de Eekelaar, J. "The Wardship Jurisdiction, children´s welfare and parent´s rights", The Law Quarterly Review, v. 107, julio 1991, pp 386.

judicial a recaer no es sobre la entrega de los menores a un tercero (orfelinato, etcétera), sino que, es sobre si al padre o a la madre se le debe entregar la pretendida tenencia para que cuide mejor de los intereses de los menores. Precisando, finalmente, que ninguna decisión judicial de tenencia es inamovible o inalterable, menos constituye cosa juzgada, pues cualquiera de los padres está plenamente facultado a interponer la demanda de variación de tenencia siempre y cuando muestre madurez paterno o materno – filial, para con sus hijos; por ello, una vez más se exhorta a la demandante y al demandado que dejen de litigar y empiecen a decidir por el interés y bienestar de los menores, conforme se los exclama el interés superior de sus hijos.

DUODÉCIMO.- Que, en el caso de autos en concreto el interés superior de los niños tutelados no conlleva a desechar las prerrogativas de los padres -Ruth y Jorge-, sino únicamente una subordinación de estas a favor de ellos. Por ello, lamentablemente, pasaremos a analizar que, entre Ruth Susan Peña Vásquez –demandante- y Jorge Alexander Peñafiel Varda –demandado- existen varias denuncias por maltrato familiar, encontrándose algunas en trámite; entre ellas, una correspondiente al expediente № 183521-2012, del 21 de marzo de 2012, en el que ambas partes llegan a una conciliación, el demandado le ofreció disculpas públicas a la demandante; otro proceso judicial, por violencia familiar en el que se declaró fundada la demanda en agravio de la ahora demandante; pero con tales procesos, no se ha probado en el presente caso de tenencia que alguno de los progenitores haya sido encontrado responsable por actos de maltrato en agravio de sus menores hijos.

DÉCIMO TERCERO.- Que, por la falta de comprensión y mutuo acuerdo entre

---

las partes, en su principal responsabilidad como padre y madre de los menores, esta última, Ruth Susan Peña Vásquez, el 26 de marzo de 2013, se vio en la necesidad de interponer la demanda de tenencia, en cuya audiencia única han declarado que los niños estuvieron a cargo de la madre y que –actualmente- se encuentran con el demandado desde el 13 de enero de 2013;

que la demandante no lo apoya moral, presencial ni económicamente; que, la demandante trabaja por horas y eventualmente (fojas 194).

DÉCIMO CUARTO.- Que, la demandante sustenta su pretensión de tenencia en que el demandado no tiene un trabajo conocido o estable y es violento; sin embargo, ello no ha sido probado; por el contrario, se verifica lo siguiente: **i)** El **Protocolo psicológico № 000046-2013** del niño **A.A.P.P** (fojas 439 a 445)**,** realizado en el Instituto de Medicina Legal a solicitud de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, *informa* que el niño proviene de un hogar disfuncional con conflictos entre sus padres quienes tienen antecedentes de violencia familiar, mostrando más identificación con el padre, percibiendo a la madre como distante y poco accesible; que presenta percepción de inestabilidad en sus relaciones familiares y reacción ansiosa compatible con conflicto parental. **ii) Evaluación psicológica del menor A.A.P.P** (fojas 188), en el que *informa* que –el menor- guarda el deseo de vivir con ambos padres, se verificó mayor vinculación afectiva hacia la figura paterna, a quien lo percibe como una persona encargada de su cuidado, le imparte pautas, comparten actividades con el menor y le brinda afecto; tiene una imagen positiva de la madre, piensa que su madre no está porque está trabajando, muestra recelo por la familia materna, principalmente por el abuelo, viéndolo como hostil y agresivo. **iii) Entrevista al menor A.A.P.P** (fojas 281)**,** quien expresa que vive con su padre, hermanito, abuelos y tíos; que, se siente bien al vivir con su padre; y, cuando se le preguntó si deseaba ir a vivir a la casa de su madre, señaló que Pety (su abuela materna) es mala, le roba, pero sí desea que su madre lo visite. **iv) Documentación que** acredita las actividades educativas y atención de los niños, pagos realizados por el demandado (fojas 78 a 80). **v) Fotografías familiares** (fojas 215, 217 a 222), que muestran una relación de inmediatez y familiaridad entre el demandado y sus menores hijos. **vi) Certificado psicosomático realizado al menor G.J.P.P** (fojas 203), que concluye que se encuentra en buen estado de salud física y desarrollo psicosomático adecuado; clínica y hemodinámicamente estable. **vii) Informe social de la visita realizada en el hogar del demandado** donde se encontró a los menores (fojas

174), *informa* que los menores viven con el demandado en un minidepartamento con entrada independiente, servicios básicos y mobiliario indispensable, habitación para los niños; halló a los menores aseados, vestidos adecuadamente, con sus vacunas correspondientes a su edad, asisten al colegio y a estimulación temprana (respectivamente –A.A y G.J.-); averiguó que el demandado distribuye su tiempo en el cuidado de sus hijos, cuenta con el apoyo de sus padres, especialmente el de su madre, quien cuida a los menores cuando el demandado asiste a su centro de trabajo; tiene trabajo. **viii) Evaluación psicológica a la demandante** (fojas 255), en la que se *informó* que aun cuando la demandante tiene propósitos de estar con sus menores hijos, también se le observa interesada en cuestiones irreflexivas y ligeras más que sensatas, es emocionalmente inmadura, con rasgos superficiales, con poca reflexividad y vana, siendo poco asertiva en la solución de dificultades, evitando situaciones desagradables antes de enfrentarlas con la actitud que la situación amerite; que se le percibe perturbada y temerosa ante el enlace con el padre de sus hijos, con negación de sostener comunicación con este si llegase a conseguir la tenencia, más no desea que sus hijos pierdan ese contacto (contradicción); que, se le recomendó orientación psicológica para madurar el rol de madre y asumir mayores condiciones afectivas que requieren los menores de edad. **ix) Informe social de la demandante** (fojas 179), *informa* que vive con su madre, trabaja por temporadas, está buscando empleo, cuanta con el apoyo de su padre y madre, los que solventan los gastos.

DÉCIMO QUINTO.- Que, conforme a la disposición normativa, los padres que

---

están separados de hecho, no se han puesto de común acuerdo para ejercer la tenencia de sus hijos ni han tenido en cuenta el parecer de los menores. Entonces, como no existe acuerdo entre Ruth y Jorge, y la tenencia de hecho que existe puede resultar perjudicial para sus hijos al estar en disputa judicial, han dejado que la resuelva la Juez y la Sala de Familia, y ahora la Corte Suprema, que dictará las medidas necesarias para su cumplimiento, y salvaguardara en todo momento del interés superior de los niños**.** Pues, al

someter su pretensión de tenencia al Juez, lo han facultado para decidir teniendo en cuenta**: a)** Que, deberán permanecer con el progenitor con quien convivieron mayor tiempo, ***siempre que le sea favorable***; y, **b)** para el padre o madre que no obtenga la tenencia debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el Juez priorizará el otorgamiento de la tenencia al padre que mejor garantice el derecho de los menores a mantener contacto con el otro progenitor; así mismo, este Supremo Tribunal debe tener presente la opinión de los mismos.

DÉCIMO SEXTO.- Que, del análisis de los elementos probatorios en conjunto, **no** se ha probado el supuesto de convivencia favorable e identificación de la demandante para con sus menores hijos, máxime, si a pesar de que los menores guardan una buena imagen de ella, han manifestado tener mayor vinculación con su padre y tienen una percepción hostil del entorno materno. Tampoco se ha probado que el taller al que alude la demandante genere peligro en la salud de los menores, pues si bien presentó constancias médicas del menor A.A.P.P (fojas 395-402), en las que se detalla un diagnóstico de hipertrofia adenoidea, pero en dicha documentación no se precisó la causa de la enfermedad. Sí, se ha acreditado que el demandado brinda tiempo y atención afectiva a los menores sujetos a tenencia, que es una persona con trabajo, pues del informe social (fojas 174)**,** consta que este tiene el reconocimiento de sus hijos (opinión de los menores) percibe ingresos por sus actividades laborales que permite procurar el bienestar material de los menores; por otra parte, la propia demandante manifestó en el informe social (fojas 179)**,** que tiene actividades diversas, no tiene una labor fija, sino esporádica, está en búsqueda de trabajo y que no aporta económicamente en la manutención de los menores. Que, en tal sentido, se verifica que las alegaciones de la denuncia vertida por el casacionista tienen base real y jurídica por cuanto se constata la concurrencia de vicios en la valoración de los medios probatorios. Por esta razón, se procede a hacer lo que, objetivamente, más va a beneficiar a los menores para su desarrollo armónico y equilibrado, hacer “lo mejor para ellos”; toda vez que, no se ha probado el presupuesto del

literal b) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, los menores *deberán permanecer con la demandante con quien convivieron mayor tiempo,* pero ello no *les es favorable*, e incluso a la data actual, se tendría que los menores permanecieron igual o similar tiempo con el padre. Que, en consecuencia, el recurso de casación debe ser amparado al haberse incurrido en la infracción normativa denunciada, que afecta los actos procesales que lo componen, el que debe ser superado, y así cumplir con garantizar el derecho al debido proceso.

6.- DECISIÓN EN CASACIÓN:

Por estos fundamentos, declararon: **I) FUNDADO** el recurso de casación (fojas 891), presentado por el demandado Jorge Alexander Peñafiel Varda; **CASARON** la resolución impugnada, en consecuencia: **NULA** la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución № 10 del 20 de julio de 2016 (fojas 834), que **revocó** la sentencia apelada, comprendida en la resolución № 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que pronunció la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Y al resolver como sede de instancia: **II) CONFIRMARON** la sentencia apelada, contenida en la resolución № 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que declaró**: infundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda respecto de los niños A.A. y G.J.P.P; fijó un régimen de visita con externamiento a favor de la demandante el primer y tercer sábado, segundo y cuarto domingo de cada mes de nueve de la mañana a cinco de la tarde, así como martes y jueves de cada semana podrá recoger a los menores a la salida del colegio, y debe retornarlos al domicilio paterno a las siete de la noche. **Exhortaron** –***por última vez***- a ambos padres que, *entiendan*, dejen de lado intereses personales y actitudes que vayan en perjuicio de la estabilidad emocional de sus menores hijos; **dispusieron** que sin perjuicio del desarrollo de las visitas fijadas, igualmente ambos progenitores concurran –con sus hijos- a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno – filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos, por el periodo de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN № 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor

nueve meses para las mejoras de sus destrezas y capacidades de su rol filial y puedan arribar a pautas comunes de crianza en beneficio de sus hijos, sujeto a control y verificación acreditada por la Jueza de Familia, en forma trimestral, quien deberá aplicar los apremios correspondientes en caso de incumplimiento de las terapias sicológicas. Sin costas y costos. **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda, sobre tenencia de menor; y, los devolvieron. Conforma la Sala la Jueza Suprema señora Céspedes Cabala, por licencia del Juez Supremo señor Távara Córdova. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **Huamaní Llamas**.

SS.
HUAMANÍ LLAMAS

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

CHAVES ZAPATER

SÁNCHEZ MELGAREJO

CÉSPEDES CABALA

Ppa/Lrr.

2018 / J14 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 4253-2016 · La Libertad

Visitas y deuda alimentaria

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 10 de mayo de 2018

Localización: Considerandos quinto a octavo y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; nulidad de la sentencia de vista e insubsistencia de la de primera instancia, con orden de nuevo fallo.

2. Lectura jurídica del caso

Se había dejado al padre la posibilidad de solicitar visitas en otro momento, relacionando el ejercicio con el pago alimentario. La Corte destaca que ambos mantenían la patria potestad y distingue ese supuesto de la regulación invocada por las instancias. El vínculo del niño no se satisface únicamente con aportes económicos.

3. Aplicación y contraste

La argumentación debe atender a la situación de patria potestad y a las razones concretas de cualquier limitación de contacto. El cobro de alimentos conserva sus mecanismos propios; el interés del hijo no permite utilizar el régimen de visitas simplemente como presión de pago.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 191-192 y 196-197, ayuda a distinguir atributos parentales y convivencia. D3, pp. 50-52, respalda el análisis conjunto de tenencia y visitas.

5. Límites de utilización

La Corte no fija aquí un horario definitivo ni extingue obligaciones alimentarias. La sentencia fue emitida en 2018, pese a que el número de casación corresponde a 2016.

Consulta de fuente oficial. Texto completo y edición no oficial.
bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 4253-2016
LA LIBERTAD
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Nula sentencia por vulneración del principio del interés superior del niño y del adolescente, al condicionar el régimen de visitas con el pago de pensión de alimentos, cuando subsistió la patria potestad a favor de ambos padres.

Lima, diez de mayo de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número cuatro mil doscientos cincuenta y tres del año dos mil dieciséis, 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 Sala Suprema, el recurso de casación[1] interpuesto por el emplazado Juan Carlos Padilla Concepción contra la sentencia de vista de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis[2] que confirma la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número treinta del diecisiete de julio de dos mil quince[3] en el extremo que resuelve *"**4. Se deja** a salvo el derecho del demandado de solicitar el régimen de visitas".*

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante escrito de fecha veintidós de mayo de dos mil catorce[4] Rosa Liliana Sánchez Velarde Interpone demanda de reconocimiento de tenencia de su

[1] Páginas 880/883
[2] Páginas 834/838
[3] Páginas 717/731
[4] Páginas 16/23

menor hija Ana Victoria Padilla Sánchez a fin que se otorgue la tenencia a su favor.

Fundamenta su pretensión que en el año dos mil ocho inició una relación de convivencia con el demandado, convivencia que se prolongó hasta el cinco de marzo de dos mil catorce, procreando a su menor hija Ana Victoria Padilla Sánchez, refiere que vivían juntos como familia en la casa del padre de la recurrente hasta julio de dos mil doce, fecha en la cual el demandado fue invitado a desocupar el domicilio porque había llegado mareado el treinta de julio de dos mil doce, y comenzó a faltarle el respeto a su padre y hermano de la recurrente, siendo que en un descuido se llevó a la niña de tan solo un año, y no se la devolvió hasta que la fiscal de turno de familia le insistió. Posteriormente vivieron juntos de nuevo desde diciembre de dos mil dos hasta junio de dos mil trece, donde se suscitaron problemas nuevamente y tuvieron que retirarse de la casa del padre de la actora, yendo a vivir temporalmente a la casa del hermano del demandado, sin embargo al haber sido víctima de violencia familiar tanto física como psicológica en presencia de su hija, decidió dar por terminada la relación con el demandado e interpuso la denuncia respectiva en la Comisaría de La Noria por violencia familiar.

Afirma que el demandado ha incumplido con otorgarle una pensión de alimentos a favor de su hija y por esta razón la accionante se vio obligada a iniciar un proceso de alimentos (Expediente Nº 960-2014- 9º Juzgado de Paz Letrado). Agrega que el demandado ha intentado llevarse a la niña a la fuerza de la casa de su padre, yendo a insultar y amenazar a su familia, por lo que tuvo que solicitar garantías a la gobernación. La intención del demandado es que la recurrente y su hija regresen a vivir con él a la casa de su hermano de forma violenta, por lo que se ha negado a entregársela.

2. <u>Contestación de la demanda</u>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 4253-2016
LA LIBERTAD
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

El demandado contesta la demanda solicitando que se declare infundada, argumenta que es falso lo que alega la demandante y sustenta que su hija siempre ha estado en constante contacto con él y que por capricho de la accionante y su hermano abogado han desarraigado a su hija de su padre, lo cual pone en peligro la relación paterno-filial. Alega que desde diciembre de dos mil once que sufrió un accidente en el trabajo el cual lo dejó postrado en cama sin poder caminar por más de tres meses, su vida cambió recibiendo solo insultos y maltratos por parte de la demandante, solo porque ya no podía trabajar, es por esta razón que no cuenta con ingresos y no puede asistir con alimentos a su hija, además con la indemnización recibida también cubrió los gastos de la actora y su menor hija. Señala que su cuñado abogado pidió garantías para su vida diciendo que él lo había amenazado, sin embargo, debido a su lesión no se encuentra en condiciones de lastimar ni amedrentar a nadie; concluye que él en ningún momento ha tratado o trataría de separar a su hija de su madre ni ha insinuado que quiere alejarla de ella, pues refiere que quiere demasiado a su hija por lo que es incapaz de separarla de su madre como para hacerlo.

3. Puntos Controvertidos

Conforme aparece en la página doscientos ochenta y uno en audiencia única, se fijó como punto controvertido el siguiente:

> "Determinar si doña Rosa Liliana Sánchez Velarde reúne los presupuestos legales y morales y materiales para que se le reconozca la tenencia de su hija Ana Victoria Padilla Sánchez".

4. Resolución de Primera Instancia

El Juez emite sentencia declarando fundada la demanda, y r**econoce** la tenencia de la niña Ana Victoria Padilla Sánchez a favor de su madre doña

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 4253-2016
LA LIBERTAD
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Rosa Liliana Sánchez Velarde; **manteniéndose el ejercicio de la patria potestad de ambos padres**; asimismo, ordena que la niña Ana Victoria Padilla Sánchez y sus padres, reciban tratamiento psicológico individual y luego tratamiento psicológico familiar para que restablezcan la relación como padres y entre la niña y su padre; así como **deja a salvo el derecho** del demandado de solicitar el régimen de visitas.

Fundamenta el A quo su decisión en el numeral 21 de la sentencia apelada, esto es, "*que si bien es un derecho del padre visitar a su hija, esto debe ir corroborado con el cumplimiento de sus obligaciones afectivas y materiales; sin embargo en autos, no se ha acreditado que el demandado venga cumpliendo con su obligación alimentaria; lo cual ha originado el inicio del proceso de alimentos por parte de la madre de su hija, (…), en el cual el demandado ha solicitado se declare infundada la demanda de alimentos, con el argumento que por su discapacidad física no puede obtener ingresos, señalando que tiene proyectado solicitar una indemnización para constituir un negocio que le permita generar ingresos para solventar los gastos de su hija; proceso en el cual según la revisión del SIJ se ha expedido sentencia de primera instancia fijando una pensión alimenticia, decisión que ha sido apelada; en tal sentido,* ***siendo un requisito para efectivizar el régimen encontrarse al día en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; se deja a salvo el derecho del demandado de solicitar el régimen de visitas****."*

5. Resolución de Vista

Elevados los autos en virtud del recurso apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia solo en el extremo que: "***deja a salvo el derecho*** *del demandado de solicitar el régimen de visitas";* el Ad quem resuelve confirmar el extremo apelado, sustentando su decisión en el numeral 4.6 de la impugnada "*Este colegiado constata que la controversia sobre el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria*

del demandado esta judicializada, la misma que recae en el expediente N° 00960-2014-0-1601-JP-FC-09 sobre alimentos, seguido por Rosa Liliana Sánchez Velarde contra Juan Carlos Padilla Concepción, (…), en el cual aún no existe mandato judicial firme sobre la pensión alimenticia. Por lo tanto, al estar dicha controversia judicializada, resulta imposible determinar en este proceso de tenencia el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria del demandado, a efectos de emitir pronunciamiento sobre el fondo respecto del régimen de visitas a favor del demandado".

III. RECURSO DE CASACIÓN

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha veintiocho de febrero de dos mil diecisiete ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la parte demanda por las siguientes causales:

i) **Infracción normativa de los artículos 84, literal c) y 88 del Código De los Niños y Adolescentes.** Sostiene que atenta contra el interés superior del niño pues niega el régimen de visitas, aplicando las normas denunciadas de manera general y no al caso concreto.

i) **Infracción normativa de los artículos 9, 18 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño-Unicef;** Alega que las normas contenidas en los tratados internacionales tienen rango constitucional cuando son marco de protección de los derechos humanos. En el presente caso, las normas denunciadas protegen el derecho de los niños de tener contacto con sus padres, además que el artículo 41 de la citada Convención indica qué debe entenderse de acuerdo al conflicto de leyes, por lo que no se aplicará en algún caso aquella que afecte al menor, sino qué siempre se aplicará la que sea más favorable para el niño o niña. Indica que el derecho del niño de ver

a sus padres no debe estar limitado por el pago de una pensión de alimentos.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

PRIMERO.- Es menester precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que permite ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia; así como, determinar si en dichas decisiones se ha infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, traducido en el respeto de los principios que lo regulan.

Asimismo, en cuanto al principio de congruencia se encuentra el aforismo "*tantum devolutum quantum appellatum*" lo cual implica que "el alcance de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano Ad Quem para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso"[5] ; de manera que, el Ad quem deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho y sustento de la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación, de lo contrario podría incurrir en los vicios de incongruencia clasificados en el considerando precedente.

SEGUNDO.- En relación a la normatividad denunciada se tiene que el artículo 84, literal c) del Código De los Niños y Adolescentes dispone:

> "**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:…**c) Para el que no obtenga la Tenencia** o Custodia del niño,

[5] Jaime Solé Riera. "Recurso de apelación". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. marzo 1998. Página 571).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 4253-2016
LA LIBERTAD
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

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." (Resaltado agregado)

Asimismo, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes señala:

"Las visitas: *Los padres* ***que no ejerzan*** ***la Patria Potestad*** *tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. (…). 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 y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar." (*Subrayado y resaltado agregado*)*

TERCERO.- En la Convención sobre los Derechos del Niño-Unicef, los numerales pertinentes de los artículos 9, 18 y 19 disponen lo siguiente:

Artículo 9, numeral 3):

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 18, numeral 1):

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. **Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.**

Artículo 19, numeral 1):

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 4253-2016
LA LIBERTAD
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

> **1**. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

CUARTO.- Aunado a todo lo dicho precedentemente, respecto al **principio del interés superior del niño y del adolescente**. Debemos indicar que este principio, es reconocido primigeniamente en la **Declaración Universal de los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959, estableció en el artículo 2 que:

> *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño***.**

El mismo criterio quedó reiterado y desarrollado en el artículo 3.1 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que en su momento dispuso que:

> *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.** (Resaltado agregado)*

En el plano interno y en una línea muy semejante a la legislación supranacional resulta de particular relevancia lo dispuesto en el artículo 4º de nuestra Constitución Política de 1993 "*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.*" y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dejó claramente establecido que: "*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás*

instituciones, así como en la acción de la sociedad, ***se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos****."*

QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, revisada la sentencia de vista materia de casación, al resolver la causa, la Sala Civil Superior no ha tomado en cuenta primeramente el interés superior del niño, puesto que, por más que el padre no se encuentre al día en las pensiones alimentarias, eso no quiere decir que esta situación pueda estar por encima del derecho del padre a relacionarse con su hija, puesto que, también es una necesidad que el mismo no desatienda las necesidades emocionales y espirituales de la menor y en atención a que el derecho del niño se circunscribe a la relación directa que debe mantener con su progenitor el papel de este no se agota con la sola provisión de alimentos pues su objetivo final es el contacto directo con su hija; por consiguiente, pretender fijar un régimen de visitas supeditado a una pensión de alimentos de ninguna forma supone preservar el interés superior de la menor, muy por el contrario la menoscaba y perjudica.

SEXTO.- Asimismo, conforme a lo resuelto por el A quo en la sentencia, ambos padres mantienen la patria potestad, sin embargo, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes es aplicable a los padres que no ejercen la patria potestad, por ende, cuando el juzgador aplica dicho dispositivo legal va en contra de lo resuelto en la sentencia, así como vulnera el interés superior del niño, más aún si la normatividad aplicable al caso, esto es, el artículo 84, literal c) del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que el juez debe fijar un régimen de visitas para el padre que no tenga la tenencia del menor.

SÉPTIMO.- Por consiguiente, se ha demostrado que al haber hecho el Ad quem y A quo un análisis y aplicación errónea del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, han vulnerado el derecho de la menor y dicha infracción

normativa también implica la vulneración del **principio del interés superior del niño y el adolescente** y por ende también de la legislación supranacional, esto es, de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, ya que no han ponderado razonablemente el interés superior del niño respecto a las relaciones familiares originadas por la filiación dinámica, puesto que, si bien el deber de todos los jueces es observar el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquiera etapa del proceso, empero, ello debe ser atendiendo al principio del interés superior del niño, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, hecho que no se ha valorado en el presente caso.

OCTAVO.- Por todo lo expuesto debe estimarse que se ha producido en el presente proceso la infracción normativa de los artículos 84, literal c) y 88 del Código De los Niños y Adolescentes y los artículos 9, 18 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño-Unicef, por tanto, la sentencia impugnada y la de primera instancia adolecen de nulidad; correspondiendo por tanto, declarar nula la sentencia de vista e insubsistente la sentencia apelada contenida en la resolución número treinta del diecisiete de julio de dos mil quince a fin que emita nuevo pronunciamiento con mayor solvencia del caso y superponiendo el interés superior del niño.

II. DECISIÓN

Por tales consideraciones y de conformidad con lo regulado en el inciso 396° del Código Procesal Civil, con lo expuesto por la Fiscal Adjunta Suprema, declara:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 4253-2016
LA LIBERTAD
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el emplazado Juan Carlos Padilla Concepción; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis; **NULA** la sentencia de vista de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis, **INSUBSISTENTE** la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número treinta del diecisiete de julio de dos mil quince; y,

b) **ORDENARON** que el juez de la causa emita nuevo fallo, conforme a las consideraciones expuestas en la presente sentencia; y,

c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por Rosa Liliana Sánchez Valverde sobre Tenencia; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Hurtado Reyes.-**

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES

HUAMANÍ LLAMAS

SALAZAR LIZÁRRAGA

CALDERÓN PUERTAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 4253-2016
LA LIBERTAD
RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

CMC

De Iure
ABOGADOS

2018 / J15 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 37-2017 · Lima

Visitas, deuda y prueba del vínculo

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 8 de junio de 2018

Localización: Considerandos undécimo y duodécimo; fallo

1. Decisión y alcance

Recurso de la madre infundado. Se mantiene la sentencia que concedió parcialmente el régimen de visitas al padre.

2. Lectura jurídica del caso

La Corte considera que el atraso alimentario no puede por sí solo impedir el vínculo de los hijos con su progenitor. Su razonamiento se apoya también en pericias que describían aceptación de las visitas, integración del padre y ausencia de maltrato registrado en esas evaluaciones. El resultado no se sostiene únicamente en una declaración abstracta del derecho adulto.

3. Aplicación y contraste

La comparación con las Casaciones 4253-2016 y 2154-2018 permite seguir la línea protectora del contacto. Debe diferenciarse incumplimiento económico, idoneidad de la relación y condiciones de ejecución. Los alimentos conservan su exigibilidad y las restricciones protectoras requieren examen propio.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 191-192 y 196-197, permite distinguir responsabilidades parentales y contacto. La apreciación de las pericias corresponde a los considerandos judiciales señalados.

5. Límites de utilización

El mantenimiento de visitas en este caso no autoriza ignorar denuncias o riesgos acreditados en otro expediente. Se conservan las ocultaciones de identidad que ya aparecen en el documento publicado.

Consulta de fuente pública. Diario de Jurisprudencia no oficial.
Copia literal. Diferencias posibles con la edición oficial en bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 37-2017
LIMA
RÉGIMEN DE VISITAS

Sumilla: "La decisión adoptada por la Sala Superior se encuentra arreglada a ley, en concordancia con normas supranacionales, en la cual se ha dejado claramente establecida la prioridad al interés superior del niño, puesto que, sin bien el padre no se encuentre totalmente al día en las pensiones alimentarias, ello no puede impedir el derecho del hijo a relacionarse con su progenitor, toda vez que constituye necesidades emocionales que deben ser atendidas en razón al derecho del desarrollo integral del niño, máxime si las instancias de mérito han apreciado ello en las pruebas psicológicas practicadas a los niños".

Lima, ocho de junio
de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista en audiencia de la presente fecha la causa número treinta y siete - dos mil diecisiete; producida la votación conforme a ley, de conformidad con el dictamen del Fiscal Supremo se procede a emitir la siguiente sentencia: ----------

I. MATERIA DEL RECURSO: ----------

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante, obrante a fojas trescientos setenta y seis, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número tres de fecha quince de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas trescientos veintiocho, expedida por la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual confirmó la apelada contenida en la resolución número veinte de fecha veinte de octubre de dos mil quince, obrante a fojas doscientos veintinueve que declaró fundada en parte la demanda de Régimen de Visitas a favor de Silvio Mario Mangiante Castañeda respecto a sus menores hijos de iniciales S. S. M. LL. y D. D. M. LL. ----------

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: ----------

Esta Sala Suprema Civil Transitoria mediante resolución de fecha trece de febrero de dos mil diecisiete, declaró la procedencia del recurso de casación de Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante por las siguientes causales: **a) Infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y artículos I, VII y IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil**; dado que en el presente caso, en el proceso en general y en la sentencia recurrida en particular se han infringido las normas antes reseñadas, que no solo tienen el carácter de imperativas sino que han sido diseñadas para garantizar el Derecho a un Debido Proceso y con ello el acceso de los justiciables a una Tutela Judicial Efectiva; se indica al respecto que para otorgarse un Régimen de Visitas el demandante debe acreditar que cumple con su obligación alimentaria o su imposibilidad de cumplir por así exigirlo el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, sin embargo, desde que él hizo abandono del hogar el veinticinco de octubre de dos mil tres ha dejado de abonar el importe que le corresponde por concepto de alimentos a favor de sus menores hijos, habiendo tenido que interponer una demanda de alimentos en su contra, fundamentándose la recurrida, única y exclusivamente en el derecho del demandante a acceder a un Régimen de Visitas, así como a la incuestionable conveniencia de que los menores sean visitados por su padre; soslayando el derecho de los menores a percibir los alimentos, y de la exigencia legal de acreditar este cumplimiento como requisito de procedibilidad para dar inicio a este proceso, afirmándose que el demandante tiene derecho a acreditar que se encuentra imposibilitado de dar cumplimiento a su obligación alimentaria para con sus menores hijos debido a que no tiene trabajo estable pues el sector inmobiliario es irregular, no obstante que el demandante no ha cumplido con acreditar ese extremo y tampoco el *A-quo* ha cumplido con solicitar al

demandante que acredite ese extremo; se señala además que conforme se aprecia en la Pericia Psicológica y Psiquiátrica, aun cuando es necesario que el demandante realice las visitas a sus menores hijos, no menos cierto resulta el hecho incuestionable que tanto el demandante como la demandada no pueden tener contacto directo, debido a la mala relación que existe entre ambos, mala relación reseñada en las pericias antes referidas, siendo contraproducente que se haya establecido que las visitas las realizará el padre de los menores en el domicilio de la recurrente, debiendo rectificarse en este extremo y disponer que sea en el domicilio del demandante o simplemente con externamiento; y, **b) Infracción normativa material del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes**; porque la sentencia ha sido emitida contraviniendo frontalmente el texto expreso de la norma, pues el demandante debía acreditar el cumplimiento de su obligación alimentaria, y excepcionalmente, si se encontrara imposibilitado de dar cumplimiento a su obligación alimentaria, también debió acreditarlo con prueba suficiente. ----------

III. CONSIDERANDO: ----------

PRIMERO.- Habiendo declarado este Supremo Tribunal, la procedencia del recurso de casación, por la causal procesal, resulta pertinente que el examen de la resolución recurrida se efectúe a fin de verificar si el razonamiento efectuado por el órgano de mérito se encuentra dentro de los parámetros regulados por el debido proceso; y, acorde a lo regulado por los artículos 50° inciso 6 del Código Procesal Civil y 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial *los magistrados tienen la obligación de fundamentar los autos y las sentencias bajo sanción de nulidad respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia;* así como el derecho de defensa que le atañe a la impugnante. --------

SEGUNDO.- Antecedentes

2.1. Demanda: Mediante escrito de fojas de veintinueve a treinta y cinco, subsanado a fojas sesenta y nueve a setenta Silvio Mario Mangiante Castañeda interpone demanda con el objeto que se fije el régimen de visitas para visitar a sus menores hijos [redacted] de once años de edad y [redacted], de dos años y ocho meses de edad, a la fecha de interposición de la demanda y que desde el veinticinco de octubre de dos mil trece se encuentra separado de la demandada debido a actitudes violentas contra su persona y de sus propios menores hijos, negándole la demandada visitar a sus hijos en el domicilio que antes compartían, condicionando su visita cuando le entregue cierta cantidad de dinero, lo que es arbitrario e ilegal, acordándose en forma verbal asumir los gastos de sus hijos en forma consensuada, toda vez que no tiene trabajo estable, pues al trabajar en el sector inmobiliario, recibe ingresos de manera irregular. ----------

2.2. Contestación: Mediante escrito de fojas ochenta y cuatro a ochenta y ocho, se apersona al proceso la demandada Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante, contesta la demanda, manifestando que desde el momento que el demandante hizo abandono de hogar ha dejado de cumplir con abonar el importe que le corresponde por concepto de alimentos a favor de sus menores hijos y de la recurrente, encontrándose en la obligación de interponer la demanda de alimentos correspondiente. ----------

2.3. Sentencia de Primera Instancia: Se procedió a emitir sentencia de primera instancia por el Primer Juzgado Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución veinte de fojas doscientos veintinueve, que declaró fundada en parte la demanda de régimen de visitas

interpuesta por Silvio Mario de Mangiante Castañeda contra Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante, indicándose que de la revisión de las pericias psicológica efectuadas a ambos padres; respecto del demandante, concluye que deberá asistir a terapias de orientación psicológicas en cuanto al trato y apoyo que debe entregar a sus menores hijos, reportando su asistencia semestralmente; y, respecto a la madre, deberá asistir a terapia de orientación psicológica, reportándose semestralmente, exhortándose a ambos padres a abstenerse de cualquier hecho violento, separar sus problemas personales y avocarse a sus roles de padres, debiendo considerar el respeto a la integridad moral, psíquica y física y al libre desarrollo y bienestar psicosocial de sus menores hijos, en atención al interés superior del niño. ----------

2.4. Sentencia de Vista: Luego del recurso de apelación presentado por Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante, la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia de vista de fecha quince de julio de dos mil dieciséis confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada en parte la demanda de régimen de visitas interpuesta por Silvio Mario Mangiante Castañeda contra Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante ----------

TERCERO: Pues bien, teniendo en cuenta que el recurso de casación materia de análisis ha sido declarado procedente en razón a infracciones normativas de carácter procesal y material, esta Sala Suprema estima que dada la naturaleza y efectos de los errores procesales, primero se emitirá pronunciamiento por la causal relacionada con ellos, pues resulta evidente que de ser estimada, carecería de objeto pronunciarse sobre la causal material restante, al encontrarse perjudicada la validez de los actos procesales. ----------

CUARTO: Bajo esa línea de pensamiento, debemos indicar que el **artículo 139, inciso 3,** de la Constitución Política del Perú consagra como principio rector de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso; el cual, conforme a la interpretación que reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige fundamentalmente que todo proceso o procedimiento sea desarrollado de tal forma que su tramitación garantice a las personas involucradas en él las condiciones necesarias para defender adecuadamente y dentro de un plazo razonable los derechos u obligaciones sujetos a consideración[1]. ----------

QUINTO.- Uno de los principales componentes del derecho al debido proceso se encuentra constituido por el denominado derecho a la motivación, consagrado por el artículo **139, inciso 5**, de la Carta Política por el cual se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógica y razonablemente, sobre la base de los hechos acreditados en el proceso y el derecho aplicable al caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquellas dentro de la controversia. ----------

SEXTO: Así, este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en el litigio, sino que también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues no debe olvidarse que una razonable motivación de las resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87 "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", párrafo 28.

hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, en ese sentido, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad. Por esta razón, su vigencia específica en los distintos tipos de procesos ha sido desarrollada por diversas normas de carácter legal, como los artículos 50, inciso 6, 121 y 122, inciso 3, del Código Procesal Civil, por los que se exige que la decisión del juzgador cuente con una exposición ordenada y precisa de los hechos, y el derecho que la justifican. ----------

SÉTIMO.- La Tutela Jurisdiccional Efectiva, contemplada en **el artículo I[2] del Título Preliminar del Código Procesal Civil** viene a ser, el derecho que tiene todo sujeto, para acceder a un órgano jurisdiccional a fin de solicitar la protección de una situación jurídica, que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución[3], por lo que la efectividad de la misma, no solo requiere de técnicas y procedimientos adecuados para la tutela de los derechos fundamentales, sino también, de técnicas procesales idóneas para la efectividad de cualquiera de los derechos. ----------

OCTAVO: En otro aspecto, nuestro sistema procesal ha considerado al Juez como un técnico en derecho, es decir como aquella persona que conoce el derecho, independientemente de la calificación que las partes le hayan brindado al mismo, entonces su labor no se limita a resolver el conflicto, sino debe examinar el objeto de la pretensión y los hechos fácticos y fundamentos en los que se sustenta el derecho deseado y en su oportunidad resolver el conflicto aplicando la norma sustantiva que corresponde al derecho de las

---

[2] **Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.-**
Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso

[3] **Priori, Pozada Giovanni.** La Efectiva Tutela Jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso- Revista Jus et veritas. Año XIII

partes en los actos postulatorios. Esta especial condición y/o calificación que se le brinda al juez se deriva del vetusto principio denominado ***iura novit curia***, que significa el juez conoce el derecho y que como sabemos está recogido en nuestro sistema en normas jurídicas como el **Artículo VII[4] del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, en las cuales impone como un límite este aforismo latino: *"que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes"*, lo que implica a su vez que el juez no debe incurrir en incongruencia procesal, principio que se impone como un límite de facultades resolutorias del juez, o sea el ***iura novit curia,*** implica que el juez aplica el derecho al caso concreto, pero sin modificar el objeto de la pretensión, ni los términos de la demanda, porque si esto ocurre obviamente se afectaría el derecho de defensa de las partes y consecuentemente las reglas que rigen el debido proceso en los supuestos en el que el juez puede calificar la demanda de manera distinta a la expresada, pues la parte no es dueña de la calificación jurídica, sino únicamente del objeto de la pretensión y de los hechos y narración de sucesos incorporados al proceso para sustentar el pedido, siendo después de todo un deber del juez calificar correctamente la pretensión procesal aplicando como dice la norma, el derecho que corresponda a la parte aun cuando no haya sido invocada o se haya invocado en forma errada[5], lo cual debe ir en concordancia con lo establecido en el Artículo IX[6] del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

---

[4] **Artículo VII.- Juez y Derecho.-**
El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

[5] **Ledesma, Espinoza Marianella: Juez y Derecho**, Comentarios al Código Procesal Civil, Gaceta Jurídica Tomo I.

[6] **Artículo IX.-Principios de Vinculación y de Formalidad.-**
Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.
Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.

NOVENO.- De lo actuado en el proceso se tiene que la recurrente denuncia que se han infringido las normas procesales antes reseñadas, las cuales garantizan el Derecho a un Debido Proceso y el acceso a la Tutela Judicial Efectiva; se indica que para otorgarse un Régimen de Visitas el demandante debe acreditar que cumple con su obligación alimentaria o su imposibilidad de cumplir por así exigirlo el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes. Al respecto se señala que la sentencia de vista en su considerando noveno establece que *"en lo referido al adeudo de pensiones alimenticias, es del caso resaltar que ello no constituye obstáculo para no permitirle a un padre tener vinculación con sus hijos, en tanto la madre tiene los medios pertinentes para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones, lo que ha sido recogido inclusive por la Corte Suprema de Justicia a través de su doctrina jurisprudencial de ahí que tal agravio no puede ser estimado".* Al respecto, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes señala: ***"Las visitas:*** *Los padres* ***que no ejerzan*** ***la Patria Potestad*** *tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. (…). 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 y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar" (*subrayado y resaltado agregado*)*. Por otro lado, en la Convención sobre los Derechos del Niño-Unicef, los numerales pertinentes de los artículos 9, 18 y 19 disponen lo siguiente: ----------

Artículo 9, numeral 3): Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. ----------

Artículo 18, numeral 1): Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen

obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. **Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. ----------**

Artículo 19, numeral 1) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. ----------

DÉCIMO.- Conforme a lo expresado en dichas normas, respecto al **principio del interés superior del niño y del adolescente**. Debemos indicar que este principio, es reconocido primigeniamente en la **Declaración Universal de los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, estableció en el Principio
2:

> "*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*".

El mismo criterio quedó reiterado y desarrollado en el artículo 3.1 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea

General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, que en su momento dispuso que:

> *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos,* ***una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".*** *(Resaltado agregado)*

En el plano interno y en una línea muy semejante a la legislación supranacional resulta de particular relevancia lo dispuesto en el artículo 4 de nuestra Constitución Política de 1993: "*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono*" y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dejó claramente establecido que: "*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad,* ***se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos****."*

DÉCIMO PRIMERO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, revisada la sentencia de vista materia de casación, al resolver la causa, la Sala Civil Superior ha dejado claramente establecida que ha dado prioridad al interés superior del niño, puesto que, si bien el padre no se encuentra totalmente al día en las pensiones alimentarias, eso no puede impedir que el hijo se relacione con sus padres, toda vez que también requieren ser atendidas las necesidades emocionales de los menores en atención a que el derecho del niño va de la mano a una relación directa que debe mantener con sus progenitores, así como el rol de la provisión de alimentos, tal como lo aprecian las instancias de mérito, como también la

efectiva relación parental, máxime si la sentencia de vista ha apreciado en los Protocolos de Pericia Psicológica Nº 636-14-SJR-EM-PSI[7], practicado al menor [redacted] y en el Protocolo de Pericia Psicológica Nº 637-14-SJR-EM-PSI[8], practicado al menor de edad [redacted], que respecto al padre y a las visitas que realiza, se encuentra integrado al entorno de los hijos, los cuales aceptan la realización de dichas visitas percibiendo interés por parte del padre en ellos, no registrándose ningún tipo de maltrato hacia los menores de edad. Por consiguiente, impedir que se fije un régimen de visitas que mantenga su vinculación y relacionamiento no correspondería al interés superior de los niños, por lo que la sentencia recurrida ha realizado una correcta aplicación de las normas pertinentes, en consecuencia esta causal deviene en infundada. ----------

DÉCIMO SEGUNDO.- Respecto a la **Infracción normativa material del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes**; porque la sentencia ha sido emitida contraviniendo frontalmente el texto expreso de la norma, conforme a lo desarrollado en los párrafos anteriores, se ha demostrado que las instancias de mérito han realizado un correcto análisis y aplicación del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo que no se ha vulnerado el derecho de los menores, toda vez que no se ha vulnerado el **principio del interés superior del niño y el adolescente** y por ende también de la legislación supranacional, esto es, de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, habiéndose ponderado razonablemente el interés superior del niño respecto a las relaciones familiares originadas por la filiación dinámica, puesto que, si bien el deber de todos los jueces es observar el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquier etapa del proceso, empero, ello debe ser atendiendo al principio del interés superior del niño, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena

[7] Fojas 126 a 128
[8] Fojas 129 a 131

efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, hecho que fue valorado en el presente caso, por lo que la infracción deviene en infundada. ----
---

Fundamentos por los cuales; y, en aplicación de lo previsto por el artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante, obrante a fojas trescientos setenta y seis, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista expedida por la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual confirmó la apelada contenida en la resolución número veinte de fecha veinte de octubre de dos mil quince, obrante a fojas doscientos veintinueve que declaró fundada en parte la demanda de Régimen de Visitas; **DISPUSIERON**: la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" bajo responsabilidad; en los seguidos por Silvio Mario Mangiante Castañeda contra Úrsula María Carla Loreta Iraida Llosa Schiantarelli de Mangiante sobre Régimen de Visitas; y los devolvieron. Integra esta Sala el Juez Supremo Señor Calderón Puertas por licencia del Juez Supremo Señor De la Barra Barrera. Ponente Señora Cabello Matamala**,** Jueza Suprema.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

CALDERÓN PUERTAS

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

CÉSPEDES CABALA

2018 / J16 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3023-2017 · Lima

Opinión adolescente e informes multidisciplinarios

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 17 de setiembre de 2018

Localización: Considerandos noveno y décimo; fallo

1. Decisión y alcance

Recurso del padre infundado. Se conserva la tenencia materna decidida en las instancias.

2. Lectura jurídica del caso

La Corte considera que la conclusión está apoyada en los informes, las declaraciones y la identificación de la adolescente con su progenitora. La opinión no aparece como único elemento aislado: se integra en una base probatoria que la sentencia estima suficiente para aplicar el interés superior.

3. Aplicación y contraste

El contraste con la Casación 1303-2016 es útil: escuchar al hijo no asegura por sí solo motivación suficiente. Hay que mostrar cómo su expresión dialoga con los informes y con las condiciones de cuidado. Una conclusión judicial puede mantenerse o anularse según la calidad de esa integración.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 196-197, proporciona el punto de partida doctrinal sobre voz del hijo y determinación del cuidado.

5. Límites de utilización

La primera página identifica a la Sala Civil Transitoria y fecha 17 de setiembre de 2018. Las disposiciones de los artículos 81 y 84 transcritas son históricas, anteriores a la Ley 31590.

Doctrina: D1. Referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:CACERES PRADO Alvaro Efrain FAU 20159981216 soft
Fecha: 19/12/2018 12:35:27,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚB
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Sumilla: Que, el órgano de mérito, en el presente caso, ha cumplido con aplicar normas materiales relativas al Principio del Interés Superior del niño y adolescente. Así se aplicó debidamente el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente"; asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone: "(…) 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 el que 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 (…)".

Lima, diecisiete de setiembre
de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista en audiencia en la presente fecha la causa número tres mil veintitrés - dos mil diecisiete; producida la votación conforme a ley, y de conformidad con el dictamen del Fiscal Supremo procede a emitir la siguiente sentencia: ----------

I. MATERIA DEL RECURSO: ----------

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado **Ángel Antonio Cornejo Rodríguez,** contra la sentencia de vista contenida en la resolución número siete de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la resolución apelada que declaró infundada la demanda y

reformando la misma la declaró fundada. ----------

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: ----------

Esta Sala Suprema Civil Transitoria mediante resolución de fecha **quince de agosto de dos mil diecisiete** declaró la procedencia del recurso de casación por las siguientes causales: **Infracción normativa de los artículos I y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil y por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes;** sostiene que se afecta su derecho al no tomar en cuenta que dicha norma, prevé que la tenencia de un menor se determinará de común acuerdo con ellos, y de no existir acuerdo o si este resultare perjudicial para el ser humano en etapa de desarrollo se resolverá dictando las medidas necesarias para su cumplimiento pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño. Es decir, la Sala Superior, efectúa una indebida apreciación de los medios probatorios, como la primera pericia psicológica practicada a la menor para amparar la demanda; y, si bien actuó la segunda pericia, cierto es que inobservan que la misma demuestra la fuerte influencia que la madre tendría sobre la menor. Afirma también que de los informes sociales se advierte que la casa donde habita la actora, no cuenta con las condiciones más favorables. ----------

III. <u>CONSIDERANDO</u>: ----------

<u>PRIMERO</u>: Debemos indicar que la "casación" es un recurso impugnativo extraordinario cuya finalidad es la adecuada aplicación del derecho objetivo al

caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia[1], conforme lo previsto por el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364[2]; por tanto, resulta importante además destacar que el recurso de casación no tiene por finalidad el reexamen del proceso, como tampoco la revaloración de los medios probatorios. En resumen los fines de la casación, según se desprende del artículo procesal citado, es la nomofilaquia[3], la predictibilidad[4], la dikelogia[5], y la hermenéutica jurídica[6]. ----------

SEGUNDO: Habiéndose admitido a trámite el recurso de casación por causales de orden procesal corresponde revisar dichas causales relacionadas con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debida previstas en los artículos I y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. ----------
---

[1] Asi la jurisprudencia, en la actualidad se ha convertido en el instrumento, no de la ley, sino de la justicia, que supera a la ley. El trabajo de un Magistrado es como el de un labrador; "no es suficiente con dejar caer las semillas, sino que ello debe ser cultivado y según sea el cultivo; el árbol y el fruto mostrarán su grandeza". Francesco Carnelluti. (1959). "*Como nace el Derecho*". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

[2] Código Procesal Civil
Articulo 384.- Fines de la casación.-
(2) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, cuyo texto es el siguiente: "Articulo 384.- Fines de la casación: El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia".

[3] La nomofilaquia apunta a uno de los fines de la casación, y proviene de la obra de Calamandrei. Alude a la finalidad de mantener la regularidad en la aplicación correcta de las normas, al margen de la justa decisión del caso. "Nomo" es un sufijo griego que significa Gobierno, regla o ley (por ejemplo: autónomo), y "filo" o fila" amor o afirmación (en nuestro caso, apego incondicional a la norma). http://www.legalmania.com/rincon_envidia/uzos8.htm.

[4] La predictibilidad, es una situación de confianza, o conciencia bastante certera respecto de un resultado final, basado en la información veraz, completa y confiable de un precedente, decisión o actuación previa brindada por el Órgano Jurisdiccional o Administrativo.

[5] Es el análisis de la justicia. "Dikelogia", es un nombre empleado ya por Althusius, que redactó, en 1617, una obra denominada **Dicaelógica.** En el fondo hallamos ya la dikelogia, p. ej., en la Politeia y en los **Nomoide** Platón. (...) La Dikelogia pertenece como la ética, a la axiología. Goldschimit, Werner. "*La Ciencia de la Justicia"* .Aguilar Madrid, 1958. Pág. 10.

[6] La palabra hermenéutica derivada del vocablo griego "Hermeneuo", aludía al griego Hermes que clarificaba ante los humanos los mensajes de la divinidad, oficiando de mediador. Todo mensaje requiere ser interpretado, y entre ellos los mandatos contenidos en las normas jurídicas: pero no es fácil lograr una correcta interpretación si no se cuentan con reglas precisas y claras, metódicas y sistemáticamente establecidas. De ello se ocupa la hermenéutica jurídica, que establece los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las disposiciones normativas. La hermenéutica brinda herramientas, guías, que van a auxiliar al juzgador para hacer su tarea de la forma más equitativa posible.

TERCERO: Teniendo en cuenta que se admitió a trámite el recurso de casación por la causal de Infracción normativa por vulneración al derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva contenida en los artículos I y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y estando a que uno de los argumentos principales es que se efectúa una indebida apreciación de los medios probatorios, como la primera pericia psicológica practicada a la menor para amparar la demanda; y, si bien actuó la segunda pericia, cierto es que inobservan que la misma demuestra la fuerte influencia que la madre tendría sobre la menor. ----------

CUARTO: En primer término, debemos indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso". A su vez el artículo III del mismo cuerpo normativo señala: “El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”. ----------
---

QUINTO: El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que toda persona sea parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas; no agotándose dicho derecho en la garantía del acceso a la justicia, sino que faculta a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas. La tutela judicial efectiva garantiza que

bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia[7]. En ese sentido, se conculca dicho derecho cuando el justiciable no obtiene una decisión sobre el fondo de sus pretensiones, lo cual no implica que dichas pretensiones no puedan ser desestimadas, pero ello debe darse mediando una resolución razonada y fundada en derecho. ----------

SEXTO: De los actuados se advierte que la sentencia de vista ha considerado

que la tenencia debe ser concedida a la progenitora tanto por la identificación plena que la menor de edad ha sostenido y mantiene con la madre, es decir el mayor tiempo que ha vivido con ella, así como por no haberse demostrado factores negativos o de riesgo en su caso, que agregado a ello, se debe tener en cuenta la opinión de la hoy adolescente hija de las partes, quien se encuentra identificada plenamente con su progenitora, tal como ella lo detalla en la entrevista. En consecuencia, la causal ha sido resuelta en virtud al Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); a la prueba; a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; por lo que la infracción procesal denunciada debe desestimarse. ----------

SÉPTIMO: Que, respecto a la **infracción Normativa del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes;** el casacionista sostiene resumidamente que se afecta su derecho al no tomar en cuenta que dicha norma, prevé que la tenencia de un menor se determinará de común acuerdo con ellos, y de no existir acuerdo o si este resultare perjudicial para el ser humano en etapa de desarrollo se resolverá dictando las medidas necesarias para su cumplimiento pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño; emergiendo así

[7] Ledesma, Marianella. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 27-28.

un problema de relevancia relativo a la inaplicación de una norma de derecho material. ----------

OCTAVO: En este sentido, se hace necesario precisar que según la Doctrina conforme lo señalado *ut supra,* la infracción de una norma de derecho material se expresa bajo tres maneras: 1) **Por falta de aplicación**; 2) Por indebida aplicación; y 3) Por interpretación errónea. La primera, se da cuando la norma legal, siendo clara y aplicable al caso, no es aplicada por el órgano jurisdiccional en su totalidad o parcialmente. La segunda, tiene lugar cuando la norma legal es clara, pero su aplicación indebida ocurre por uno de estos motivos: i) Se aplica a un hecho debidamente probado pero no regulado por esa norma; ii) se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndole producir los efectos contemplados en tal norma, en su totalidad, cuando apenas es pertinente su aplicación parcial; iii) se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciéndose derechos u obligaciones que no se consagran en ella. Finalmente, la tercera, tiene lugar cuando el tribunal reconoce la existencia y la validez de la norma pertinente al caso, pero realiza una interpretación distinta al aplicarla, otorgándole un sentido y alcance que no tiene.--

NOVENO: Respecto al examen del cumplimiento de la norma atinente antes mencionada debe indicarse, que la instancia de mérito ha aplicado como premisa normativa el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el

interés superior del niño, niña o adolescente", la cual ha tenido sustento con la premisa fáctica que se indicó de los medios de prueba ofrecidos por las partes, como de los informes multidisciplinarios acopiados, al igual que las declaraciones recibidas, siendo de relevante interés para el caso los informes psicológicos acompañados; así, de las pericias psicológicas realizadas a la ahora adolescente, que junto con todo ello, se debe tener en cuenta la opinión de la hoy adolescente hija de las partes, quien se encuentra identificada plenamente con su progenitora; y como correlato a esas premisas, la instancia de mérito llega a la conclusión que la menor debe quedarse con su madre. ----------

DÉCIMO: De los argumentos expuestos, es claro el tamiz resolutorio de la instancia de mérito, pues estos tienen su sustento en la función tuitiva que se le otorga a los jueces en virtud del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que describe el Principio del Interés Superior del niño y del adolescente el cual precisa que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás Instituciones así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Por tanto, el recurso de casación en examen debe ser desestimado. ----

Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado **Ángel Antonio Cornejo Rodríguez** contra la sentencia de vista contenida en la resolución número siete de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente

resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabilidad; en los seguidos por Amparo Egoavil Wong contra Ángel Antonio Cornejo Rodríguez, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA

2019 / J17 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 04937-2014-PHC/TC · Junín

Familia extensa e institucionalización

Tribunal Constitucional · 15 de enero de 2019

Localización: Fundamentos sobre entorno familiar y parte resolutiva; votos adjuntos

1. Decisión y alcance

Demanda fundada. Se dejan sin efecto las decisiones administrativas cuestionadas y se dispone que la niña permanezca con sus abuelos maternos, con apoyo psicológico y demás medidas del fallo.

2. Lectura jurídica del caso

La controversia enfrenta el cuidado familiar existente con una decisión de institucionalización. La protección del niño exige examinar la necesidad de separarlo de su entorno y la suficiencia de las razones ofrecidas. No basta considerar una medida administrativa como protectora por su denominación: sus efectos sobre los vínculos y las alternativas disponibles deben justificarse.

3. Aplicación y contraste

El caso sirve para exigir una evaluación concreta de la familia extensa y de los apoyos que permiten conservar un entorno seguro. Los votos incluidos deben leerse separadamente: explican discrepancias sobre competencia y alcance, sin modificar por sí solos la decisión mayoritaria.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, ofrece el marco histórico de la relación entre protección familiar y justicia constitucional; no comenta esta sentencia posterior al periodo principal de su estudio.

5. Límites de utilización

No establece una prioridad automática de abuelos sobre progenitores. Su objeto inmediato es la intervención administrativa en este caso, no un proceso ordinario universal de tenencia.

Doctrina del caso: referencias completas en la bibliografía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC
JUNÍN
N. I. B. P., REPRESENTADA POR ANGÉLICA REYNOSO ALVIÑO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de enero de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del exmagistrado Urviola Hani por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública; con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en la sesión de Pleno del día 19 de enero de 2017 y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada que se agrega. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Angélica Reynoso Alviño a favor de la menor de edad de iniciales N. I. B. P. contra la resolución de fojas 510, de fecha 13 de agosto de 2014, expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de julio de 2014, doña Angélica Reynoso Alviño interpuso demanda de *habeas corpus* a favor de su nieta N. I. B. P. y la dirigió contra la directora de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín, Huancayo, doña Zina Yrene Romero Chávez. Solicita que se disponga la libertad de la menor favorecida y le sea entregada a la recurrente, toda vez que se encuentra indebidamente retenida en el albergue del distrito de Jauja desde el 1 de julio de 2014, por disposición de la emplazada y por presunto abandono moral.

Refiere que se hizo cargo de la menor desde que nació y le brindó alimentos, vestido, vivienda, educación y asistencia médica; que en febrero de 2014 vino la madre de la menor (hija de la recurrente) y con ella acordaron que la favorecida viviría alternativamente con una y otra; y que, posteriormente, la Quinta Fiscalía de Familia le entregó a la menor, por cuanto habría sufrido violencia sexual por parte de la pareja de su madre (padrastro), quien a la fecha de los hechos se encontraba internado en el penal para la investigación correspondiente.

Alega que el 1 de julio de 2014, por disposición de la directora emplazada y con auxilio de la policía, la fiscalía extrajo a la favorecida de su escuela, agrediendo a su madre y arguyendo un presunto estado de abandono moral en el cual nunca estuvo la menor, pues asistía normalmente a sus clases y obtenía calificaciones satisfactorias. Precisa que la institución emplazada viene dañando a la menor, ya que, debido a su accionar, no estudia y se encuentra aislada de su familia.

Realizada la investigación sumaria, la demandante señala que la favorecida ha sido arrebatada de la mano de su madre cuando se encontraba en el salón de clases de la

escuela con la finalidad de ser llevada a la aldea El Rosario y, posteriormente, a la aldea de Jauja, donde no permiten verla. Alega que la fiscal le dijo que a ella le daría la tenencia de la menor.

De otro lado, la directora de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín señala que, ante el riesgo inminente en el que se encontraba la menor por la presunta violación sexual dentro del seno familiar y, además, por ser víctima de violencia psicológica al verse obligada por su madre y sus tías a retractarse de su manifestación contra su padrastro, la Quinta Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Huancayo envió un oficio a efectos de que se abra una investigación tutelar a su favor. Añade que la Fiscalía intervino y extrajo a la menor de la Institución Educativa N.° 30059 Rosa de América con base en la resolución administrativa sobre medida de protección provisional que su dirección había emitido. Agrega que la directora del albergue de Jauja, donde a la fecha se encuentra la menor, ha comunicado que la niña recibe visitas.

Por otra parte, al interior del Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes, ubicado en el distrito y provincia de Jauja, se tomó la manifestación referencial de la menor favorecida, entonces de 11 años de edad, quien señala que al momento de ser intervenida la fiscal le dijo que iba ser llevada a un lugar donde estaría protegida, por lo que fue llevada con dirección al albergue El Rosario y luego al albergue donde ahora se encuentra. Refiere que desde muy pequeña vivía con su abuela materna y desde el 8 de febrero de 2014 vivía con su madre, con quien no quiere estar porque la llevó a la fuerza a vivir con ella. Agrega que quiere vivir con su abuelita, quien la cuida y es responsable, ya que está acostumbrada a estar en su compañía.

A su turno, la directora del Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes, doña Celinda Rocío Salas Huánuco, señaló que la menor ingresó al albergue en horas de la noche del 1 de julio de 2014, a causa de un oficio que adjuntaba la Resolución Administrativa 110-1014, expedida por la Unidad de Investigación Tutelar. Precisa que para su ingreso al albergue se han solicitado los informes psicológico y social, y que vía telefónica se solicitó el cupo indicando que era un caso de agresión sexual, por lo que era necesario que la niña sea separada de su familia, quienes venían manipulando la versión de la menor. Agrega que comunicó que se debían buscar redes familiares para ser reinsertada en su familia; que la niña no estudia, por cuanto existe riesgo de fuga, ya que los centros educativos están fuera del lugar; y que se exige que se agilice el proceso de reinserción familiar.

Con fecha 16 de julio de 2014, el Segundo Juzgado Penal de Huancayo declaró fundada la demanda y ordenó el externamiento y entrega de la menor a su abuela por estimar que la demandante presenta vínculos afectivos estrechos con su nieta y debe continuar con su cuidado. Agrega que la recurrente hizo desarrollar a la menor favorecida

desde pequeña, y esta tuvo calificaciones y asistencia regulares en la escuela hasta el mes de julio de 2014, cuando deja de estudiar por motivo de su internamiento en el albergue.

Con fecha 13 de mayo de 2014, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín revocó la resolución apelada y declaró improcedente la demanda por considerar que para el caso de autos existen vías procedimentales igualmente satisfactorias, como es la vía de tutela y tenencia de menor. Señala que el juez constitucional habría determinado quién es la persona que tiene mejor derecho para ejercer la patria potestad de la menor, pese a que existe la necesidad de que el conflicto de tenencia sea resuelto por el órgano jurisdiccional en la vía idónea.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que en esta sede constitucional se ordene que la menor favorecida sea entregada a doña Angélica Reynoso Alviño (su abuela). Al respecto, se aprecia que dicha pretensión implica dejar sin efecto tanto la Resolución Administrativa 053-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014 (de fojas 73), como la Resolución Administrativa 110-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNÍN, de fecha 1 de julio de 2014 (de fojas 17), a través de la cuales la Unidad de Investigación Tutelar de Junín dispuso y ejecutó, respectivamente, la medida de protección provisional de atención integral a favor de la menor beneficiaria N. I. B. P. en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes; así como dejar sin efecto todos los actuados administrativos, fiscales y judiciales que habrían derivado de las citadas resoluciones administrativas.

Consideración previa

2. De la tramitación del presente *habeas corpus* se aprecia que el Segundo Juzgado Penal de Huancayo, mediante resolución de fecha 16 de julio de 2014, ordenó el externamiento y entrega de la menor a la recurrente (su abuela). Se aprecia, asimismo, que al 4 de agosto de 2014 la referida medida ordenada por el mencionado órgano judicial continuaba vigente, conforme se advierte de la copia certificada del Acta de Constatación de Tenencia de la beneficiaria N. I. B. P. levantada por la juez de paz letrado de Pucará, en la cual se deja constancia de que la menor favorecida se encuentra en el domicilio y bajo la tenencia de la demandante Angélica Reynoso Alviño (fojas 525).

3. No obstante haberse cumplido con el mandato dispuesto en la sentencia de primera instancia y haber retornado la niña al cuidado de su abuela— lo que, entre otros documentos, es corroborado con las muestras fotográficas acompañadas al recurso de agravio constitucional que obran de fojas 526 a 532 del expediente, en las que aparece la menor bajo el cuidado de su abuela— corresponde en última y definitiva instancia emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia con el fin de determinar si el accionar de la parte emplazada ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor favorecida.

4. Al respecto, cabe recordar que, en tanto los derechos de los menores se encuentren sometidos a una controversia constitucional, toca a la justicia constitucional compatibilizarlos con el interés superior del niño como vértice de su interpretación (cfr. Sentencia 02079-2009-PHC/TC). Tal justicia, que por su naturaleza es tuitiva, finalista y antiformalista, resulta competente para dilucidar controversias relacionadas con menores de edad cuando se vean afectados o amenazados sus derechos fundamentales. Por lo tanto, la vía del habeas corpus resulta ser una vía idónea en el presente caso.

5. Ya ha establecido además este Tribunal como doctrina jurisprudencial que el principio del interés superior del niño comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes que necesitan especial cuidado y tienen prelación de sus intereses frente al Estado (cfr. Sentencia 4058 2012-PA/TC).

6. La sentencia de segunda instancia, que ha declarado improcedente la demanda, se aparta de esta directriz al considerar que para el caso de autos existen vías procedimentales igualmente satisfactorias, como la vía de tutela y tenencia de menor. Este Colegiado discrepa de esta postura pues no existe la necesidad ni la obligación de que el conflicto sea resuelto por la judicatura ordinaria en tanto y en cuanto se vea afectado el interés superior del niño por actuaciones que se imputan como arbitrarias, siendo el presente proceso la vía adecuada para resolver la discusión, máxime si el artículo 5, numeral 2, del Código Procesal Constitucional, señala que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, "salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus."; excepción que no ha sido tomada en cuenta por la segunda instancia.

Análisis del caso

7. En la presente causa se cuestiona que mediante diversos actos se habrían vulnerado los derechos fundamentales de la menor favorecida, que en la época de los hechos contaba con solo 11 años de edad. La presencia de una menor plantea que el análisis de los actos que se cuestionan deba realizarse teniendo en consideración las exigencias que se derivan del artículo 4 de la Constitución, que ordena tanto al Estado como a la comunidad una "protección especial" o lo que es lo mismo, preferente del niño.

8. Ya ha sostenido este Colegiado, que la protección especial que la Constitución asegura a los menores plantea una serie de exigencias a todos los poderes públicos, en especial cada vez que tengan que decidir sobre cuestiones que puedan afectarlos directa o indirectamente. Estas cargas se materializan en la obligación de guardar particular celo en que dichas medidas sean adoptadas teniendo en consideración el interés superior del niño.

El interés superior del niño

9. En la Sentencia 02132-2008-PA/TC, este Tribunal declaró que era implícito a este deber especial de protección del menor previsto constitucionalmente, el principio de protección del interés superior de los niños, que se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa 25278, cuyo artículo 3 establece expresamente:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

10. El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, debiéndose considerar sus alcances cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios; deber que comprende a toda institución privada o pública. Además, exige de todos ellos una actuación "garantista", de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor se adopte considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos (cfr. Sentencia 01665-2014-HC/TC).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El interés superior del niño al decidirse sobre el desarrollo de su personalidad

11. La actuación garantista de los involucrados tiene lugar y, muy especialmente, cuando se trata de decidir sobre el ambiente en que se desarrollará el niño que, por circunstancias excepcionales, tenga que ser alejado de sus padres. Estos casos demandan una atención especial y prioritaria en la elección sobre el cuidado del menor, atención que debe estar siempre dirigida a que el niño crezca con afecto, comprensión y felicidad, y en un ambiente de seguridad y responsabilidad, que sea adecuado para su desenvolvimiento y el desarrollo de su personalidad. Tal es la postura que asume nuestra normativa y jurisprudencia, que es concordante con diversos instrumentos internacionales.

12. Sobre el particular, la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959 señala como un sexto principio fundamental lo siguiente:

> El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material [...]

13. Por su parte, la antes referida Convención sobre los Derechos del Niño, reconociendo el derecho del niño a vivir en un ambiente familiar adecuado, acota en su preámbulo lo siguiente:

> [...] el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión [...]

14. Dicho instrumento internacional contempla también el ya referido principio del interés superior del niño en su artículo 3, que estipula lo siguiente:

> Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño* [...]

15. A nivel interno, y en correlación con la especial protección del niño prevista en el precitado artículo 4 de la Constitución, el artículo 11 del Código de los Niños y Adolescentes enuncia:

> En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales,

> Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos [...]

16. Por lo demás, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente reposa en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas en desarrollo (cfr. Sentencia 02079-2009-PHC/TC); etapa en la que es fundamental el cobijo de una familia estable y segura, que otorgue un ambiente de tranquilidad y felicidad.

17. De otro lado, este Tribunal se ha pronunciado sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, consagrados en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú. Asimismo, ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, salvo que en el caso en concreto no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar (cfr. Sentencia 07326-2013-PHC/TC).

18. Tal es el caso de la menor favorecida, quien, debido a un entorno familiar que no brindaba las garantías del caso, y, por lo tanto, era inadecuado para su seguridad y crecimiento, fue apartada de su progenitora y de la nueva familia que esta había constituido.

19. Sin embargo, esta decisión, que es de *ultima ratio*, encuentra una justificación en la medida en que se tome sin entorpecer el crecimiento de la menor ni suprimir sus vínculos emocionales o afectivos, necesarios para su desarrollo integral. En tal sentido, el alcance del escrutinio de las medidas adoptadas por la parte emplazada debe hacerse a la luz del interés superior del niño, que implica en puridad un accionar respetuoso de los principios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, que informan en todo momento el accionar de la Administración Pública.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el accionar de la Administración Pública

20. Ciertamente, la protección especial del menor implica mirar siempre las cosas desde un punto de vista constitucional. Conlleva, por tanto, reconocer y cumplir los valores, principios y garantías que parten desde la Constitución y vinculan a todo el ordenamiento jurídico y evitar, en la medida de lo posible, el desamparo del menor de edad, su abandono moral, la afectación de su dignidad, de su derecho a

vivir en un ambiente afectivo adecuado, a tener una familia o de otros derechos fundamentales que coadyuvan a su desenvolvimiento.

21. En ese orden de ideas, las autoridades públicas se encuentran obligadas a actuar en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; elementos que deben aplicarse en todos los casos sin excepción ni condicionamiento alguno, como requisitos indispensables para la validez constitucional de las decisiones que se adopten, pues ignorarlos habilita que la decisión o decisiones sean revisadas y finalmente corregidas por el Tribunal Constitucional, pues, medidas irrazonables y desproporcionadas siempre generan la competencia para resolver de este órgano constitucional.

22. Según el principio de razonabilidad, las decisiones de los órganos del Estado deben tener por base la justicia y el sentido común. Para ello tiene que haber una correspondencia entre los actos del sujeto de derecho de que se trate y la decisión que tome quien decide sobre tal conducta. La razonabilidad es tanto más exigible en las decisiones de la autoridad que de una u otra manera restringen derechos o aplican sanciones como ya lo ha advertido este Tribunal:

> Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos [...] (cfr. Sentencia 0006-2003-AI/TC, fundamento 9).

23. Por su parte, el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho en un estado de excepción, pues, como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (cfr. Sentencia 0010-2002-AI/TC).

24. Por lo demás, el principio de proporcionalidad es un elemento indispensable del Estado Constitucional, en tanto permite determinar el grado o nivel de afectación de un derecho fundamental y, por tanto, excluir aquellas que resultan injustificadas por excesivas.

25. En el presente caso y frente al escenario producido, el haber actuado sin tener en cuenta el interés superior de la menor en lo concerniente a su desarrollo integral configuraría un accionar reñido completamente con los principios citados y, por

consiguiente, con los postulados constitucionales. En suma, contrario al imperativo constitucional de tener como premisa de acción el interés superior del niño al momento de decidir sobre su futuro.

Los hechos relevantes del presente caso

26. De autos se aprecia lo siguiente:

- El día 3 de abril de 2014, doña Reyna María Girón Salazar, profesora de la Institución Educativa Rosa de América, denunció que la menor N. I. B. P., favorecida en este proceso, habría sido víctima de violación sexual por parte de Pedro Cóndor Caraczuma, nueva pareja de su madre. Refiere que la profesora Berta Sánchez Sullca, asesora del aula, se acercó a su oficina comunicándole que la niña agraviada estaba llorando y manifestó que había sido víctima de agresión sexual.

- Mediante Resolución Administrativa de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín N. 053-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014 (fojas 73), la Dirección de Investigación Tutelar de Junín dispuso abrir investigación tutelar a favor de la niña N. I. B. P., por presunto estado de abandono moral y material, y tomó como medida de protección provisional la atención integral en un centro de atención residencial, el que se designará una vez sea ubicada la niña tutelada y puesta a disposición de dicha unidad, y suspender la ejecución de la medida de protección provisional hasta que la niña fuera puesta a disposición física de dicha unidad.

- Mediante Resolución Administrativa de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín N.° 110-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 1 de julio de 2014 (fojas 22), la Dirección de Investigación Tutelar de Junín dispuso ejecutar la precitada Resolución Administrativa N.° 053-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014; y tomó como medida de protección provisional de la niña la atención integral en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen Lourdes, del distrito y provincia de Jauja, hasta resolver su situación, y designar a la abogada Gina Analí Quispe Solange, a la trabajadora social Deyssi Gaspar Ñaña y al psicólogo Yuri Manuel Torres Gutiérrez como los profesionales responsables de conducir físicamente a la adolescente tutelada al Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes del distrito y provincia de Jauja.

- En ejecución de dicho mandato, el día 2 de julio de 2014 irrumpieron abruptamente en el colegio de la menor favorecida, ubicado en la ciudad de

- Huancayo, con la finalidad de trasladarla a un albergue de menores de dicha ciudad para posteriormente trasladarla a la ciudad de Jauja. A fojas 19, la propia menor relata así los hechos:

> […] el día dos de julio me encontraba estudiando en mi escuela Rosa de América, cuando estaba en mi salón de clases de comunicación, el director me hizo bajar de mi salón de clases habiéndome mandado a llamar con el portero de la escuela y una señorita estaba en la Sub Dirección luego vino mi profesor y llamó a mi mamá de nombre Elizabeth Paucar chuco, luego vino mi mamá y me dice una señorita que se identificó como fiscal, me dijo te voy a llevar a un lugar donde vas a estar protegida, yo no quería la profesora le llamó a mi mamá y la fiscal le estaba jalando de mis brazos (sic) para que me lleve, y m(e) subieron en el auto y me llevaron al albergue El Rosario, luego me estaban haciendo preguntas la señorita de quien no recuerdo su nombre y como no quería responder la señorita me llevó a un doctor, luego el doctor me dijo bájate el buzo para ver si estas maltratada y luego me dijo estas bien y me regresaron al albergue Rosario y cuando llegó la noche me trajeron aquí […]

- La niña fue internada a las diez de la noche en el albergue denominado Centro de Atención Residencial Transitorio Virgen de Lourdes, ubicado en la ciudad de Jauja, a cargo de la directora Celinda Rocío Salas Huánuco (fojas 31), quien el ante el *a quo* declaró lo siguiente:

> […] durante estos días la niña ha estado tranquila se le ha (d)ado las necesidades básica (sic), se le ha explicado las normas para que este tranquila, pero si los dos primeros días se ponía triste y le caía las lágrimas, refería que extrañaba mucho a su abuelita y que quisiera vivir con ella saliendo de acá […]

- Actualmente, la menor N.I.B.P se encuentra bajo las atenciones de su abuela en virtud de la ejecución inmediata del mandato contenido en la sentencia de primera instancia, su fecha 16 de julio de 2014, emitida por el Segundo Juzgado Penal de Huancayo; mandato que ordenó el externamiento y entrega de la menor a su abuela por estimar que la demandante presenta vínculos afectivos estrechos con su nieta y debe continuar con su cuidado.

27. Descritos estos hechos, corresponde pronunciarnos a continuación sobre la acreditación de los vínculos afectivos entre la menor favorecida y su abuela materna.

El vínculo afectivo entre la menor N. I. B. P. y su abuela

28. Según se desprende de los actuados, la menor favorecida ha sido asistida por su abuela materna desde su nacimiento, quien le brindó todos los cuidados y atenciones hasta que cumplió los 11 años de edad, pues, luego de cumplir esa edad, madre y abuela de la niña llegaron a un acuerdo para que esta viviera con la primera, su

padrastro y sus hermanas. Empero, a pesar del alejamiento entre la abuela y su menor nieta, dicho factor no hizo que se perdieran los vínculos afectivos entre ambas, y existe en el expediente abundante prueba documentaria que acredita el fuerte lazo emocional que las une.

29. Así, a fojas 14 del expediente aparece la declaración de la propia menor que, ante las preguntas formuladas por el *a quo* para que diga con quién vivía hasta antes que la trasladen al albergue y si acudía a su centro de estudios, contestó:

> […] antes que me trasladen a este albergue yo vivía con mi mamá desde el ocho de febrero de este año y antes de esa fecha vivía con mi abuelita desde que era muy pequeña, además refiere que no quería vivir con su mamá por que yo estaba acostumbrada a vivir con mi abuelita, y mi mamá es quien me llevo a vivir a la fuerza, YO QUIERO ir a vivir con mi abuelita por que desde chiquita estoy acostumbrada a vivir con ella y que ella es responsable con migo y me cuida (sic) […] no estoy llendo a estudiar (sic) […]

30. A fojas 18 obra el Informe Psicológico N.° 170-2014-MIMP-DGNNA-UIT-JUNIN, en el que la menor manifiesta querer vivir con su abuelita Angélica Reynoso porque siempre estuvo al lado de ella y la quiere mucho. Asimismo, el resultado de la evaluación concluye lo siguiente:

> […] Presenta características de introversión, se muestra reservada ante personas desconocidas, dependencia emocional, deseo de complacer a los demás, sentimientos hostiles hacia la figura materna, se identifica afectivamente con su abuela materna […]

31. A fojas 20, obra el Informe Social N.° 114-2014-MIMP-DGNNA-UIT-DGÑ, de fecha 1 de julio de 2014, en el que se señala:

> […] La niña manifiesta querer vivir con su abuelita porque ella la trata bien y ya se acostumbró con ella y su mama le prometió que si su tío (padrastro) sale de la cárcel […] se iría a vivir con su abuelita y si hasta ahora no se ha ido a vivir con su abuelita es porque su mama le dijo que tenía que ayudarle en la vidriería, en el cuidado de sus hermanitos y también tiene que ayudarle a que tu tío (padrastro) salga de la cárcel […]

32. A fojas 28, consta la declaración indagatoria de doña Angélica Reynoso Alviño, abuela materna de la menor y recurrente de este proceso, en la cual manifiesta que la menor vivió con ella desde su nacimiento, pues su hija se encontraba enferma. Refiere, además, que ante el pedido de su hija de que viva con ella, su nieta le manifestó que no quería irse de su lado. Sin embargo, accediendo a dicha solicitud, permitió que la menor viva con su madre de lunes a jueves y con ella los fines de semana. Agrega en su declaración:

> […] no me quieren entregar a mi niña, ya que ella del salón le han arrebatado cuando estaba estudiando en el Rosa de América, le han arrebatado de su mano a mi hija, porque ella había ido a la escuela porque le habían llamado, de allí le han doblado su mano y se han llevado a mi nieta a la Aldea el Rosario, al siguiente día yo he ido a reclamar y ya no estaba mi niña, la habían pasado a las diez de la noche para la Aldea de Jauja, de allí no me dejan ver, tanta exigencia y lágrimas me ha hecho pasar una señora al ver su ropita, de allí ahora ya no sé nada, yo quiero que mi niña vuelva a mi lado porque ella nunca ha estado abandonada […] Yo he ido dos veces, porque no quieren dejarme entrar, incluso les he rogado. […] yo necesito a mi criatura para que estudia (sic), ya que desde el primero de este mes no estudia, y mi niña llora mucho, a las cuatro de la mañana le levantan para que lave en el frío, me ha referido que no quiere estar allí, o me escapo, yo le he dicho que voy a hacer lo posible para sacarte […]

33. A fojas 103, aparece la entrevista única a la menor de iniciales N. I. B. P, en la que respondió, entre otras interrogantes, las siguientes:

> […] ¿Actualmente con quien te encuentras viviendo y si estás estudiando? (…) con mi Mamá Elizabeth Lucinda Paucarchuco Reynoso (…) yo le dije yo quiero estar con mi abuelita y ella insistió en que me fuera con ella, y para que mi Mamá no se pelee con mi abuelita decidí hacerle caso a mi Mamá e irme a su casa en Pucara (…) ¿Cómo te sientes de estar viviendo con tu Mamá Sra. Elizabeth Lucinda Paucarchuco Reynoso (28)? (…) yo no estoy tranquila porque quiero vivir con mi abuelita (…) ¿Con quién te gustaría vivir? Con mi abuelita Angélica Reynoso Albino, porque ella es muy tranquila en mi casa […]

34. A fojas 129, obra la declaración de la madre de la menor, Elizabeth Lucinda Paucarchuco Reynoso, en la que reconoce los fuertes lazos entre abuela y nieta, y manifiesta lo siguiente:

> [H]icimos un documento con el Abogado de mi Mamá por medio del cual mi Madre me hacía entrega de mi hija, a fines de abril no recordando la fecha exacta, preciso que mi madre no estaba de acuerdo porque quería que mi hija se quede con ella, pero ante mi insistencia cedió y me la entregó (…) Mi hija (…) se sintió un poco incómoda y triste no quería irse conmigo (…) no respondió y se puso a llorar […]

35. De fojas 526 a 532 obran las fotografías acompañadas al escrito que contiene el recurso de agravio constitucional, en las que, entre otros aspectos, se aprecia a la menor en la habitación que le han proporcionado sus abuelos maternos y la menor bajo el cuidado de su abuela. Asimismo, en cuanto a los ingresos económicos de dichas personas, a fojas 118 del expediente se consigna la declaración del abuelo de la menor, Serafín Hurpiano Paucarchuco López, en la que indica que tanto él como la abuela trabajan y tienen la capacidad económica y moral para solventar los estudios de su nieta, su vestido, educación y salud.

36. A juicio de este Tribunal, es claro que los lazos afectivos entre la recurrente y su nieta son firmes y se mantienen, encontrándose también acreditado que la menor de iniciales N. I. B. P, desde que nació hasta que cumplió los once años de edad, vivió bajo la tutela de sus abuelos en un ambiente de armonía, afecto y estabilidad, con las condiciones necesarias para desarrollarse a cabalidad. Por ello, frente a la denuncia de violación efectuada contra su padrastro, que justificó la medida de apartamiento de la niña de su progenitora, correspondía razonablemente que se ponderen las relaciones afectivas que la menor ya había interiorizado.

37. En tal sentido, en el caso *sub litis*, la especial protección de la niña obligaba a que, ante la imposibilidad de quedar al amparo y responsabilidad de su madre, creciera en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, que procurase respeto por su dignidad, su bienestar y el libre desarrollo de su personalidad. Este ambiente, dadas las circunstancias, era y es el ofrecido por sus abuelos maternos, y redunda en ello la propia declaración de la niña, efectuada ante el juez de paz (fojas 525) luego del retorno al cuidado de los primeros en virtud a la ejecución anticipada de la sentencia de primera instancia:

> [...] se encontró que la menor (...) se encuentra viviendo con su abuela DOÑA ANGELICA REYNOSO ALVIÑO, con todas las comodidades que requiera encontrándole feliz y muy alegre, donde declaró que está de vacaciones, donde se encuentra estudiando en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA ROSA DE AMÉRICA, donde va Cursando (sic) el quinto grado de Educación Primaria, Se deja constancia que dicha menor viene viviendo desde el momento que nació donde declara la mencionada que sus padres le entregaron cuando nació y desde ese momento se hizo cargo tanto en su, alimentación, vestimenta, vivienda y educación (sic), entre otras necesidades que requiera a diario tanto en la Institución Educativa y su domicilio, mas declara dicha menor que se encuentra muy tranquila con todo el apoyo que tiene de su abuela materna que no le hace falta (...) nada donde se preocupa cuando se siente delicada de salud, le incentiva para que estudie sin dificultades donde se siente a gusto y muy feliz, donde declara la mencionada que el padre biológico de dicha menor le dijo que está de acuerdo que siga en la potestad de la mencionada [...]

38. Aquí acotamos que el derecho del niño a crecer en un entorno adecuado, lleno de afecto y seguridad moral y material, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 1821-2013-PHC/TC, y también conlleva la obligación de la familia de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social (fundamento 15). Tal obligación, a pesar de no ser parte de la familia nuclear, fue asumida en los hechos por los abuelos maternos de la niña favorecida.

39. Sin embargo, las decisiones tomadas por la Unidad de Investigación Tutelar de Junín, parte emplazada en este proceso, alejaron a la niña de sus abuelos y, por

tanto, de ese ambiente conveniente para su crecimiento. De este modo, a través de sus resoluciones administrativas, la parte recurrida tomó medidas inadecuadas y excesivas que no tuvieron en cuenta el interés superior de la niña ni los deseos ni la opinión de la menor.

40. Recuérdese que el artículo 12 de la precitada Convención Sobre los Derechos del Niño, dispone:

> 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
>
> 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Empero, esto no ocurrió si se revisa la motivación de la decisión cuestionada o los actos posteriores de la emplazada. Por el contrario, tal decisión adolece de evidentes vicios de motivación que se detallan a continuación.

Análisis de la decisión cuestionada

41. De acuerdo con el cuarto considerando de su Resolución Administrativa 032-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, se presumía una situación en la cual dicha menor se encontraría en calidad de agraviada, señalándose expresamente en este que "Tanto la madre como sus tías le han agredido psicológicamente, diciéndole mentirosa, mala, por qué mientes, si nada pasó, que se desista de su manifestación, le estuvieron grabando, la madre antes de apoyar a su hija está contra de ella atentando contra la integridad física y emocional de la menor" (ver fojas 74). Vale decir, que tanto la progenitora como las tías de la niña habían ejercido violencia psicológica para que desista de su manifestación.

42. Agrega la citada resolución administrativa que los hechos constituían causal de abandono de acuerdo a lo previsto en el artículo 248, inciso "b", del Código de los Niños y Adolescentes, el cual señala literalmente:

> El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:
> (...)
>
> Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o

> deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación; [...]

43. Ahora bien, dicha resolución incluye a la abuela materna como responsable de ejercer violencia psicológica contra la menor, pues señala de forma expresa en su sétimo considerando lo siguiente:

> [...] de los hechos señalados en el considerando precedente, result(a) necesario salvaguardar la integridad física y psicológica de la niña N.I.B.P., de 11 años de edad; más aun si está sufriendo de violencia psicológica por parte de su progenitora, **su abuela materna** y de sus tías [...]

44. Si bien las medidas de protección a favor del menor de edad tienen base normativa (D. S. 011-2005-MIMDES) y son dispuestas con el fin de garantizar el derecho del niño a desarrollarse integralmente en el seno de su familia biológica y, en su defecto, en un ambiente familiar adecuado, tales medidas deben ser tomadas de forma excepcional, teniendo en cuenta el interés superior del niño como norte ineludible y con la debida motivación que la sustente. De lo contrario, se corre el riesgo de cometerse decisiones irrazonables o desproporcionadas.

45. Ya ha sostenido este Tribunal que "[E]l derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las (resoluciones) estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. [...]"; Añadiendo que el tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional (cfr. Sentencia 03549-2011-PA/TC).

46. Constituye, entonces, una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva de los principios que informan el Estado constitucional. Por ello, es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de los actos administrativos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, este Tribunal debe enfatizar una vez más que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta desarrollada por la Ley 27444 (Sentencia 00091-2005-PA/TC, fundamento 9, párrafos 3, 5 a 8, criterio reiterado en Sentencias 294-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, entre otras).

47. Adicionalmente, se ha determinado en la Sentencia 8495-2006-PA/TC lo siguiente:

> [U]n acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien

> ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta —pero suficiente— las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

48. El acto administrativo en cuestión, que es del que parten las demás actuaciones de la emplazada, muestra una evidente insuficiencia, ya que no expresa las razones de hecho que han llevado a considerar que la abuela materna de la menor favorecida también la ha agredido psicológicamente. En efecto, tal resolución no expone en forma sucinta y esclarecedora por qué se le imputa este hecho a la abuela recurrente, lo que finalmente ha llevado a concluir que existe un presunto abandono de la menor por encontrarse en situación de total desamparo por parte de su familia. Es decir, se parte de una premisa errada: que la niña carecía de personas que se ocupen del cuidado personal de su crianza para asegurarle una correcta formación, que ha conllevado a que se cometan actos desproporcionados e irrazonables.

49. Como está dicho, el tantas veces mencionado interés superior del niño obligaba en este caso a ponderar los vínculos afectivos de la menor con su abuela materna, los que quedaron de lado por una decisión tan drástica como internar por abandono a la menor en un albergue alejado de la segunda; proceder que, en consideración de este Tribunal, es injustificado y al mismo tiempo arbitrario, y, por consiguiente, se aleja completamente de los principios de proporcionalidad y razonabilidad desarrollados anteriormente.

50. En ese orden de ideas, el haber actuado sin tener en cuenta el interés superior de la menor en lo concerniente a su cabal desarrollo personal, ha configurado una afectación de sus derechos fundamentales a su dignidad, bienestar, educación, a tener una familia y a desarrollarse en un ambiente familiar adecuado.

51. La abuela materna, quien actualmente cría a la niña según se desprende del "acta de entrega" de fecha 17 de julio de 2014, que corre a fojas 359, no ha hecho sino actuar en función al deber de especial protección del menor, que, en esencia, radica en la necesidad de defender los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio de sus derechos. (cfr. Sentencia 2079-2009-HC/TC). Lo mismo ocurrió con el juez de primera instancia, quien advirtió esta irregular situación y corrigió los errores cometidos.

52. Por todo lo expuesto, esta judicatura constitucional, apreciando la idoneidad del ambiente en el cual la niña debe desenvolverse, que, reiteramos, debe ser propicio

para el desarrollo de su personalidad y autoestima, considera que deben dejarse sin efectos las resoluciones cuestionadas, así como las actuaciones que han motivado, y disponerse que la menor favorecida, de iniciales N. I. B. P., permanezca, por corresponder al interés superior de la niña, bajo el cuidado, la crianza y las atenciones de su abuela materna, doña Angélica Reynoso Alviño, recurrente en este proceso, así como el cuidado, la crianza y las atenciones de su esposo y abuelo de la niña, don Serafín Hurpiano Paucarchuco López, quienes probadamente han proveído las condiciones adecuadas para tal propósito.

Sobre la situación de violencia familiar suscitada contra la abuela materna

53. Finalmente, a fojas 40 del expediente aparece el Informe Social N° 080-2014-MIMP/PNCVFS-CEM-HYO/TC-DORP, que da cuenta que la abuela de la menor favorecida ha sufrido gritos y amenazas por parte de sus hijas, y recomienda, entre otros aspectos, que se realice una investigación por violencia familiar ejercida en su contra.

54. De manera complementaria, a fojas 497, obra el Informe N° 007-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN-ED01, en el que se señala que los abuelos en la línea materna calificarían para asumir el cuidado de su nieta, sin embargo se recomienda que ambos fortalezcan sus habilidades en comunicación asertiva a efectos de que puedan afrontar las presiones familiares que la misma abuela refiere haber sufrido.

55. Al respecto, ha sostenido este Tribunal en anterior oportunidad, que el trato preferente a favor de las personas adultas mayores es una situación que merece ser garantizada tanto por el Estado como por los particulares, en tanto se trata de un grupo social vulnerable (cfr. Sentencia 0895-2001-AA/TC, fundamento 5; y Sentencia 08156-2013-PA/TC, fundamento 23 y siguientes).

56. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado los alcances mínimos de tutela que el Estado y los particulares deben accionar a fin de brindar un trato preferente a favor de los adultos mayores, el cual se proyecta como una garantía vinculante o derecho implícito, directamente, desde los incisos 3 y 4 del artículo 139 de la Constitución.

57. Uno de estos alcances implica que las decisiones adoptadas por las autoridades competentes con el objeto de poner fin a la controversia de la que forman parte no solo estén fundadas en Derecho, sino que, con el propósito de que el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva queden plenamente garantizados, prevean las consecuencias que se pueden suscitar con su pronunciamiento a la luz de los derechos fundamentales, deberes constitucionales y políticas públicas adoptadas por

el Estado a favor de las personas adultas mayores (cfr. Sentencia 08156-2013-PA/TC, fundamento 25).

58. Aunado a esto, cabe mencionar que el 21 de julio de 2016 se dictó la Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, con el propósito de otorgar —como advierte su artículo 1— un marco normativo que garantice el ejercicio de los derechos de la persona adulta mayor, a fin de mejorar su calidad de vida y propiciar su plena integración al desarrollo social, económico, político y cultural de la Nación. En virtud del mencionado objetivo, se precisó en el artículo 2 que una persona adulta mayor es toda aquella que tiene sesenta (60) o más años de edad. Asimismo, en el artículo 5 de la citada ley, se ha manifestado, entre otros tópicos, que, en su calidad de titular de derechos humanos y libertades fundamentales, ejercen, entre otros, el derecho a "Una vida sin ningún tipo de violencia."

59. Este, el más alto Tribunal de la Nación en materia constitucional, comparte estos objetivos y reafirma su compromiso social con las personas adultas mayores, a fin de que sean tratadas con dignidad, vivan sin violencia y gocen efectivamente todos los derechos que la Constitución reconoce y protege. En el caso concreto, en aras de que se cumplan estas garantías y se protejan los derechos de la abuela de la favorecida, dispone que el juez de ejecución ordene que se brinden todas las garantías necesarias para que pueda cuidar a la menor de iniciales N.I.B.P, favorecida de este proceso, en un ambiente de sosiego y tranquilidad, libre de amenazas y violencia. En suma, en un ambiente adecuado para el desarrollo de una menor de edad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus*; en consecuencia:

1. Dejar sin efecto tanto la Resolución Administrativa 053-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014, como la Resolución Administrativa 110-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNÍN, de fecha 1 de julio de 2014, a través de la cuales la emplazada dispuso y ejecutó la medida de protección provisional de atención integral a favor de la menor N. I. B. P. en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes, así como las actuaciones que han motivado.

2. En atención al interés superior de la menor favorecida, disponer que esta permanezca bajo el cuidado de sus abuelos maternos, doña Angélica Reynoso Alviño y don Serafín Hurpiano Paucarchuco López.

3. Ordenar que el *A quo*, en ejecución, brinde todas las garantías necesarias y se le otorgue el apoyo psicológico a doña Angélica Reynoso Alviño y a su cónyuge, para que puedan cuidar a la menor de iniciales N.I.B.P, favorecida de este proceso, en un ambiente de sosiego y tranquilidad, libre de amenazas y de violencia.

4. Ordenar el pago de costos a la emplazada.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ

PONENTE BLUME FORTINI

Lo que certifico:

.....
Sergio Ramos Llanos
Secretario Relator (e)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC
JUNÍN
N.I.B.P., representada por ANGÉLICA REYNOSO ALVIÑO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la decisión adoptada por mis colegas en el Expediente 04937-2014-PHC/TC, por las siguientes razones:

1. Doña Angélica Reynoso Alviño pretende vía este proceso de *habeas corpus*, que la menor favorecida, quien es su nieta, le sea entregada por la emplazada, directora de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín (UIT), por considerar que se encuentra indebidamente retenida en el albergue del distrito de Jauja.

2. La dirección de la UIT de Junín, dispuso el 15 de abril de 2014, abrir una investigación tutelar a favor de la menor favorecida, por presunto estado de abandono moral y material y tomó como medida de protección provisional que sea atendida en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen Lourdes de Jauja, toda vez que la menor habría sido agredida sexualmente por la nueva pareja de su madre.

3. La sentencia en mayoría, declara fundada la demanda y ordena la entrega de la favorecida a la demandante, sin tener en consideración que:

   a. Aunque desde pequeña la menor vivió con la demandante, su abuela, el 8 de febrero de 2014, fue retirada por su madre, quien se la llevó a vivir con ella.

   b. La presunta violación sexual de la menor, habría ocurrido el 3 de abril de 2014, cuando aquella se encontraba viviendo con su madre. El presunto autor sería la nueva pareja de ésta. En la misma fecha, la menor fue entregada nuevamente a su abuela por disposición del Fiscal de la Quinta Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Huancayo (fojas 169).

   c. En el Informe Social de 9 de abril de 2014, presentado por la trabajadora social, licenciada Donna Otilia Rosas Peña (fojas 40), consta que el día 5, la menor fue increpada por sus padres y otros familiares por la denuncia contra su padrastro. En ese momento, una de sus tías refirió que "... porqué le habían entregado a mi mamá a la Nayeli, si cuando yo era niña me violó mi hermano RAUL, mi mamá sabía y nunca hizo nada, de igual manera le ha violado a ella y a ella (señalando a la madre de la niña y a su otra hermana cuyos nombres se desconoce) mi mamá nunca hizo nada, así le puede hacer algo a la N. (...)".

   d. En el mismo informe consta que el día 6 de abril, la menor fue nuevamente agredida psicológicamente en la casa de su abuela, donde fue tildada de mentirosa y se le decía que debía cambiar su versión. La menor esa noche

durmió con su abuela, pero su madre se la llevó al día siguiente. Por todo ello, se recomendó la variación de la custodia de la niña, la que podría recaer en su madrina.

e. Posteriormente, la demandante renuncia a la tenencia provisional de la menor, alegando que no se le leyó el acta correspondiente ni fue instruida de las obligaciones que derivan de ello (escrito de fojas 278, fechado el 15 de abril de 2014). Añade que es persona analfabeta, que apena sabe firmar y que, por su edad avanzada, no puede cumplir lo encomendado.

f. El 8 de julio de 2014 (fojas 1), se presentó la demanda de autos.

g. En el Informe N° 007-2014MIMP-DGNN-DITUIT-JUNIN-ED01 (fojas 497), los funcionarios de la UIT del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a cargo de la investigación tutelar a favor de la menor agraviada, recomendaron que debía continuarse con la búsqueda de referentes familiares que califiquen para el cuidado y protección de la niña tutelada; que los abuelos maternos reciban tratamiento psicológico para que adquieran habilidades adecuadas para la crianza de la niña; y, que a la fecha, no es conveniente entregar a la niña a la demandante, pues aquella la entregó por propia voluntad a su madre, sin ningún mandato judicial o fiscal, pese a que la menor en el hogar de su progenitora no cuenta con la debida protección.

h. El 21 de julio de 2014, la Fiscal Adjunta Provincial de la Quinta Fiscalía Civil y de Familia de Huancayo, informa al juez del proceso de *habeas corpus,* que el 17 del mismo mes se dispuso la entrega de la menor a su abuela, como consecuencia de su sentencia dictada en dicho proceso, y que, a pesar de las citaciones cursadas a la demandante, esta no ha concurrido al despacho fiscal.

i. Durante el 25 de julio y el 1 de agosto de 2014, los funcionarios de la UIT del Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables, quisieron contactar a la abuela de la menor, la que, en la segunda oportunidad, criticó el trabajo que aquellos desarrollaban y que pese a su compromiso de apersonarse a las oficinas de la UIT de Junín, expuso que no lo hacía por recomendación de su abogado, que todo lo resolvería en el Poder Judicial y que no la sigan molestando (fojas 507 y 508).

4. A ello, cabe agregar, en relación al presunto delito cometido en agravio de la menor, que el 9 de junio de 2014, ésta declaró ante el Juez de Paz de Pucará, que su padrastro nunca la tocó indebidamente, que no tuvo relaciones sexuales con ella, y que tampoco la había violado (fojas 485).

5. De todo lo expuesto, se advierte que el comportamiento de la abuela de la menor, no genera convicción sobre su idoneidad para hacerse responsable de la integridad personal y psicológica de la misma.

6. También queda claro que este es un asunto que compete sea dilucidado por las autoridades ordinarias, las que cuentan con mayores herramientas para evaluar y determinar lo pertinente para la protección de la menor favorecida, pues se requiere de un proceso que cuente con etapa probatoria —artículo 9 del Código Procesal Constitucional—, a efectos de determinar que medidas de protección son las más adecuadas para proteger a la menor.

7. Finalmente, la actuación de la emplazada no ha sido arbitraria o irrazonable. Por el contrario, se advierte que todas sus actuaciones, así como las de los representantes del Ministerio Público, y la de los funcionarios de la UIT del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, han tenido por objeto la protección de la integridad personal y psicológica de la menor.

Por ello, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA.**

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Sergio Ramos Llanos
Secretario Relator (e)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC
JUNÍN
N. I. B. P., REPRESENTADA POR ANGÉLICA REYNOSO ALVIÑO

Lima, 28 de enero de 2019

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el voto de la mayoría en tanto que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA**, en mérito a las razones que se presentan en la ponencia.

Ahora bien, y sin perjuicio de ello, me permito realizar las siguientes observaciones::

1. En función de los hechos del presente caso, considero necesario referirme al derecho-principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. A estos efectos, quiero empezar recordando al trato que este Tribunal Constitucional les brinda, tanto al referirse a ellos, como a la protección que se les debe.

2. Así, lo primero es precisar que la protección especial que merecen niños, niñas y adolescentes no significa que les pueda considerar como meros *objetos de protección*; sino, por el contrario, que deben ser entendidos como auténticos *sujetos de derechos*. En este sentido, la tutela que se les brinda no debe partir tan solo de su situación de debilidad o vulnerabilidad, y, menos aun, tenérseles por incapaces o "menores en situación irregular" (como lo sugiere la doctrina de la "minoridad" o de la "situación irregular"). Por el contrario, su debida protección exige reconocerlas como las personas que son, y se encuentra encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (conforme a la doctrina de la "protección integral").

3. De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes debe considerarse como encaminada a fortalecer y permitir que ellos desplieguen sus capacidades, así como a promover su bienestar; y nunca a su anulación o subordinación. A esto, por cierto, no ayuda el uso del término "menor"–que desafortunadamente este mismo Tribunal ha utilizado de manera frecuente– para hacer referencia a niñas, niños y adolescentes. Considero entonces, en este sentido, que la expresión "menor" debe ser en el futuro erradicada de las decisiones de este órgano colegiado.

4. En cuanto al *principio de interés superior del niño*[1], conviene anotar que este se encuentra reconocido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En este último artículo se señala que "toda medida concerniente al niño y al

[1] Solo por economía del lenguaje, cuando nos refiramos en adelante al "interés superior del niño" estaremos aludiendo en realidad al interés superior de la niña, el niño y los adolescentes.

adolescente que adopte el Estado a través de entidades como el Congreso, el Gobierno, la judicatura ordinaria o Poder Judicial, el 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". Es más, la ratificación del valor de la protección y la deferencia interpretativa a favor de niños, niñas y adolecentes ha sido una constante en numerosos pronunciamientos de este mismo Tribunal Constitucional sobre el particular (por ejemplo, en STC Exp. n.° 1817-2009-HC, STC Exp. n.° 4058-2012-PA, STC Exp. n.° 01821-2013-HC y STC Exp. n.° 4430-2012-HC).

5. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, acertadamente, que el interés superior del niño puede concebirse como un derecho, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento[2]. Efectivamente, ha señalado que es un concepto triple, pudiendo ser:

> "a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
>
> b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
>
> c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la

[2] Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14, párr. 6.

> justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

6. De este modo, de la noción de interés superior del niño se desprende una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes. Ello incluso se impone o debe imponer sobre los derechos de los adultos u otros bienes constitucionales valiosos[3].

7. En este sentido, como ha tenido ocasión de señalar recientemente este Tribunal, este principio "predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso" (STC Exp. Nº 01665-2014-HC, f. j. 21).

8. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Campo Algodonero vs. México (sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009), señaló que:

> "[L]os niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable" (Cfr. fundamento 408)

[3] Vide STC Exp. Nº 02132-2008-AA, f. j. 10; STC Exp. Nº 2079-2009-HC, f. j. 13; STC Exp. Nº 02132-2008-AA, f. j. 10.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9. En este sentido, resulta claro que resulta pertinente y perfectamente justificado para los niños y niñas que se propenda a la defensa y protección de sus derechos fundamentales. En el caso *sub examine*, aquello se encuentra relacionado a buscar que la niña de iniciales N.I.B.P. pueda crecer en un entorno adecuado, rodeada de afecto y seguridad para procurar no solo un nivel de vida adecuado y digno, sino también óptimo para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social (Cfr. STC 01821-2013-PHC/TC). Esto, bien como puede apreciarse del estudio de los presentes actuados, no se ha conseguido con las decisiones adoptadas por la Unidad de Investigación Tutelar de Junín.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Sergio Ramos Llanos
Secretario Relator (e)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2019 / J18 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 1440-2018 · Callao

Vínculos fraternos y causa justificada para demandar

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 8 de marzo de 2019

Localización: Considerandos decimoquinto a decimonoveno y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; nulidad de la sentencia de vista y orden de nueva resolución.

2. Lectura jurídica del caso

La permanencia de cada hermano con un progenitor no fue considerada explicación suficiente para mantenerlos separados. La Corte exige examinar el vínculo fraterno y las pruebas omitidas. También reclama una motivación específica sobre la causa justificada del artículo 97, sin reducirla necesariamente a peligro físico o psíquico inminente.

3. Aplicación y contraste

El análisis de custodia debe incluir a los hermanos como sujetos de vínculos propios, no como unidades que puedan repartirse entre adultos. Una propuesta que los separe necesita razones individualizadas y un examen de contacto y cuidado. La demanda previa de alimentos requiere un tratamiento procesal explícito, no una afirmación conclusiva.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 80-84, permite relacionar cuidado y configuración familiar. D3, pp. 50-52, orienta la lectura procesal integral, sin sustituir los requisitos legales del caso.

5. Límites de utilización

La nulidad no concede definitivamente a un progenitor el cuidado de ambos hermanos. Las referencias a vivienda y nueva pareja son elementos del expediente, no prohibiciones generales ni juicios editoriales sobre modelos familiares.

Consulta de fuente oficial. Versión simplificada para lectura no oficial.
bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1440-2018
CALLAO
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SUMILLA: *La prueba debe ser valorada en su integridad, de manera conjunta y razonada, acorde a las alegaciones de las partes y a la naturaleza de la litis; hacer lo contrario constituye afectación al debido proceso, específicamente a la adecuada motivación y valoración de los medios probatorios.*

Lima, ocho de marzo
de dos mil diecinueve.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil cuatrocientos cuarenta – dos mil dieciocho, de conformidad con el dictamen del Fiscal Supremo Titular en lo Civil, en Audiencia Pública de la fecha, efectuado el debate y la votación correspondiente, emite la presente sentencia:----------

I.- MATERIA DEL RECURSO.- En el presente proceso de Tenencia y Custodia de Menor, el demandante Paul Richard Quichca Peña, mediante escrito de fojas treinta y cuatro del cuadernillo formado en esta Sala Suprema, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas seiscientos cuarenta y tres, de fecha once de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, que revocó la sentencia apelada de fojas cuatrocientos noventa y tres, de fecha cuatro de noviembre de dos mil dieciséis, que declaró fundada en parte la demanda, disponiendo la tenencia compartida, y reformándola, declaró fundada en parte la misma, disponiendo la tenencia y custodia del menor de iniciales P.J.Q.Y. de diez años de edad a favor del padre, y del menor de iniciales P.M.Q.Y. de tres años de edad a favor de la madre, en el proceso seguido por Paul Richard Quichca Peña contra Cynthia Rita Yaranga Córdova, sobre Tenencia y Custodia de Menor.----------

II. ANTECEDENTES:----------

DEMANDA.- Mediante escrito de fojas ciento seis, Paul Richard Quichca Peña interpone demanda de Tenencia y Custodia de su menores hijos de iniciales P.J.Q.Y. de diez años de edad y P.M.Q.Y. de tres años de edad, contra la

madre de los mismos, Cynthia Rita Yaranga Córdova, solicitando se reconozca judicialmente la tenencia de hecho que ejerce sobre el menor de iniciales P.J.Q.Y. y se le otorgue la tenencia del menor de iniciales P.M.Q.Y. El demandante sostiene como soporte principal de su pretensión que: **a)** Inició una relación convivencial con la demandada en el año dos mil tres, establecieron como su hogar convivencial el inmueble sito en la calle Pucará número 291 (manzana H-1, lote 04), urbanización San Juan Macías, distrito del Callao, Provincia Constitucional del Callao; **b)** Producto de la referida convivencia procrearon a sus dos menores hijos de iniciales P.J.Q.Y. y P.M.Q.Y.; quienes vivieron en el domicilio conyugal desde que nacieron; **c)** El trece de junio de dos mil catorce la demandada se retiró voluntariamente del hogar, llevándose con ella a sus dos hijos, lo cual resultó perjudicial para el menor de iniciales P.J.Q.Y., pues no asistió al Centro Educativo donde cursa estudios primarios, desde el día dieciséis hasta el día veinte de junio de dos mil catorce; **d)** Con fecha veintiuno de junio de dos mil catorce la demandada regresó al hogar convivencial y dejó a sus dos menores hijos bajo la custodia del demandante, según lo acredita mediante la instrumental obrante a fojas trece; sin embargo, con fecha dieciséis de setiembre de dos mil catorce, la demandada, aduciendo que quería llevar de paseo únicamente al menor de iniciales P.M.Q.Y. se lo llevó, y desde entonces está bajo su custodia, sin permitirle verlo; **e)** Debido a la insistencia del accionante para ver a su menor hijo de iniciales P.M.Q.Y., la demandada accede a reunirse con el demandante llevando consigo al menor de iniciales P.M.Q.Y. La reunión se llevó a cabo el veintiuno de setiembre de dos mil catorce, a la cual acudió el accionante y Rita Julia Córdova Carreño (madre de la demandada y abuela materna de los menores), quienes solicitaron a la accionada que regrese al hogar convivencial, y frente a los reproches de Rita Julia Córdova Carreño, la demandada decide marcharse arrebatando al menor de los brazos del demandante, ocasionando una gresca, que finalmente terminaría con una denuncia policial por agresión física entre las partes del presente proceso, incluyendo a Rita Julia Córdova

Carreño y William Fermín Sipiran Contreras (actual conviviente de la demandada); **f)** Posee un trabajo fijo en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil – RENIEC, ocupando el cargo de Técnico en Atención de Información Registral y se encuentra cursando la carrera profesional de Derecho; por tanto, posee la solvencia económica suficiente (además de la calidad moral) para poder criar a sus menores hijos y brindarles calidad de vida; **g)** La demandada no tiene las posibilidades económicas suficientes para criar a sus menores hijos, pues esta no tiene trabajo conocido, siendo alimentada por su actual conviviente, quien registra denuncia policial por agresión física, de lo que se evidencia que su menor hijo de iniciales P.M.Q.Y. se encuentra en inminente peligro en relación a su desarrollo físico, emocional y moral.----------

REBELDÍA.- Mediante la Resolución número 08, obrante a fojas doscientos treinta y cinco, se declaró rebelde a la demandada.----------

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- Culminado el trámite correspondiente, se emitió la sentencia a fojas cuatrocientos noventa y tres, declarando fundada en parte la demanda, disponiéndose que ambos padres ejerzan la tenencia compartida de los menores de iniciales P.J.Q.Y. y P.M.Q.Y. En consecuencia, se establece la residencia dividida de los niños de tal forma que: **1)** De lunes a viernes residirán en el domicilio del padre, y los fines de semana con la madre, en este último caso la madre ejercerá la tenencia desde las seis de la tarde del día viernes hasta las seis de la tarde del día domingo, empezando el primer fin de semana desde la notificación de la presente resolución; **2)** La primera mitad de todas las vacaciones escolares con el padre y la otra mitad con la madre; **3)** Las fechas sensibles para los menores, como los días de sus cumpleaños, los días de cumpleaños de sus progenitores, el día de la madre y del padre, el progenitor que se encuentre ejerciendo la tenencia, permitirá que el otro progenitor se reúna con los menores por un lapso de tres horas en el horario que previamente deberán coordinar en forma pacífica. La Navidad será también compartida por igual, debiendo pasar los menores un año el día veinticuatro de

diciembre con el padre y el día veinticinco de diciembre con la madre, alternando cada año, empezando este año el día veinticuatro con el padre y el veinticinco con la madre. Se ordena que ambos padres se sometan a una terapia psicológica individual especializada, que ponga énfasis en el desarrollo de una correcta relación interpersonal entre ambos, en el establecimiento de salud más cercano a su domicilio; y los menores a una terapia psicológica prolongada en el tiempo, hasta lograr superar el trauma emocional al que se han visto sometidos, debiendo ambas partes acercarse al local del juzgado a recabar los oficios correspondientes, y poner en conocimiento de este despacho el término de la terapia; disponiéndose la imposición de una multa compulsiva y progresiva, a incrementarse periódicamente ante el incumplimiento o reiteración del incumplimiento de este mandato, en ejecución de sentencia. El *A quo* sustenta su fallo principalmente, en mérito a los siguientes fundamentos: **1)** En el presente caso se produce una igualdad de condiciones en ambos progenitores, respecto a sus capacidades sociales y psicológicas para ejercer la tenencia, el deseo de ambos menores por interrelacionarse con ambos padres, y la necesidad de que los progenitores superen el conflicto familiar que los mantiene enfrentados, conflicto que viene vulnerando el derecho de los menores a desarrollarse en un clima familiar pacífico; **2)** De la valoración conjunta de los medios probatorios, se concluye que el interés de los menores hijos, ligado a los derechos derivados de la relación paterno filial, se construye a través de la corresponsabilidad en el ejercicio del rol parental, ante el esquema de organización familiar surgido después de la separación, conforme lo establecen los artículos 5, 9.3, 18.1 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño, de modo que, sin perjuicio del hecho que resulta conveniente la permanencia de los menores con su progenitor durante los días de semana, por el entorno educacional y los vínculos de relación y arraigo que mantienen estos con su padre, corresponde establecer que la permanencia con el demandante no posea la naturaleza de la tradicional tenencia unipersonal, sino que con independencia de las respectivas cohabitaciones en el marco y tiempo que los propios menores

han entendido satisfactorios, y lo han expresado en la audiencia, se ponga en marcha un sistema absolutamente compartido y común por parte de ambos padres, para preservar y promover la plena realización de los derechos de los menores, protegidos por el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, por tanto, se considera necesario que se mantengan las circunstancias actuales respecto al menor de iniciales P.J.Q.Y.; esto es, que el menor permanezca en principio con su padre, y se varíe la situación del menor de iniciales P.M. Q.Y.; es decir, que pase a estar bajo la custodia del padre, con la salvedad que ambos padres son los titulares de la tenencia, por lo que se establece una tenencia compartida, y por tanto, la residencia dividida de los niños en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, de lunes a viernes en el del padre, los fines de semana en el de la madre, y la primera mitad de las vacaciones escolares con el padre y la otra mitad con la madre, atribuyendo el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores, por las especiales circunstancias del caso en concreto, que impone la tenencia compartida establecida en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley número 29269, por constituir la solución que mejor garantiza la prevalencia del interés de los menores. Se trata, como se refiere en doctrina, del deber de indagar sobre el verdadero interés del menor a través del criterio de la mayor idoneidad; **3)** Y entendiendo que la solución a brindarse no debe atacar solo uno de los aspectos de la problemática familiar que afecta a los menores, pues el éxito de una relación familiar parental se ha de producir a partir de la solución integral del problema, y advirtiendo que la tenencia compartida no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, sino que implica mucho más, por tanto, es necesario de parte de aquellos, una comunicación fluida y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos relacionados al cuidado de sus hijos, en mérito a la función tuitiva del juzgador en los procesos de familia, definida por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio de las Salas Civiles Permanente y Transitoria, realizado en la ciudad de Lima el quince de diciembre de dos mil diez, en el que

se establece que los magistrados deben ejercer las facultades tuitivas (de protección) que le asisten en materia de familia y, por tanto, flexibilizar algunos principios y normas procesales, como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión y acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que deben solucionar, función tuitiva que se concibe como aquella destinada a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales -protección que constituye una de las características de un Estado Social de Derecho-, en ese sentido, privilegiando el interés superior del niño, al evidenciarse de los autos que la interrelación de los menores con uno y otro de sus progenitores, se ve gravemente afectada por el conflicto aún existente entre los padres, quienes no guardan el menor cuidado de no afectarlos, exponiendo frente a ellos su conflicto, como cuando protagonizaron una gresca el día veintiuno de setiembre de dos mil catorce, la misma que finalmente terminaría con una denuncia policial por agresión física, según obra a fojas diecisiete, entre las partes, incluyendo a Rita Julia Córdova Carreño y William Fermín Sipiran Contreras (actual conviviente de la demandada), en tal ocasión el accionante y Rita Julia Córdova Carreño (madre de la demandada y abuela materna de los menores) solicitaron a la demandada que regrese al hogar convivencial, y frente a los reproches de Rita Julia Córdova Carreño, la accionada decide marcharse, arrebatando a su hijo menor de los brazos del demandante, ante lo cual el menor temeroso reacciona diciendo: “Papá vamos a casa con Joaquín…”, de lo que se colige que las partes no buscan una solución pacífica que solucione este problema, o peor aun cuando permiten que otros familiares intervengan en el conflicto familiar que solo a ellos atañe resolver, permitiendo a su vez que los menores sean testigos de tal intromisión, con palabras o actitudes que los afectan; corresponde además, en virtud del Principio del Interés Superior del Niño, que debe regir la decisión del Juez de Familia, ordenar una terapia psicológica para las partes y los menores, la cual deberá prolongarse por el tiempo que el profesional médico considere necesario, hasta lograr que ambos padres corrijan su conducta, a fin

de que mejoren sus relaciones interpersonales como familiares, evitando conflictos en presencia de los menores, para minimizar el trauma psicológico que están produciendo en ambos niños con su actual conducta.----------

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.- La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante sentencia de vista de fojas seiscientos cuarenta y tres, de fecha once de diciembre de dos mil diecisiete, revocó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda, disponiéndose que ambos padres ejerzan la tenencia compartida; con lo demás que contiene; y reformándola, declaró fundada en parte la misma, disponiendo la tenencia y custodia de la forma siguiente: **1)** El menor de iniciales P.J.Q.Y. de diez años de edad a favor del demandante (padre); y, **2)** El menor de iniciales P.M.Q.Y. de tres años de edad a favor de la demandada (madre); dicta el régimen de visitas de la forma siguiente: **1)** El menor de iniciales P.J.Q.Y. visitará a su hermano, el menor de iniciales P.M.Q.Y. y a su madre Cynthia Rita Yaranga Córdova el primer y segundo sábado y domingo del mes, desde las ocho de la mañana del sábado a ocho de la noche del domingo, debiendo el demandante Paul Richard Quichca Peña entregarlo y recogerlo en el domicilio de la demandada; y, **2)** El menor de iniciales P.M.Q.Y. visitará a su hermano, el menor de iniciales P.J.Q.Y. y a su padre Paul Richard Quichca Peña el tercer y cuarto sábado y domingo del mes, desde las ocho de la mañana del sábado a ocho de la noche del domingo, debiendo la demandada Cynthia Rita Yaranga Córdova entregarlo en el domicilio del demandante; ordena que ambos padres se sometan a una terapia psicológica individual especializada que ponga énfasis en el desarrollo de una correcta relación interpersonal entre ambos, en el establecimiento de salud más cercano a su domicilio; y los menores a una terapia psicológica prolongada en el tiempo, hasta lograr superar el trauma emocional al que se han visto sometidos, debiendo ambas partes acercarse al local del juzgado a recabar los oficios correspondientes, y poner en conocimiento de este despacho el término de la terapia; disponiendo la imposición de una multa compulsiva y progresiva a incrementarse periódicamente ante el

incumplimiento o reiteración del incumplimiento de este mandato, en ejecución de sentencia. La recurrida se sustenta en los siguientes fundamentos: **1)** La parte demandante cuestiona la resolución impugnada, afirmando la falta de una valoración adecuada de los medios probatorios, la ausencia de motivación lógica jurídica que deben tener las resoluciones judiciales, vulnerando el Principio Constitucional de Motivación Suficiente de las Resoluciones Judiciales; el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Principio *Iura Novit Curia;* **2)** Al respecto la figura sustantiva de la tenencia compartida también llamada coparentalidad, permite que los hijos puedan vivir indistintamente con cada uno de sus padres, encargándose ambos de su educación y desarrollo; ahora bien, para que el juez pueda determinar la tenencia compartida, este se debe basar en la disposición y voluntad que tengan los padres para ponerse de acuerdo sobre los días que los niños pasarán con cada uno de los padres, así como el tipo de educación y cuidado a impartir al menor; por tanto, deberá considerarse el parecer del menor y el interés superior del niño, evaluando la conducta de los padres, la posibilidad que tengan de ponerse de acuerdo, así como escuchar qué es lo que desea el menor; **3)** Bajo esa premisa, se aprecia del escrito de demanda de fojas ciento seis y el escrito presentado por la parte demandada a fojas ciento noventa y ocho*,* así como de los medios probatorios denominados acta de audiencia de gobernación, actuados judiciales del proceso de alimentos, denuncia de violencia familiar, carta notarial, denuncia y citaciones policiales, invitación de conciliación de tenencia, informe de evaluación educacional del demandante, informe de evaluación educativa del menor de iniciales P.J.Q.Y., la declaración judicial del demandante y la declaración judicial de la demandada, obrantes a fojas ciento cincuenta y cuatro, ciento sesenta y nueve, doscientos trece, doscientos ochenta, trescientos setenta y seis y cuatrocientos once, respectivamente, que se evidencia la existencia de conflictos de índole físico y

psicológico entre el demandante y la demandada, actos que fueron presenciados por sus menores hijos y que fueron denunciados ante las autoridades pertinentes, inclusive con pronunciamiento, como es el caso del dictado por el Segundo Juzgado Unipersonal de Procesos Inmediatos de Flagrancia Delictiva de la Corte Superior de Justicia del Callao a fojas seiscientos veinte; **4)** Por tanto, la tenencia compartida dictada por la *A quo* mediante sentencia materia de impugnación, no podría desarrollarse por la existencia de la no disposición de los padres en llevarse bien respecto a los asuntos referidos a sus menores hijos; razonamiento jurídico que fue materia de pronunciamiento por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación número 3767-2015-Cusco en el cual señala: *"Siendo que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederse que entre estos exista o sea probable una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que solo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no se puede establecer una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres"*; **5)** Determinándose que la conclusión arribada por la *A quo* no es la adecuada; además, la pretensión demandada versa sobre la tenencia y custodia de sus menores hijos a favor del demandante Paul Richard Quichca Peña, mas no así, solicita la tenencia compartida, lo que puede evidenciar un pronunciamiento no adecuado con lo actuado; sin embargo, la Sala Superior considera que existen medios probatorios suficientes y adecuados para pronunciarse sobre la pretensión demandada, amparando tal decisión en el Principio del Interés Superior del Niño, y ante los sucesos ocurridos actualmente, que fueron demostrados de manera fehaciente en el proceso principal y cautelar; **6)** Para ello, es de señalar que la relación de los padres es primordial para la estabilidad emocional de los hijos, ya que se debe tener presente que si bien el

papá y la mamá ya no son pareja conyugal, esto no quiere decir que no sean capaces de ser pareja parental; esto es, ponerse de acuerdo en normas básicas de convivencia, con la finalidad de tener una buena relación entre padres para favorecer el desarrollo emocional de los hijos; **7)** En tal sentido, de lo actuado en el proceso principal, así como con los medios probatorios recabados y presentados por las partes, señalados líneas arriba, en especial del proceso cautelar que se acompaña a la presente *litis,* se ha probado que en la actualidad el demandante (padre), se encuentra al cuidado de su menor hijo de iniciales P.J.Q.Y., y que el menor de iniciales P.M.Q.Y. se encuentra bajo la custodia de su madre (demandada); y, ante la no existencia de medios probatorios que acrediten que los menores se encuentren en grave peligro o riesgo bajo el cuidado de sus progenitores, basándose en el principio superior del niño, que no es otra cosa que el principio aplicable frente a conflictos en donde se encuentran involucrados menores de edad, que toda decisión y/o medida concerniente a niños y adolescentes se considere la más adecuada y no perjudicial, tanto para ellos como para los miembros de la familia que los rodea o vivan con ellos; **8)** Conforme al artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes, se establece que: “El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada”. Así pues, debe estarse a que de autos se aprecia que el accionante demandó la tenencia y custodia de sus dos menores hijos con fecha doce de noviembre de dos mil catorce, siendo que, conforme a la copia de la sentencia emitida en el proceso de alimentos, signado con el número 3963-2014, seguido por la accionada contra el demandante ante el Primer Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, se puede establecer que la demandada inició un proceso de alimentos a favor de sus dos menores hijos, siendo admitida esta demanda el veintisiete de junio de dos mil catorce, y contestada la misma por el accionante el veintisiete de agosto del mismo año; ordenándose que el accionante pase alimentos únicamente en favor de su hijo, el menor de iniciales P.M.Q.Y.; por tanto, nos encontramos ante la prohibición para el accionante de demandar la tenencia del señalado menor, al

haber sido previamente demandado por alimentos; no mediando causa justificada para validar la excepción señalada en el artículo citado, conforme a los argumentos antes desarrollados; esto es, debido a que el menor de iniciales P.M.Q.Y. no viene peligrando en lo absoluto en su indemnidad física ni psíquica; **9)** Es primordial llegar a la siguiente decisión: que la tenencia y custodia debe ser otorgada a ambos padres de la forma siguiente; el menor de iniciales P.J.Q.Y. a favor del demandante (padre) y el menor de iniciales P.M.Q.Y. a favor de la demandada (madre); y, con la finalidad que los menores cuenten para su crecimiento y bienestar con el afecto de sus familiares, así como de sus padres, y no se entorpezca su desarrollo integral, se torna necesario dictar un régimen de visitas de la forma siguiente: que el menor de iniciales P.J.Q.Y. visitará a su hermano y a su madre Cynthia Rita Yaranga Córdova el primer y segundo sábado y domingo del mes desde las ocho de la mañana del sábado, hasta las ocho de la noche del domingo, debiendo el demandante Paul Richard Quichca Peña entregarlo y recogerlo en el domicilio de la demandada; y, el menor de iniciales P.M.Q.Y. visitará a su hermano y a su padre Paul Richard Quichca Peña el tercer y cuarto sábado y domingo del mes desde las ocho de la mañana del sábado hasta las ocho de la noche del domingo, debiendo la demandada Cynthia Rita Yaranga Córdova entregarlo en el domicilio del demandante; ordenándose también terapia psicológica individual especializada para ambos padres, así como a sus menores hijos; y, **10)** En conclusión, la decisión de la *A quo* al momento de dictar sentencia, declarando la tenencia compartida, debe ser corregida; por tanto, estando al Principio de Economía y Celeridad Procesal, así como el Principio Superior del Niño, es procedente revocar la impugnada declarando fundada en parte la demanda por los fundamentos indicados en la presente resolución, al amparo del artículo 364 del Código Procesal Civil.----------

RECURSO DE CASACIÓN.- Contra la resolución dictada por la Sala Superior, la parte demandante interpuso recurso de casación, el mismo que ha sido calificado mediante la resolución de fecha dieciséis de julio de dos mil dieciocho, a fojas sesenta y uno del cuadernillo formado en esta Sala Suprema,

que declaró procedente el recurso de casación por la causal de **infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil,** señalando el recurrente que la fundamentación de la sentencia de vista no resulta congruente al no realizar un correcto análisis de los medios probatorios aportados, así como todo lo actuado en el proceso, tales como las evaluaciones psicológicas, informes sociales, etcétera. Asimismo, existen deficiencias en su motivación externa; pues, no señala en forma expresa los argumentos en que se basó para emitir su fallo. En ese sentido, señala que de haberse motivado correctamente la sentencia recurrida, no se habría desestimado su demanda.----------

III.- MATERIA JURÍDICA EN DEBATE.- Es necesario establecer si la instancia de mérito ha afectado el derecho al debido proceso; específicamente el derecho a la motivación de las resoluciones y la valoración de las pruebas.----------

IV.- CONSIDERANDO:----------

PRIMERO.- El recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil.----------

SEGUNDO.- Estando al sustento del recurso que nos ocupa, en el que se denuncia la infracción del artículo 139 inciso 5 de nuestra Carta Magna, conviene recordar que esta disposición constitucional consagra como principio rector de la función jurisdiccional, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, *la observancia del debido proceso*; que, conforme a la interpretación que reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se exige fundamentalmente que todo proceso o procedimiento sea desarrollado de tal forma, que su tramitación garantice a las personas involucradas en él las condiciones necesarias para defender adecuadamente y dentro de un plazo

razonable los derechos u obligaciones sujetos a consideración[1].----------

TERCERO.- Uno de los principales componentes del derecho al debido proceso se encuentra constituido por el denominado derecho a la motivación, consagrado por el artículo 139 inciso 5 de nuestra Carta Magna, por el cual se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógica y razonablemente, en base a los hechos acreditados en el proceso y al derecho aplicable al caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquellas dentro de la controversia.----------

CUARTO.- Este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en la *litis*, sino que también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues no debe olvidarse que una razonable motivación de las resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, por este motivo, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad. Razón por la cual, su vigencia específica en los distintos tipos de procesos ha sido desarrollada por diversas normas de carácter legal, como son los artículos 50 inciso 6, 121 y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil y el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales exigen que las decisiones del juez cuenten con una exposición ordenada y precisa que justifique lo decidido.----------

QUINTO.- A fin de determinar si un pronunciamiento específico ha cumplido con el deber de motivación, en los términos antes reseñados, conviene recordar que, según lo ha sostenido esta Suprema Corte, "*el cumplimiento de*

[1] Corte Internacional de Derechos Humanos OC-9/87 "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", párr. 28.

este deber no se satisface con la sola expresión escrita de las razones internas o sicológicas que han inclinado al juzgador a decidir la controversia de un modo determinado, sin importar cuáles sean estas; sino que, por el contrario, exige necesariamente la existencia de una exposición clara y coherente en la sentencia que no solo explique, sino que justifique lógicamente la decisión adoptada, en base a las pruebas y demás hechos acontecidos en el proceso, y en atención a las normas jurídicas aplicables al caso"[2].----------

SEXTO.- Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que *"el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso"[3].*----------

SÉTIMO.- En materia probatoria el derecho a la utilización de los medios de prueba se encuentra íntimamente conectado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que entre sus vertientes engloba el derecho a obtener una resolución razonable, motivada y fundada en derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el interior del proceso; como también, con el derecho de defensa, del que es realmente inseparable. Así, el contenido esencial de este derecho, se respeta siempre que, una vez admitidas las pruebas declaradas pertinentes, sean valoradas por los órganos judiciales, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado.----------

OCTAVO.- Precisamente, regulando este derecho fundamental, el legislador ha optado por imponer al juez, en los términos que señalan los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil, la obligación de poner atención a la finalidad de la prueba, valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que, las pruebas en el proceso, sea cual fuera su naturaleza, están

[2] Casación Nº 6910-2015, del 18 de agosto de 2015.
[3] Fundamento jurídico cuatro de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04295-2007-PHC/TC.

mezcladas formando una secuencia integral; por lo que, es responsabilidad del juzgador reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que den origen al conflicto; por tanto, ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto; pues, solo teniendo una visión integral de los medios probatorios, se pueden sacar conclusiones en busca de la verdad, la cual es el fin del proceso.----------

NOVENO.- Entre las reglas que regulan la actividad probatoria, tenemos las que establecen que el juez tiene la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, conforme lo prevé el artículo 197 del Código Procesal Civil. La doctrina autorizada, como la emitida por el autor Marcelo Sebastián Midón[4], refiriéndose al "principio de motivación conjunta de los medios probatorios" señala que: *"en el caso del derecho a la prueba, este contenido esencial se integra por las prerrogativas que posee el litigante a que se admitan, produzcan y valoren debidamente los medios aportados al proceso, con la finalidad de formar la convicción del órgano judicial acerca de los hechos articulados como fundamentos de su pretensión o de defensa. El derecho a la adecuada valoración de la prueba se exhibe, entonces, como manifestación e ineludible exigencia del derecho fundamental a probar. Si el poder de probar tiene por finalidad producir en el juzgador convicción suficiente sobre la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos, este se convertiría, alerta Taruffo, en una garantía ilusoria, en una proclama vacía, si el magistrado no pondera o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorios (…) el derecho a probar se resiente, y por consiguiente, también la garantía del debido proceso, si el juzgador prescinde de valorar algún medio probatorio admitido; o lo hace de manera defectuosa, invocando fuentes de las que se extraen las consecuencias aseveradas como fundamento de la sentencia, o atribuyendo valor de la prueba a la que no puede tener ese*

[4] TARUFFO, Michelle citado por Marcelo Sebastián Midón. Derecho Probatorio, Parte General. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, Cuyo, 2007, pp. 167-168.

carácter (sea por desconocimiento de una norma legal que predetermina la valoración de la prueba, o por conceder eficacia a pruebas ilícitas, o por violar proposiciones lógicas, u observaciones de la experiencia)".----------

DÉCIMO.- A efectos de determinar si efectivamente la instancia de mérito ha infringido el derecho a la debida motivación de las resoluciones, corresponde remitirnos además a la naturaleza del proceso que nos ocupa, en tanto la debida motivación no solo comprende lo citado en los párrafos precedentes, sino que también implica que el proceso sea resuelto acorde a la naturaleza de lo que es materia de la discusión. Por ello, es necesario referirnos a la tenencia, así tenemos que nuestra legislación la contempla como un atributo de la patria potestad, tal como se advierte en el Título I (La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes) Capítulo I (Patria Potestad) - artículo 74 literal e) del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual es deber y derecho de los padres que ejercen la patria potestad: "Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos"; norma que debe ser concordada con el Capítulo II del mismo Título, referido a la tenencia del niño y del adolescente, siendo trascendental el artículo 81, según el cual: *"Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente"*; y el artículo 84 que concede facultades al juez, señalando que: *"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 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".----------

DÉCIMO PRIMERO.- La doctrina se refiere al concepto de tenencia indicando que: *"Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo. Como derecho familiar subjetivo reconoce en este orden de ideas, el derecho del progenitor de cuidar al hijo, así como, recíprocamente el derecho del hijo de vivir con el padre que mejor condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral"*[5]*.* Debemos entender pues, a la tenencia como una manera de proteger al niño y al adolescente, la cual implica la convivencia permanente con ellos para cuidarlos, asistirlos, protegerlos y proporcionarles todo lo necesario para su adecuado desarrollo integral; de allí que la tenencia no está reservada únicamente a los padres, sino que está determinada por quien pueda proporcionar lo más beneficioso al menor; en dicho sentido, se ha pronunciado nuestra jurisprudencia aplicando de manera extensiva el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a circunstancias especiales del caso y con exclusiva finalidad de proteger al menor; tal es el caso de la Casación número 4881-2009–Amazonas, publicada el treinta de enero de dos mil doce, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la que se precisó que la tenencia de un menor de edad debe ser otorgada salvaguardando lo más favorable para el menor; es decir, haciendo prevalecer el principio del interés superior del niño, otorgando la tenencia a los padres de la madre premuerta.----------

DÉCIMO SEGUNDO.- Precisamente, al referirnos a lo más favorable para el menor, necesariamente debemos remitirnos al *Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente,* contemplado en el artículo IX del Título Preliminar del

[5] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2012. pp. 304.

Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: *"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".* Protegido además por la norma supranacional, contenida en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (de la que somos parte) estableciendo que: *"**1.** En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá, será el interés superior del niño; **2.** Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas; y, **3.** Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".*----------

DÉCIMO TERCERO.- El principio en referencia viene a constituir un parámetro interpretativo de todos los derechos del niño, un criterio legal rector; en tanto que, las decisiones en las que el menor se encuentre involucrado, el criterio determinante será su interés superior, sea que se trate de un derecho aislado o en conflicto con otros derechos; de allí, que la decisión denotará una fuerte carga humana que como tal, irá más allá de legalismos y formalismos; coherente con la naturaleza tuitiva del derecho de familia en el que se encuentra inmerso el menor.----------

DÉCIMO CUARTO.- Como se ha referido en el numeral 11 del Tercer Pleno

Casatorio Civil (Casación número 4664-2010-Puno), publicado el trece de mayo de dos mil once, la naturaleza del proceso de familia es tuitiva, y "(…) se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etcétera, de allí que se diferencia del proceso civil debido a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*", lo cual guarda relación con lo establecido en el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual el Estado no solo debe garantizar un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes, sino que en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.----------

DÉCIMO QUINTO.- Estando a que es materia de conflicto la tenencia de dos menores hermanos; corresponde remitirnos al artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: *"El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos";* así como a las "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños" de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez, texto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual en su numeral 16 establece que: *"Los hermanos que mantienen los vínculos fraternos en principio no deberían ser separados para confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, a menos que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al interés superior del niño. En cualquier caso, habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos o intereses".*----------

DÉCIMO SEXTO.- En este contexto, puede evidenciarse que el meollo del proceso de tenencia radica en determinar qué progenitor puede dar mejor

condición de vida al menor, acorde al principio de Interés Superior del Niño y del Adolescente; y en el caso específico de autos además, determinar si existe justificación para que ambos menores sean separados viviendo cada uno con un progenitor.----------

DÉCIMO SÉTIMO.- Al analizar la sentencia de vista objeto de impugnación, este Colegiado Supremo observa que los asuntos antes descritos no han merecido un examen razonado por parte de la Sala Superior; es decir, no se ha resuelto la controversia acorde a la naturaleza del proceso que nos ocupa, ni se han valorado los medios probatorios de manera integral, conjunta y razonada; pues, se ha limitado a determinar que cada menor permanezca con el progenitor con el que vive, omitiendo valorar: **1)** Los exámenes psicológicos practicados a los dos menores, de fojas doscientos diecisiete y trescientos ochenta y siete, que concluyen que los menores se muestran demandantes de afecto y protección, con sentimiento de tristeza y sentimientos de pertenencia a su actual entorno familiar; **2)** La denuncia policial realizada por la madre de la demandada contra ella por violencia familiar, la cual fue ofrecida en el numeral 21 de la demanda, y admitida en la audiencia única de fojas trescientos setenta y cuatro; **3)** La justificación que da la demandada frente a dicha denuncia policial, al rendir su declaración en la audiencia única; **4)** El informe social practicado a la demandada a fojas trescientos cuarenta y dos, el cual informa que los integrantes de su grupo familiar (la demandada y su nueva pareja, hija recién nacida de ambos, y el menor de iniciales P.M.Q.Y.) duermen en una sola habitación, la cual cuenta con dos camas, y el cuarto que alquilan tiene baño compartido; **5)** La resolución fiscal de fojas doscientos noventa y nueve, en la que se archiva la investigación preliminar seguida contra el demandante por presunta violencia familiar –maltrato psicológico– en agravio de la demandada; y, **6)** La sentencia dictada contra la demandada Cynthia Rita Yaranga Córdova, por el delito de omisión de obligación alimentaria en agravio de su menor hijo de iniciales P.J.Q.Y., cuya copia certificada obra a fojas seiscientos veinte.

DÉCIMO OCTAVO.- Lo anterior implica que la instancia de mérito no ha

cumplido con analizar los autos acorde a su naturaleza y a las particularidades del caso en concreto, en tanto que: **1)** No ha valorado cuál sería el impacto en el área emocional de los menores, al afrontar no solo la separación de sus padres, sino también el hecho que su madre tenga una nueva pareja sentimental y una hija con dicha pareja; **2)** Ha dispuesto la separación de dos hermanos, sin expresar las razones que justifican dicha decisión, lo cual es relevante, teniendo en cuenta que dicha separación es de última *ratio,* como se ha precisado en los párrafos que anteceden; **3)** No ha analizado qué progenitor garantizará el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor, acorde a la exigencia contenida en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes; y, **4)** No ha analizado fundamentadamente, si realmente existe causa justificada para que el demandante, quien previamente fue demandado por alimentos, pueda solicitar la tenencia del menor de iniciales P.J.Q.Y., pese a la prohibición contenida en el artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: *"El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada";* limitándose a indicar que no le alcanza la excepción, por cuanto el menor no viene peligrando en lo absoluto en su indemnidad física ni psíquica; sin precisar las razones de dicha conclusión, más aún si la "*causa debidamente justificada*" no se puede circunscribir únicamente a un inminente peligro en la indemnidad física y psíquica del menor.----------

DÉCIMO NOVENO.- En este orden de ideas, se hace evidente que al encontrarse sustentada en razones que resultan claramente escasas para justificar lo decidido, no solo por una inadecuada valoración de la prueba, sino también por no haber resuelto los autos acorde a su naturaleza, la resolución de vista objeto de impugnación ha vulnerado el contenido normativo del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú por infracción al debido proceso, específicamente, a la motivación de las resoluciones. Razón por la cual corresponde a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso y ordenar a la Sala Superior la emisión de una nueva decisión.----------

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1440-2018
CALLAO
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Paul Richard Quichca Peña a fojas treinta y cuatro del cuadernillo formado en esta Sala Suprema; por consiguiente, **CASARON** la sentencia de vista de fojas seiscientos cuarenta y tres, de fecha once de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao; en consecuencia, **NULA** la misma; **ORDENARON** a la Sala Superior de su procedencia emitir nueva resolución, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Paul Richard Quichca Peña contra Cynthia Rita Yaranga Córdova, sobre Tenencia y Custodia de Menor; *y los devolvieron.* Ponente Señor Lévano Vergara, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

CALDERÓN PUERTAS

AMPUDIA HERRERA

LÉVANO VERGARA

Marg/Cbs/Aar

2019 / J19 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 2154-2018 · Arequipa

Relación paternofilial y cumplimiento alimentario

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 13 de junio de 2019

Localización: Considerandos quinto a undécimo y parte resolutiva

1. Decisión y alcance

Recurso fundado. Se anula la sentencia de vista y se confirma en instancia la decisión que concedió parcialmente las visitas, con externamiento y coordinación.

2. Lectura jurídica del caso

La sala superior había rechazado las visitas por la situación alimentaria. La Corte centra la respuesta en los derechos de los hijos, la ausencia de privación o suspensión de patria potestad y las circunstancias de cumplimiento. Añade seguimiento multidisciplinario en atención a las necesidades concretas descritas en los informes.

3. Aplicación y contraste

Es útil distinguir esta decisión de la Casación 4253-2016: aquí sí se restablece un régimen concreto en sede de instancia. La defensa del contacto no equivale a exonerar alimentos; exige sostener cómo el régimen resulta adecuado y seguro para cada hijo, con las adaptaciones y apoyos necesarios.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 191-192 y 196-197, ayuda a separar responsabilidad parental y convivencia. La valoración concreta de visitas y alimentos proviene de los considerandos citados.

5. Límites de utilización

La fecha correcta del texto es 13 de junio de 2019. No establece un derecho adulto a visitas irrestrictas frente a cualquier riesgo. La terminología antigua de los informes se mantiene solo en la reproducción documental.

Consulta de fuente primaria. Edición no oficial.
Copia de uso personal. Prohibida su venta.
Incluye índice de contenidos, notas y bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°2154-2018
AREQUIPA
RÉGIMEN DE VISITAS

Se vulnera el principio del interés superior del niño y del adolescente, al condicionar el régimen de visitas con el pago de pensión de alimentos, cuando subsistió la patria potestad a favor de ambos padres y el peticionante no cuenta con un ingreso económico suficiente para cubrir las pensiones alimentarias ordenadas en sede judicial.

Lima, trece de junio de dos mil diecinueve.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil ciento cincuenta y cuatro del año dos mil dieciocho, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, teniendo a la vista el Dictamen Fiscal N°07-2019-MP-FN-FSC, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación[1] interpuesto por el demandante **Jorge Víctor Chambilla Chambilla**, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número treinta de fecha once de abril de dos mil dieciocho[2] que revocó la sentencia apelada, de fecha dieciséis de octubre del dos mil diecisiete, que declara fundada en parte la pretensión de régimen de visitas; y, reformándola declararon infundada la demanda sobre régimen de visitas interpuesta por Jorge Víctor Chambilla Chambilla, en contra de Yaquel Quispe Pisco.

II. ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

Se demanda Régimen de Visitas[3] a fin que el órgano jurisdiccional disponga que el demandante pueda visitar y sacar a pasear a sus menores hijos

[1] Obra de páginas 260/265.
[2] Obra a páginas 235/238
[3] Obrante de páginas 16 a 19.

Renato Germán Chambilla Quispe y Fernando del Piero Chambilla Quispe los días sábados y domingos de 8:00 am a 6:00 pm., siendo los fundamentos de la demanda lo siguiente:

- De relaciones extramatrimoniales con la demandada Yaquel Quispe Pisco han procreado a los menores Renato Germán Chambilla Quispe y Fernando del Piero Chambilla Quispe de once y tres años de edad a la interposición de la demanda.

- Manifiesta que en ningún momento ha descuidado los alimentos de sus menores hijos, a pesar que tiene obligaciones de carácter personal. Periódicamente le entrega a la madre de sus hijos víveres para ellos, pese a que ahora la demandada le ha interpuesto acción sobre cobro de pensión de alimentos.

- La madre de sus hijos hizo abandono de hogar en el mes de marzo del año dos mil catorce llevándose a los menores, por lo que, se vio obligado a tener que asentar la denuncia ante la comisaria de Mariano Melgar y desde esa fecha está intentando llegar a un arreglo con la demandada para poder estar cerca de sus hijos, sin embargo, la demandada no se lo permite.

- La demandada, por razones que desconoce, no le permite ver a sus hijos. Esta negativa va a perjudicar las relaciones afectivas que desde sus nacimientos ha tenido con sus hijos. Su hijo mayor sobre todo reclama su presencia y es necesario mantener una cercanía sobre todo por ser varón.

2. <u>CONTESTACIÓN DE DEMANDA</u>:

La demandada **Yaquel Quispe Pisco** contesta la demanda[4] en los siguientes términos:

[4] Obrante de páginas 43 a 46.

- Don Jorge Víctor Chambilla Chambilla, nunca cumplió con sus deberes como padre, para con sus menores hijos y mucho menos para con la recurrente, ni aun cuando estaban conviviendo, prueba de ello es que se vio obligada a iniciar el proceso sobre cobro de alimentos.

- Cuando nació su hijo Renato German Chambilla Quispe, el demandante se hizo como vulgarmente se dice “el de la vista gorda”, con todos los gastos de la enfermedad de su menor hijo, pues desde los ocho meses de nacido ya padecía de esta enfermedad. Solo su señora madre y familiares son los que desde esos años le ayudan y corren con todos los gastos de la enfermedad de su menor hijo, incluso su madre lo lleva a la ciudad de Ica a seguir un tratamiento médico.

- Nunca existió abandono de hogar de su parte, fue el demandante quien la boto del hogar junto con sus hijos, la recurrente se fue para ya no ser víctima del maltrato y la mala vida que le daba el demandante. Prueba de estas afirmaciones son los expedientes de violencia familiar.

- La demandada no entiende la razón de la presente demanda, pues el demandante nunca se apersono para pretender siquiera estar con sus hijos, y es más no cumple con los alimentos, ni con las necesidades de salud; por lo que, alega que la demanda debe ser declarada infundada.

3. <u>FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS</u>:

Se fijaron como puntos controvertidos[5]:

- Establecer o determinar si el derecho de visitar a sus menores hijos de parte del demandante se encuentra limitado o condicionado por alguna situación legal o de otro tipo.

[5] Obrante en página 60.

- Establecer el régimen de visitas a favor del padre de dicho menor, teniendo en cuenta sus calidades personales, psicológicas y familiares.
- Si corresponde autorizar el retiro del menor dentro del régimen de visitas a favor de demandante, los mismos que serán materia de prueba.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez emite sentencia declarando fundada en parte la pretensión de régimen de visitas interpuesta por Jorge Víctor Chambilla Chambilla en contra de Yaquel Quispe Pisco; en consecuencia, fijo régimen de visitas a favor del señor Jorge Víctor Chambilla Chambilla en los términos y condiciones siguientes: visitar los fines de semana sábado o domingo , previa coordinación, desde las diez horas hasta las diecisiete horas, días especiales como navidad, día del padre, cumpleaños de los menores, y aquellos que las partes acuerden; pudiendo ser fuera del hogar de los menores, externamiento, sin costas ni costos del proceso; bajo los siguientes fundamentos:

- En el presente caso, se tiene en cuenta el interés superior del niño, y considerando que se tendrá un criterio tuitivo, los menores tienen aprecio por su progenitor tal como se ve del informe psicológico Nro. 058-2017-EMAJF-PSMBJMM, respecto del menor Fernando del Piero Chambilla Quispe, se indica en sus conclusiones, “muestra vínculo afectivo y valorativo positivo orientado hacia el progenitor, con la expectativa de mantener contacto socio afectivo con el mismo”; por ello y teniendo en cuenta el interés superior de los menores, ya que es beneficioso que los mismos tengan una interacción con su figura paterna, lo que coadyuva a que el menor se desarrolle íntegramente en su aspecto físico y psicológico, por tales motivos y en pro del interés superior del menor es que el juzgado considera que el demandante no se encontraría con algún impedimento legal para poder visitar a sus menores hijos.

- En pro de los intereses de los menores y para una mejor relación padre e hijos en salvaguarda de la familia, es que un régimen de visitas favorecería a los menores en su relación con su progenitor, es por ello que el régimen de visitas que el juzgado consideró apropiado, son los días sábados y domingos a partir de las 9:00 horas hasta las 17:00 horas.

- Asimismo dicho régimen de visitas, para mayor comodidad de los menores, y un mejor desenvolvimiento de la relación padre e hijos, es que se le autorizará al progenitor el retiro del hogar materno de los menores, de ser necesario u oportuno.

5. <u>SENTENCIA DE VISTA</u>

Elevados los autos en virtud del recurso apelación interpuesto, la Sala Superior mediante resolución número treinta del once de abril de dos mil dieciocho, revocó la sentencia apelada, de fecha dieciséis de octubre del dos mil diecisiete, que declaró fundada en parte la pretensión de régimen de visitas interpuesta por Jorge Víctor Chambilla Chambilla, en contra de Yaquel Quispe Pisco. Reformándola declaró infundada la demanda sobre régimen de visitas; bajo los siguientes fundamentos:

- Si bien es cierto que el Supremo Tribunal Peruano establece que no es un requisito indispensable estar al día en el pago de los alimentos para acceder al régimen de visitas; tampoco puede irse al extremo que el padre se desentienda de sus obligaciones alimentarias para con sus menores hijos, por cuanto si existiese la imposibilidad de cumplir con el total de las pensiones, al menos demostrar su intención de hacerlo y no llegar a una liquidación de pensiones de las que se verifica que en el proceso de alimentos número 00597-2014 acompañado al expediente en copias certificadas, adeuda como pensiones desde el dieciséis de mayo del dos mil quince hasta el uno de abril del dos mil diecisiete, la suma de doce mil doscientos noventa y uno con 42/100 soles (S/. 12,291.42), no habiendo

realizado pago alguno hasta la fecha como se verifica del reporte del expediente que se visualiza a través del SIJ, siendo que las fotografías que acompaña de los víveres que le fueron entregados a la demandada no son prueba de que cumpla con los alimentos, máxime si el proceso de alimentos fue iniciado en el año dos mil catorce y hasta la fecha no ha realizado consignación alguna.

- Si bien existen informes favorables en cuanto a la necesidad de los menores hijos de verse con su padre, sin embargo el demandado debe cumplir con sus obligaciones alimentarias, para que con todo el derecho pueda solicitar un régimen de visitas con sus menores hijos, sin embargo este Colegiado no puede dejar de lado el interés superior del niño cuál es su alimentación, salud, educación, recreación y todo lo que conlleva el pago de una pensión de alimentos para cubrir todas sus necesidades, las cuales se ven recortadas ya por la separación de los padres y encima las limitaciones que deben de sufrir a causa de la enfermedad que padece el mayor de los menores y que su padre no acuda con la pensión a la cual se encuentra obligado; por lo que en aplicación del interés tuitivo debe el actor estar al día o al menos cumplir con las pensiones adelantadas y las devengadas así como formular un acuerdo para el pago de las mismas en el proceso correspondiente.

6. RECURSO DE CASACIÓN

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha veintitrés de agosto de dos mil dieciocho ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante Jorge Víctor Chambilla Chambilla por las siguientes causales:

- ***Infracción del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado****,* pues el argumento principal que se ha dado en la sentencia de vista es el criterio de los señores vocales al sostener que el actor debe estar

al día o al menos cumplir con las pensiones adelantadas y las devengadas formular un acuerdo para el pago de las mismas en el proceso correspondiente, sin embargo, no existe motivación jurídica, lo cual constituye un principio y derecho a la función jurisdiccional.

7. <u>DICTAMEN FISCAL[6]:</u>

El Fiscal Supremo opina que se debe declarar fundado el recurso de casación y sustenta su dictamen precisando:

- De los informes psicológicos e informes sociales practicados en el presente caso, se advierte que existe una relación de vinculación entre el demandante con sus menores hijos, situación reconocida por la demandada.

- Se debe tener en cuenta que uno de los menores hijos del demandante padece de retardo mental leve, conforme al Informe Psicológico de folios ciento cuatro a ciento seis; por lo que, la integración y acercamiento del padre con el citado menor resulta ser conveniente y también beneficioso para el mencionado menor, pues puede contribuir con su desarrollo.

- El hecho que el ahora recurrente mantenga una deuda de alimentos a favor de sus menores hijos, ello, no le impediría tener contacto o generar un régimen de visitas con los mismos, pues ello, contribuiría a generar disposición y necesidad en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, a favor de sus menores hijos.

- La sentencia venida en grado, no se encuentra debidamente motivada, dado que la Sala Civil del Distrito Judicial de Arequipa a pesar de advertir la conveniencia de considerar la relación del demandante con sus menores hijos, consideró que para disponer el régimen de visitas a favor del demandante, este debía estar al día o al menos cumplir con las pensiones

[6] Páginas 39 del cuaderno de casación.

alimenticias a favor de sus menores hijos; sin percatarse que de los actuados no se advierte la negativa del demandante a evadir dicha responsabilidad; sino que ello, se debe a circunstancias como por ejemplo no contar con un trabajo estable sino que se dedica al comercio ambulatorio.

- Por ello, la decisión de la Sala Superior vulnera el principio de interés superior del niño, pues impide que el demandante y sus menores hijos puedan crear lazos de afectividad que ayudan a su crecimiento físico y emocional.

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

Estando a los fundamentos del presente recurso, el debate casatorio se centra en determinar si los Jueces Superiores al emitir la recurrida han transgredido **el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado**, esto es, dilucidar si corresponde que el actor debe estar al día o al menos cumplir con las pensiones adelantadas y las devengadas para solicitar el régimen de visitas.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

PRIMERO.- Es menester precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que permite ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia; así como, determinar si en dichas decisiones se ha infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, traducido en el respeto de los principios que lo regulan.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°2154-2018
AREQUIPA
RÉGIMEN DE VISITAS

SEGUNDO.- En caso de autos, el demandante solicita como pretensión se le conceda un régimen de visitas, al respecto**,** el artículo 84, literal c), del Código de los Niños y Adolescentes dispone: *"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:…**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."* (subrayado y negrita nuestra)

Asimismo, el artículo 88 del mismo código señala: *"**Las visitas:** Los padres **que no ejerzan la Patria Potestad** tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. (…). **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** y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar."* (Subrayado y resaltado agregado)

TERCERO.- En la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, en los numerales pertinentes de los artículos 9, 18 y 19 disponen lo siguiente:

- Artículo 9, numeral 3): *"3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."*

- Artículo 18, numeral 1): *"1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo*

del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."

- Artículo 19, numeral 1): *"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo."*

CUARTO.- Aunado a todo lo dicho precedentemente, respecto al **principio del interés superior del niño y del adolescente.** Debemos indicar que este principio, es reconocido primigeniamente en la **Declaración Universal de los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, estableció en el artículo 2 que: *"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño."*

El mismo criterio quedó reiterado y desarrollado en el artículo 3.1 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, que en su momento dispuso que: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."* (Resaltado agregado)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 2154-2018
AREQUIPA
RÉGIMEN DE VISITAS

En el plano interno y en una línea muy semejante a la legislación supranacional resulta de particular relevancia lo dispuesto en el artículo 4º de nuestra Constitución Política de mil novecientos noventa y tres *"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono."* y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dejó claramente establecido que: *"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad,* ***se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.****"* (negrita nuestro)

QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, revisada la sentencia de vista materia de casación, al resolver la causa, la Sala Civil Superior no ha tomado en cuenta, en primer lugar, el interés superior del niño, puesto que, por más que el padre no se encuentre al día en las pensiones alimentarias, eso no quiere decir que esta situación pueda estar por encima del derecho del padre a relacionarse con sus hijos, puesto que, también es una necesidad que el mismo no desatienda las necesidades emocionales y espirituales de los menores y en atención a que el derecho del niño se circunscribe a la relación directa que debe mantener con su progenitor el papel de este no se agota con la sola provisión de alimentos pues su objetivo final es el contacto directo con sus hijos; por consiguiente, pretender condicionar el régimen de visitas a que el padre se encuentre al día en el pago de la pensión de alimentos de ninguna forma supone preservar el interés superior de los menores, muy por el contrario los menoscaba y perjudica.

Asimismo, sobre el tema en cuestión esta Sala Suprema en la Casación N° 3841-2009-Lima (veintinueve de abril de dos mil diez) señaló *"Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento de la obligación alimentaria; sin embargo, no se exige imperativamente el cumplimiento, pues se permite acreditar la imposibilidad de cumplir dicha obligación. Además, corresponde el juzgador resolver aplicando el principio del interés superior del niño, a fin de otorgar el régimen de visitas."*

SEXTO.- Dicho ello, corresponde analizar la sentencia impugnada, la cual revoca la apelada que declaró fundada en parte la pretensión de régimen de visitas, reformándola la declaró infundada, sosteniendo que del análisis de los actuados se colige que *"el demandado debe cumplir con sus obligaciones alimentarias, para que con todo el derecho pueda solicitar un régimen de visitas con sus menores hijos, sin embargo este Colegiado no puede dejar de lado el interés superior del niño cuál es su alimentación, salud, educación, recreación y todo lo que conlleva el pago de una pensión de alimentos para cubrir todas sus necesidades (…) en aplicación del interés tuitivo debe el actor estar al día o al menos cumplir con las pensiones adelantadas y las devengadas formular un acuerdo para el pago de las mismas en el proceso correspondiente"*

SÉTIMO.- Como puede verse, se ha vulnerado el derecho de los menores, el cual implica la vulneración del principio del interés superior del niño y el adolescente, y por ende, también de la legislación supranacional, esto es, de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, ya que no han ponderado razonablemente el interés superior del niño respecto a las relaciones familiares originadas por la filiación dinámica, puesto que, si bien el deber de todos los jueces es observar el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquier etapa del proceso, empero,

ello debe ser atendiendo al principio del interés superior del niño, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, hecho que no se ha valorado en el presente caso.

OCTAVO.- Es por ello que, esta Sala Suprema no comparte la conclusión de la Sala de mérito, ya que vulnera el interés superior del niño, más aún si la normatividad aplicable al caso, esto es, el artículo 84, literal c), del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que el juez debe fijar un régimen de visitas para el padre que no tenga la tenencia del menor. En ese sentido, como se indicó líneas arriba no puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales, ya que dicho derecho no solo corresponde a los padres sino también a los propios hijos de ver y relacionarse con sus progenitores; más aún si en autos no obra resolución que disponga la privación o suspensión de la patria potestad del padre (recurrente), el cual conforme lo establece el artículo 418 del Código Civil *"Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores."*; por lo que, no se debe afectar el derecho de visita del que gozan los menores. En efecto, como lo indica VARSI ROSPIGLIOSI[7] *"la finalidad del régimen de visitas es afianzar los lazos paternos filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor de edad, destacando que la visita no es solamente un derecho de los padres, sino también y principalmente- de los hijos, que requieren de la imagen paterna para un desarrollo saludable".*

NOVENO.- En efecto, más aún si el mayor de los hijos del demandante padece de retardo mental leve, según se señala del Informe Psicológico obrante de fojas ciento cuatro a ciento seis; por lo que, la integración y acercamiento del padre con el citado menor resulta ser conveniente y beneficioso para este, pues además que fortalecerá los lazos afectivos

[7] Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Jurisprudencia sobre derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica

padre-hijos, puede contribuir con su desarrollo y desenvolvimiento social, así como el apoyo a su estabilidad emocional y afectiva, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño.

Además de ello, se advierte que no existe negativa del demandante de evadir su responsabilidad sobre el pago de alimentos a favor de sus menores hijos, pues lo que sucedería es que no cuenta con un trabajo establece al dedicarse al comercio ambulatorio[8].

DÉCIMO.- Finalmente, este Supremo Tribunal considera adecuado y pertinente que el Equipo Multidisciplinario elabore un informe y seguimiento de las visitas realizadas por el padre a los menores, a fin que se conozca el interés de los menores en cuanto al bienestar físico y emocional que el padre les pueda deparar, ya que el vínculo parental debe seguir siendo sólido, debiendo observarse su evolución durante el régimen de visitas, esto es la relación padre-hijos; máxime si el mayor de los menores presenta un desarrollo intelectual con características de un retardo mental leve (como se indicó en el informe psicológico).

DÉCIMO PRIMERO.- Por consiguiente, estando a lo expuesto se advierte que la Sala Superior no ha emitido una resolución debidamente motivada, infringiendo así el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú, así como también los artículos 84 literal c), y 88 del Código de los Niños y Adolescentes, ya que no se ha tenido en cuenta el principio del interés superior del niño; por lo que, se debe declarar fundado el recurso de casación, en consecuencia nula la sentencia de vista; y actuando en sede de instancia, confirmar la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda.

[8] Conforme se señaló en el Informe Social N° 006-2016-MBJMM-EAM-AS-ZSR., de fecha 10 de abril de 2017, a fojas 130 a 133.

V. DECISIÓN

Por tales consideraciones y de conformidad con lo regulado en el artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon:

a) **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante Jorge Víctor Chambilla Chambilla; en consecuencia, declararon **NULA** la sentencia de vista contenida en la resolución número treinta de fecha once de abril de dos mil dieciocho, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

b) **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA: CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha dieciséis de octubre de dos mil diecisiete, obrante de folios cientos setenta y ocho a ciento ochenta y uno, que resolvió: declarar fundada en parte la pretensión de régimen de visitas interpuesta por Jorge Víctor Chambilla Chambilla en contra de Yaquel Quispe Pisco; en consecuencia, fijo régimen de visitas a favor del señor Jorge Víctor Chambilla Chambilla en los términos y condiciones siguientes: visitar los fines de semana sábado o domingo, previa coordinación, desde las diez horas hasta las diecisiete horas, días especiales como navidad, día del padre, cumpleaños de los menores, y aquellos que las partes acuerden; pudiendo ser fuera del hogar de los menores, externamiento. Sin costas ni costos del proceso.

c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jorge Víctor Chambilla Chambilla sobre **Régimen de Visitas**; y los devolvieron. Ponente el señor Juez Supremo **Hurtado Reyes.**

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 2154-2018
AREQUIPA
RÉGIMEN DE VISITAS

SALAZAR LIZÁRRAGA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

ARRIOLA ESPINO

MHR/bhm/Lva

De Iure ABOGADOS

2019 / J20 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3962-2018 · Lima

Prueba relevante para las condiciones de las visitas

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 24 de junio de 2019

Localización: Considerandos octavo a décimo; decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; anulación de la sentencia de vista y orden de nuevo pronunciamiento.

2. Lectura jurídica del caso

El debate principal se refiere a las condiciones de ejecución del régimen de visitas. La sala había omitido valorar documentación del MIMP sobre una investigación tutelar respecto de otra hija del demandado. Para la Corte, esos documentos y la evaluación psicológica resultaban pertinentes para decidir con motivación suficiente.

3. Aplicación y contraste

El caso permite exigir que la autoridad explique por qué un antecedente de protección incide o no en el régimen propuesto. No autoriza trasladar automáticamente una imputación entre expedientes. Es necesaria valoración conjunta, contradicción y delimitación del riesgo relativo al niño de este proceso.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 83-84, permite introducir el examen de seguridad y condiciones reales del cuidado. La relevancia de los documentos omitidos deriva directamente de los considerandos octavo y noveno.

5. Límites de utilización

No es una sentencia que suspenda definitivamente todo contacto paterno. Tampoco debe confundirse una investigación por presunto abandono con una declaración firme de responsabilidad.

Pendiente: D4 referencias completas en la bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:CACERES PRADO Alvaro Efrain FAU 20159981216 soft
Fecha: 03/01/2020 18:44:58,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CASACIÓN 3962-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SUMILLA: *Los jueces han emitido pronunciamiento bajo inobservancia del derecho al debido proceso al haber soslayado la finalidad de los medios probatorios, omitiendo de igual manera una debida motivación respecto a su valoración, por lo que corresponde declarar la nulidad de la resolución venida en grado conforme a lo prescrito en la segunda parte del artículo 122 del Código Procesal Civil.*

Lima, veinticuatro de junio
de dos mil diecinueve.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número tres mil novecientos sesenta y dos - dos mil dieciocho, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal; y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: ----------

1. MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: ----------

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la demandante **María de Lourdes Elizabeth Santiago Derteano** a fojas mil novecientos quince, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos setenta y cinco, de fecha tres de mayo de dos mil dieciocho, emitida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de fecha dos de marzo de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil seiscientos diez, en el extremo que declara fundada la demanda de tenencia así como el extremo que dispone un régimen de visitas, y revoca la misma en cuanto al horario y forma de ejecutar la misma, y reformándolo establecieron: **1)** Durante los seis primeros meses: El padre podrá visitar a su hija el primer y tercer sábado de cada mes, dentro del hogar materno, en el horario de 15:00 a 18:00 horas; **2)** Durante los siguientes seis meses: El padre podrá externar a su hija del hogar materno, el primer y tercer sábado de cada mes, en el horario de 15:00 a 18:00 horas, con la compañía de una tercera persona que la abuela materna designe; debiendo retornarla al hogar materno, en el horario señalado; **3)** Después de dicho período: el padre podrá externar a su hija, el primer y tercer sábado de cada mes, así como el segundo y cuarto domingo de cada mes, en el horario de 15:00 a 18:00 horas,

sin la presencia de la persona que la abuela materna designe; así también el día del padre y el día del cumpleaños del padre, podrá externar a su hija en el mismo horario; debiendo siempre de retornarla al hogar materno; y dispone que las partes y la menor deben cumplir con practicar terapias psicológicas en forma obligatoria, por el periodo de seis meses, paralelamente a dicho régimen, en forma individual o conjunta. ----------

2. <u>FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN</u>: ----------

Por resolución de fecha ocho de abril de dos mil diecinueve, corriente a fojas ciento ocho del cuaderno de casación, se ha declarado procedente el recurso por las siguientes causales: **1) Infracción normativa de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú y 197 del Código Procesal Civil;** señalando que el régimen de visitas propuesto por la Sala Superior no resulta lo más adecuado si tenemos en cuenta el riesgo que correría su nieta, no solo porque el demandado es una persona extraña para ella, sino porque él cuenta con denuncias por violación a la libertad sexual de su anterior hija, la menor de iniciales E.O.B.O.; **2) Inaplicación del artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes;** por cuanto *"El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o desagradable (…)"*; en ese contexto, a pesar de la ausencia y desamparo desde el nacimiento de su nieta por parte del demandado, ella ha sido criada en un ambiente de amor y comprensión junto con su difunta madre y su familia materna, tratando de llenar el vacío emocional de tristeza y resentimiento ante la situación de no contar con la presencia de su padre en su vida. Es así que, desde el fallecimiento de su madre, la recurrente ha velado por su desarrollo integral, pero con el perfil psicológico del demandado quedó acreditado que se trata de una persona egocéntrica y manipuladora; y, **3) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes;** se ha acreditado con la pericia psicológica practicada a su nieta, que el demandado se ausentó de su vida por muchos años, sin haberse interesado una sola vez por su

desarrollo o bienestar. La Sala Superior aplica este dispositivo sin mayor explicación, sin tener en cuenta que durante el proceso, tomó conocimiento que el demandado había sido demandado por Magdalena Olano Tapia, madre de la menor de iniciales E.O.B.O., por el delito de violación a su libertad sexual y la de su hija, y por violencia familiar, documentos que pese a ser admitidos, no han sido valorados ni tomados en cuenta al momento de fijar el régimen de visitas para el demandado. ----------

3. ANTECEDENTES: ----------

Previo a la absolución de las denuncias formuladas por la recurrente, conviene hacer las siguientes precisiones respecto de lo acontecido en el proceso: --------

3.1 DEMANDA: ----------

María de Lourdes Elizabeth Santiago Derteano interpone demanda de Tenencia y Custodia de Menor y suspensión de patria potestad contra Jhon Peter Martín Bazán Aguilar respecto de su menor nieta de iniciales N.M.C.B.C. Refiere como fundamentos de la demanda que con fecha veintiocho de mayo de dos mil cuatro, su hija Natalia Coronado Santiago contrajo matrimonio con el demandado, procreando a su menor nieta de iniciales N.M.C.B.C., nacida el nueve de julio de dos mil cinco; que su hija y el demandado vivieron en el domicilio conyugal sito en Ernesto Diez Canseco 319, interior 601, distrito de Miraflores, hasta que el demandado abandonó el hogar en el mes de enero del dos mil seis; siendo la demandante quien desde dicha fecha, le brindó apoyo a su hija en la crianza y atención de su nieta, así como económicamente debido a que el demandado se desatendió por completo de ello, y hasta el día de su demanda no ha cumplido con pasar una pensión alimenticia a pesar que su hija le inició un proceso de alimentos. ----------

Agrega que con fecha once de mayo de dos mil siete, su hija Natalia Coronado Santiago interpuso demanda de divorcio por la causal de abandono del hogar y la falta de cumplimiento de las obligaciones alimentarias para con su hija, el que concluyó sin sentencia debido a la inasistencia de las partes a la

Audiencia. Su hija asumió las obligaciones para con su menor nieta hasta aproximadamente el mes de octubre de dos mil ocho, fecha en la cual su hija dejó de laborar al padecer de cáncer cervical en estado avanzado, continuando con el apoyo moral y económico la demandante y su hijo Carlos Coronado Santiago, para su sostenimiento y el de su menor hija, pasando a vivir ella y su nieta en su domicilio; siendo desde la separación de su hija con el demandado en el mes de febrero de dos mil seis, que este no cumplió con pasarle alimentos a su menor hija, a pesar de haberse dispuesto judicialmente una asignación anticipada. ----------

Refiere que el maltrato psicológico, al que hace mención como causal de suspensión de la patria potestad viene dado por una conducta omisiva configurada por la completa indiferencia afectiva del demandado hacia su hija, lo que ha producido en la menor un sufrimiento o un daño psicológico y emocional al sentirse carente del afecto paternal, la cual se ha agravado en sus repercusiones emocionales. ----------

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: ----------

El demandado contesta la demanda mediante escrito de fojas ciento cuarenta y ocho, señalando básicamente que la demandante desde el matrimonio con su hija, le ha hecho la vida imposible, inventando historias y eventos con los que trató de indisponerlo ante su finada esposa, razón por la cual él y su finada esposa se pusieron de acuerdo para que él saliera de la casa, y ante la enfermedad de su esposa fue la demandante quien la obligó a instaurar las demandas de alimentos y de divorcio, y a pesar de la distancia y enfermedad continuaron su relación sentimental; siendo la demandante quien viene retardando y evadiendo el entregarle a su menor hija, y que la demandante actúa con el fin de encubrir los actos y hechos ilícitos realizados por su persona en el patrimonio de su finada esposa. ----------

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: ----------

Mediante sentencia de fecha dos de marzo de dos mil dieciséis, el juez del

Décimo Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió declarar **fundada** la demanda, confiriendo a la demandante la tenencia de la menor de iniciales N.M.C.B.C.; e infundada la demanda en el extremo de la suspensión de la patria potestad, disponiendo terapias psicológicas que deberán realizar ambas partes y la menor de iniciales N.M.C.B.C., fijando las visitas en la Sala de Encuentro Familiar ubicado en el segundo piso de la sede de la Corte Superior de Justicia de Lima (parque Universitario), los días martes y jueves, nueve de julio y veintiocho de noviembre, de tres y treinta de la tarde a cinco y treinta de la tarde en presencia de un psicólogo. ----------

Como fundamentos sustanciales, señala que conforme lo reconoce el demandado al momento de haber sido evaluado, no pretende despojar a la demandante de la niña, pues reconoce que dicha menor ha vivido con su abuela y se encuentra acostumbrada a ella, teniéndose de autos que efectivamente luego de producida la separación de los padres, fue la abuela materna quien prestó apoyo a la madre de la menor, y tras el fallecimiento de esta, la niña se quedó bajo el cuidado de la demandante; desconociendo la niña a la figura paterna, conforme se advierte de su entrevista y posterior evaluación psicológica, aunándose a ello que el demandado no cuenta con una vivienda acondicionada para la permanencia de su menor hija, lo que se encontraría justificado en el hecho que su trabajo le implica estar constantemente de viaje. ----------

En ese sentido y en atención a los principios de *Interés Superior del Niño* y el de Humanización contemplados en los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y de conformidad con el artículo 3 inciso 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, estando la menor más identificada con el entorno materno y el arraigo producido en dicho círculo familiar, siendo la demandante la persona más idónea para ejercer la tenencia de su menor nieta, encontrándose capacitada para prodigarle amor, afecto y cuidados; por lo que la pretensión de la demandante en este extremo resulta estimada. En lo referente a la suspensión de la patria potestad, y que el demandado se habría negado a prestar alimentos a su menor hija, el

demandado ha venido realizando depósitos judiciales, y conforme lo señalara la demandante en su escrito de fecha treinta de mayo de dos mil doce (página mil ciento cuarenta, específicamente) la pensión de la niña se viene cobrando mensualmente mediante embargo de la pensión de viudez del demandado, lo que se corrobora con el informe que remitiera Prima AFP de páginas mil ciento cuarenta y siete a mil ciento cuarenta y nueve, sumado a ello la inexistencia de sentencia condenatoria alguna al demandado por omisión a la asistencia familiar, por lo que la causal invocada de negarse a prestar alimentos deviene en desestimada. ----------

En cuanto a la causal de haberle causado un maltrato mental (psicológico), conforme la evaluación psicológica que se habría realizado a la menor cuando ya contaba con ocho (8) años de edad (páginas mil cuatrocientos veintiuno – mil cuatrocientos veinticuatro) no se encuentra acreditada fehacientemente la causal del maltrato psicológico como para suspender al demandado de la patria potestad. ----------

En cuanto a establecer un régimen de visitas, habiéndose concluido que la tenencia debe ser asignada a la abuela materna, correspondería fijar un régimen de visitas a favor del demandado, ello ante la existencia del vacío, en la vida de la menor, de la figura paterna, debiendo estas partes seguir con terapia a fin de que les ayude a reforzar el lazo afectivo entre ellos, a efectos de fijar un régimen de visitas de forma progresiva. ----------

3.4 <u>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</u>: ----------

Mediante sentencia de vista la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió **confirmar** la sentencia de primera instancia en el extremo que otorga la tenencia de la menor a la demandante, y la **revoca** en cuanto al régimen de visitas, expresando como argumentos: -------

Que valorados todos los medios probatorios en conjunto, se concluye con certeza que ha quedado debidamente demostrado que la niña con iniciales N.M.C.B.C., desde muy corta edad estuvo interrelacionada con la familia materna, esto es su abuela hoy demandante y su tío materno y que al

fallecimiento de su progenitora, ha sido la accionante quien ha velado por su desarrollo integral, prodigándole las atenciones, cuidados y cariño que aquella ha requerido y requiere, pues todavía la accionante se hace cargo de su nieta. En tal sentido ha existido y existe hasta hoy un alto grado de identificación entre aquellas conforme la pericia psicológica de fojas quinientos sesenta y ocho, la cual ha resaltado el alto grado de identificación y compromiso de la abuela materna. Así se lee: "(…) *En cuanto a la relación con su nieta, se aprecia en la evaluada conocimiento de la menor, criterio acerca de la crianza, participación activa, compromiso y vínculo afectivo estrecho, además de disposición para la crianza. En el aspecto psicológico no se encuentra en la evaluada limitación o dificultad alguna para desempeñar adecuadamente el rol de la crianza (*…)"; con relación al progenitor, de sus pericias psiquiátricas, psicológicas, visita social se aprecia que aquel está de acuerdo que la abuela materna ejerza la tenencia de su menor hija, admite que no ha tenido contacto ni responsabilidad con su hija, sin embargo desea se fije un régimen de visitas, por lo que teniendo presente que para el pleno desarrollo integral de la citada niña se requiere de la imagen paterna, debe establecerse un Régimen de Visitas progresivo hasta lograr la óptima interrelación paterno filial; por lo que corresponde estimar este extremo de los agravios del apelante, así como también confirmar el extremo de la recurrida que determina la tenencia a favor de la abuela materna. ----------

Que, en lo concerniente al segundo y tercer agravio es de considerar que si bien, en efecto, las pericias psicológica y psiquiátrica, no lo imposibilitan de poder ejercer su rol de padre, sin embargo, debe tener presente que la propia pericia psicológica realizada al apelante, expresa que si bien manifiesta sentir afecto por su hija, sin embargo ello es más cognitivo que afectivo. Así se lee: "*Respecto al proceso actual, el vínculo paterno filial en el evaluado aún no está del todo fortalecido y su preocupación hacia su hija es más cognitivo que afectivo; además de ello puede apreciarse gran resentimiento y actitud revanchista hacia la abuela materna, por lo que su deseo de criar a la niña en la actualidad está basado más en perjudicar a la abuela y no toma en cuenta la*

afectación que ello implicaría para la estabilidad de su hija, la cual según su propio relato está muy acostumbrada al ambiente materno (…)", por lo que se hace necesario que el recurrente reciba Terapias Psicológica Individual y/o con su menor hija y familia materna, donde se trabajen sus características de personalidad y se le ayude a lograr un acercamiento con su hija y la familia materna, en el que se priorice el bienestar de la menor. ----------

4. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA: ----------

PRIMERO.- Para los efectos del caso, el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que procede contra las decisiones finales emitidas por la Corte Superior en los casos previstos en la Ley. Este tipo de reclamación solo puede versar sobre los aspectos de la sentencia de instancia relativos al Derecho aplicado a los hechos establecidos, así como el incumplimiento de las garantías del debido proceso o infracción de las formas esenciales para la validez de los actos procesales. En efecto, se trata de una revisión del Derecho aplicado donde la apreciación probatoria queda excluida[1]. ----------

SEGUNDO.- La doctrina en general apunta como fines del recurso de casación el control normativo, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, con lo cual se busca la unidad de la legislación y de la jurisprudencia (unidad jurídica), la seguridad del orden jurídico, fines que han sido recogidos en la legislación procesal en el artículo 384 del Código Procesal Civil, tanto en su versión original como en la modificada, al precisar que los fines del recurso de casación son: "*la adecuada aplicación del derecho objetivo* al caso concreto y *la unidad de la jurisprudencia de la nación*"[2]. ----------

TERCERO.- En materia casatoria sí es factible ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales para determinar si se han infringido o no las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. En ese sentido, el derecho a un **debido proceso** supone la observancia rigurosa, por todos los

[1] Sánchez- Palacios P. (2009). *El recurso de casación civil.* Editorial Jurista Editores. Pág. 32.
[2] Hurtado Reyes Martín, La Casación Civil. Editorial Idemsa, Pág. 99.

que intervienen en un proceso, no solo de las reglas relativas a la estructuración de los órganos jurisdiccionales, sino también de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. Es así que el debido proceso está referido al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, por el cual se posibilita que toda persona pueda recurrir a la justicia para obtener tutela jurisdiccional efectiva, a través de un procedimiento legal, con la observancia de las reglas procesales establecidas para ello y que las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley. ----------

CUARTO.- Considerando que se declaró procedente el recurso de casación por infracciones normativas de carácter procesal corresponde analizar lo referente a la presunta vulneración al debido proceso y a la motivación de resoluciones judiciales, así como lo referido específicamente a la supuesta infracción del artículo 197 del Código Procesal Civil, por lo que dada su incidencia, la estimación de esta incidiría directamente en el trámite del proceso judicial debido a su efecto nulificante, puesto que, al producirse la nulidad, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre las demás infracciones. ----------

QUINTO.- En ese contexto, cabe precisar que el artículo 197 del Código Procesal Civil, dispone que: "*Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión*". Hay en esta norma un mandato de exhaustividad en la valoración de la prueba y una obligación de expresar los elementos y las razones que justifican la importancia de determinada prueba en el juicio[3]. --------

[3] De esto se desprende también que existe una diferencia esencial entre valorar la prueba y motivarla, así, no debe "*confundirse valoración de la prueba con la motivación de dicha valoración (…) la motivación es simplemente, al menos en cuanto a la parte probatoria, la expresión de dicha valoración, de por qué unos medios probatorios le merecen al Juez mayor o menor valor, certeza y credibilidad.*- Nieva Fenol, Jordi, La valoración de la prueba. Marcial Pons, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 2010, p. 197.

SEXTO.- La sentencia judicial que no contenga motivación, o la contenga solo de modo aparente, infracciona el debido proceso por afectación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En ese sentido, esta Corte Suprema ha señalado que el debido proceso "*constituye una garantía establecida en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, cuya vulneración es sancionada de ordinario con la nulidad procesal, configurándose cuando no se ha respetado el derecho de las partes a acudir al órgano jurisdiccional en procura de tutela efectiva, cuando se transgrede el derecho de defensa de las partes, el de ser oídos, de producir prueba, de formular los medios impugnatorios y de obtener una sentencia motivada en hechos y en derecho con sujeción a los actuados* (…)"[4].----------

SÈTIMO.- Concordante con ello, lo dispuesto en el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, cuando dispone que: "*Las resoluciones contienen: (…) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustenten la decisión* (…)". Lo contrario, es decir la omisión de la motivación de la valoración de la prueba bajo criterios lógicos y razonables, no solo implica una vulneración del derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales; sino también al derecho a la prueba, conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional cuando señala que "(…) *por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado (…)*"[5]. ----------

[4] Casación N° 130-2008-La Libertad, Sala de Derecho C onstitucional y Social Permanente, publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha treinta de octubre de dos mil ocho.
[5] Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 6712-2005/HC/TC, Fundamento 15.

OCTAVO.- En el presente caso, la sentencia de vista infringe el marco constitucional y procesal antes señalado, toda vez que al expedirse sentencia de vista el colegiado superior no ha expresado valoración alguna respecto del Oficio N° 12790-2016-MIMP-DGNNA-DIT-UIT Lima, de fe cha 4 de octubre de 2016, y que obra a fojas 1691, así como los documentos que lo acompañan, los que hacen referencia a una investigación tutelar iniciada por la Unidad de Investigación Tutelar del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a favor de la menor de iniciales E.O.B.O. (13) quien sería hija del demandado Jhon Peter Martín Bazán Aguilar, respecto a una causal de abandono, ello conforme a la Resolución Administrativa de la Dirección de Investigación Tutelar número 1232-2014-MIMP-DGNNA-DIT de fecha seis de marzo de dos mil catorce. Cabe precisar, que en dicha documentación se da cuenta del presunto estado de abandono que habría sido objeto la menor de iniciales E.O.B.O. (Expediente número 0641-2014-MIMP-DGNNA-DIT) por el cual se dispuso el ingreso de la menor al Centro de Atención Residencial Privado “Caritas Felices”. ----------

NOVENO.- Que, los documentos antes descritos resultan de relevancia para resolver la controversia, en tanto lo que está en controversia en el presente proceso es el régimen de visitas de la menor de iniciales N.M.C.B.C. a favor del padre, en el que no se ha establecido restricciones en la forma de su ejecución, por lo que a fin de emitir un pronunciamiento acorde a derecho, y de salvaguardar la integridad y el interés superior de la niña como objeto de especial protección por el Estado, el colegiado superior deberá emitir nuevo pronunciamiento valorando debidamente los medios probatorios antes señalados, conjuntamente con la evaluación psicológica practicada al demandado. ----------

DÉCIMO.- Lo expuesto permite concluir que los jueces han emitido pronunciamiento bajo inobservancia del derecho al debido proceso al haber soslayado la finalidad de los medios probatorios en referencia, omitiendo de

igual manera una debida motivación respecto a su valoración, por lo que corresponde declarar la nulidad de la resolución venida en grado conforme a lo prescrito en la segunda parte del artículo 122 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 171 del mismo Código; a fin que la Sala Superior emita nuevo fallo subsanando las omisiones advertidas. ----------

5. <u>DECISIÓN</u>: ----------

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante **María de Lourdes Elizabeth Santiago Derteano** a fojas mil novecientos quince; por consiguiente, **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos setenta y cinco, de fecha tres de mayo de dos mil dieciocho, emitida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; **ORDENARON** que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento en atención a las consideraciones expuestas; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; en los seguidos por María de Lourdes Elizabeth Santiago Derteano contra Jhon Peter Martín Bazán Aguilar, sobre Tenencia y Custodia de Menor; *y los devolvieron*. Ponente Ampudia Herrera, Juez Suprema.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

CALDERÓN PUERTAS

AMPUDIA HERRERA

LÉVANO VERGARA

Rsr/Gct/Eev

2021 / J21 / COMENTARIO JURÍDICO

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia · Temas 1 y 3

Consulta e integración de visitas de oficio

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 28 de mayo de 2021

Localización: Tema 1: páginas 1-8; tema 3: páginas 19-29 del acta

1. Decisión y alcance

El tema 1 adopta por mayoría el control en consulta sobre pretensiones conexas de tenencia y visitas. El tema 3 acuerda integrar de oficio las visitas del progenitor sin custodia fáctica, aun cuando se confirme el rechazo de su demanda de tenencia.

2. Lectura jurídica del caso

La lectura conjunta busca evitar que una resolución deje sin respuesta la relación del niño con el progenitor no conviviente. En consulta se revisan extremos conexos; en apelación del proceso de tenencia se plantea resolver el contacto omitido. Son problemas procesales distintos, aunque ambos persiguen una tutela familiar completa.

3. Aplicación y contraste

Invocar el acuerdo exige identificar el supuesto exacto, la información disponible para diseñar visitas y las posibilidades de defensa. La integración no reemplaza la evaluación de seguridad ni autoriza horarios arbitrarios. Conviene contrastar el tema 3 con la Casación 1252-2015, cuyo problema era una modalidad de tenencia distinta de la debatida.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 50-52, permite explicar por qué una solución integral puede evitar litigios sucesivos, manteniendo un debate suficiente.

5. Límites de utilización

Son acuerdos jurisdiccionales orientadores, no precedentes casatorios vinculantes. Pleno celebrado el 27 y 28 de mayo de 2021. Se reproducen las páginas completas de los temas pertinentes; las páginas limítrofes conservan breves textos de otros temas para no alterar el documento.

Doctrina. Referencias completas en la bibliografía.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

ACUERDOS PLENARIOS DEL PLENO JURISDICCIONAL

NACIONAL CIVIL FAMILIA

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia, conformada por los señores Jueces Superiores: Nancy Coronel Aquino, Jueza Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima y Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios; Pércida Damaris Luján Zuasnábar, Jueza Superior de la Corte Superior de Justicia de Junín; Severiano Cástulo Rojas Díaz, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Rodolfo Sócrates Najar Pineda, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Moquegua: Tullio Deifilio Bermeo Turchi, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, dejan constancia que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes, han arribado a los Acuerdos Plenarios que se exponen a continuación:

TEMA N° 1

LA CONSULTA EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO

¿La consulta en los procesos de divorcio, prevista en el artículo 359° del Código Civil, implica un análisis y control, de parte del órgano superior, únicamente sobre la pretensión del divorcio o también sobre la adecuada evaluación y determinación de las pretensiones conexas, como son la tenencia, régimen de visitas, suspensión o extinción de la patria potestad, en casos de haber hijos menores de edad?

Primera ponencia

La consulta en los procesos de divorcio implica un análisis y control, de parte del órgano superior, únicamente sobre la pretensión del divorcio por la causal amparada conforme a lo previsto en el artículo 359° del Código Civil.

Segunda ponencia

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

La instancia superior debe ejercer control sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas, en casos de haber hijos menores de edad.

Fundamentos

Primera ponencia

La institución de la consulta tiene por objeto que el superior en grado revise la observancia del debido proceso, así como también la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que se refiere a la aplicación del derecho material en la solución del caso concreto.

El artículo 408 del Código Procesal Civil establece que la consulta procede, además de los supuestos precisados en los numerales del uno al tercero: «4. Las demás que la ley señala». Es así como el artículo 359° del Código Civil reseña que: «Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, esta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional», que, por ende, solo resulta proceden la revisión del cumplimiento del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva respecto de la pretensión de divorcio amparada, mas no otras pretensiones conexas.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación n.°. 230-96-La Libertad en relación con la consulta de la sentencia de divorcio, ha establecido lo siguiente:

> «[…] Los autos deben elevarse en consulta al Superior (de no apelarse la sentencia que declara el divorcio), tal como la norma antes acotada (art.359 del C.C.) indica, debiéndose advertir que esta consulta responde al acatamiento de una norma de carácter imperativo que no persigue la

absolución del grado porque no hay grado que absolver sino simplemente su examen o conformidad con lo resuelto por el Juez inferior» (Corte Suprema de Justicia de la República, 1998, p. 1008).

Segunda ponencia

Desde una interpretación constitucional, la consulta, prevista en el artículo 359 del Código Civil, comprende no solo el divorcio, sino también las pretensiones conexas, referidas a derechos de niñas, niños y adolescentes, que también afectan la disolución de vinculo conyugal de sus padres, como la tenencia, régimen de visitas, alimentos, suspensión o extinción de la patria potestad, etc., y, por lo tanto, es el Estado quien tiene el deber de revisar respecto a las obligaciones de los cónyuges y los derechos de los hijos que directamente pueden resultar afectados como consecuencia del divorcio de sus padres; ello en aras de la observancia del principio del interés superior del niño y el respecto a sus derechos que, en términos constitucionales, constituye interés relevante.

El proceso de divorcio es un proceso de familia y un acto procesal unitario, donde se discuten también derechos de los niños, niñas y adolescentes, y es el juez el llamado a proteger tales derechos por constituir la parte vulnerable por los derechos que generan en ellos la separación de sus progenitores; por tanto, debe aplicar, en toda su magnitud, el estándar internacional de la «debida diligencia», impuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que, en caso de existir vicios procesales, es el órgano superior consultor que debe acudir al principio específico de «ajuste razonable del proceso» para reinterpretar, modificar, complementar y/o adaptar las normas procesales existentes de manera razonable, que permitan garantizar una verdadera tutela procesal efectiva y la protección de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Para adoptar una decisión judicial, referida al niño, niña y adolescente, debe darse dentro del marco del interés superior del niño como derecho, principio y

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

norma de procedimiento, y, en este sentido, debe evaluarse y determinarse. Además, según lo dispuesto por la Ley n.° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, debe evaluarse el impacto de la decisión judicial, analizando las repercusiones positivas o negativas en su desarrollo integral.

Además, el reglamento de la precitada ley, en su párrafo 26.11, dispone que se debe realizar el seguimiento y la evaluación permanente del impacto de las medidas en los derechos de la niña, niño o adolescente, y se deben tomar las medidas pertinentes para garantizar su bienestar integral.

1. GRUPOS DE TRABAJO: En este estado, la doctora Nancy Coronel Aquino, presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, en la sesión plenaria virtual concedió el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de dar lectura a las votaciones finales arribadas en los trabajos de talleres, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: La señora relatora Dra. Nilza Villón Ángeles, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y seis (06) votos por la segunda ponencia, manifestando que, “Su tratamiento debe ser conflicto familiar, no efectuar una interpretación restringida sino amplia y se debe tener en cuenta el Tercer Pleno Casatorio Civil, el principio del interés superior del niño, velar por la familia, además debemos tener en cuenta que el tratamiento del divorcio no solo abarca la disolución del matrimonio sino el mismo Código Civil, señala que debe verificarse la patria potestad, alimentos y otros”.

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Edgar Martínez Osco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda ponencia, estableciendo que, “La instancia superior debe ejercer control de las

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas en los procesos de divorcio que son materia de consulta en aras de cautelar el interés superior del niño que podía verse afectado como consecuencia de la decisión tomada por el juzgado de familia y con la finalidad de evitar la judicialización posterior respecto a dichas pretensiones".

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Jacinto Arnaldo Cama Quispe, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de once (11) votos por la primera ponencia y tres (03) votos por la segunda ponencia, indicando que "Primero

_____.- El grupo adopta por mayoría la PRIMERA ponencia, debido a que la consulta está regulada de manera expresa en la ley; además que, las demás pretensiones conexas se pueden demandar de manera autónoma y la norma no ha previsto que tenga que haber una consulta. Segundo.- De acuerdo al principio de legalidad, la consulta es restrictiva y de conformidad con el artículo 359º del Código Civil solo se habla de elevar en consulta la sentencia; por lo que, debe aplicarse la norma de manera estricta y no de forma extensiva que pretende la segunda ponencia. Tercero.- Que las pretensiones conexas que se demandan conjuntamente con el divorcio no generan cosa juzgada; por lo tanto, pueden volver a plantearse en otro proceso de manera autónoma".

Grupo N° 04: El señor relator Dr. Javier Herrera Villar, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y ocho (08) votos por la segunda ponencia, indicando que, "Sobre la consulta en los procesos de divorcio, la instancia superior debe ejercer el control sobre los extremos de la/las causales de divorcio amparadas, que aborden, además, las pretensiones conexas de tenencia, régimen de visitas, suspensión y/o extinción de la patria potestad, en caso de haber hijos menores de edad".

Grupo N° 05: El señor relator Dr. Gastón Adrianzén García, sostuvo que su

grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de tres (03) votos por la primera ponencia y seis (06) votos por la segunda ponencia, estableciendo que, “Existe una conexión entre el divorcio y la patria potestad, régimen de visitas, tenencia y alimentos, el principio del interés superior del niño exige al magistrado adoptar las medidas más convenientes para el menor, además en el derecho de familia rigen la flexibilización de los principios y reglas procesales”.

Grupo N° 06: La señora relatora Dra. Rosa Juárez Ticona, sostuvo que su grupo **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de tres (03) votos por la primera ponencia y nueve (09) votos por la segunda ponencia, manifestando que, “La instancia superior, al resolver la consulta debe ejercer control sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia, régimen de visitas, alimentación, suspensión o extinción de la patria potestad., en casos de haber hijos menores de edad cuyos derechos también se ven afectados con la disolución de vínculo conyugal de sus padres, correspondiendo al Estado el deber de revisar respecto a las obligaciones de los cónyuges y los derechos de los hijos que directamente pueden resultar afectados como consecuencia del divorcio de sus padres”.

Grupo N° 07: El señor relator Dr. Alejandro Aquije Orosco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de seis (06) votos por la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda ponencia, indicando que, “Que, en los procesos de divorcio con pretensiones accesorias tales como tenencia, régimen de visitas y otros, al elevarse en consulta, deben ser analizados también por parte de la Sala Superior, teniéndose en cuenta el interés superior del niño como derecho, principio y norma de procedimiento”.

Grupo N° 08: La señora relatora Dra. Elcira Farfán Quispe, sostuvo que su

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

grupo por **EMPATE** se adhieren a los fundamentos **de ambas ponencias**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y cinco (05) votos por la segunda ponencia, señalando que “Primero

_____.- La Institución Jurídica de la Consulta es un mecanismo extraordinario de control por parte de la segunda instancia sobre un tema específico regulado por el código civil siendo en este punto en discusión el Divorcio; que si bien es cierto en el Ordenamiento Jurídico obliga a los juzgados de primera instancia a pronunciarse sobre pretensiones conexas (Alimentos, Tenencia, Régimen de Visitas), estos no tendrían que ser parte del control, por el hecho que son pretensiones autónomas y porque causaría cierto riesgo a la ejecución de las sentencia. Segundo.- En el proceso de Divorcio y por mandato expreso de la ley, se debe pronunciar sobre las pretensiones accesorias, ello en atención al Principio del Interés Superior de Niño y Adolescente, siendo que al elevarse en consulta, la segunda instancia no solo debe verificar la protección de la pretensión principal (Vínculo Matrimonial), sino que además al tratarse de derechos inherentes a menores de edad, las mismas que se encuentra incluidos en el fallo de primera instancia; el control realizado por el recurso de consulta debe evaluar todas las pretensiones”.

Grupo N° 09: La señora relatora Dra. Susana Mendoza Caballero, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de dos (02) votos por la primera ponencia y ocho (08) votos por la segunda ponencia, advirtiendo que, “En relación con la problemática propuesta, la instancia superior debe ejercer control de legalidad sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas, en casos de haber hijos menores de edad”.

Grupo N° 10: La señora relatora Dra. Graciela Llanos Chávez, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de seis (06) votos por la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda

ponencia manifestando que, "En los casos sea elevado el divorcio en Consulta y que las mismas contienen las Pretensiones conexas sea tenencia y/o régimen de visitas, el Juez revisor en consulta puede pronunciarse sobre los mismos".

2. DEBATE: Luego de la lectura de las conclusiones finales de los diez (10) grupos de trabajo, la presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. VOTACIÓN: La presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino da lectura del conteo de la votación proyectada en cuadro estratégico en el desarrollo de la sesión plenaria virtual, realizada por los diez (10) grupos de trabajo y con las precisiones y/o aclaraciones que se hicieron en su intervención, el resultado es el siguiente:

Primera Ponencia	**:**	**51 votos**
Segunda Ponencia	**:**	**66 votos**
Abstenciones	**:**	**0 votos**

4. ACUERDO PLENARIO:

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *"La instancia superior debe ejercer control sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas, en casos de haber hijos menores de edad".*

restringida, a que se refiere el numeral 9 del artículo 44° del Código Civil, y como lo señala el artículo 51° del Reglamento del Decreto Legislativo n.° 1384, aprobado mediante Decreto Supremo n.° 016-2019-MIMP".

TEMA N° 3

RÉGIMEN DE VISITAS DE OFICIO AL PROGENITOR QUE NO OBTUVO LA TENENCIA

¿Es posible que la sala superior integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, no obstante que no se haya amparado la pretensión de tenencia?

Primera ponencia

Resulta imprescindible que la sala superior en grado de apelación, no obstante haber confirmado la sentencia que declaró infundada la demanda de tenencia, integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, toda vez que dicho problema familiar no puede quedar sin resolver, al afectar el derecho del niño, niña y/o adolescente, a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado.

Segunda ponencia

Si la instancia superior confirma la sentencia apelada que declara infundada la demanda de tenencia, no procede integrar de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, toda vez que ello implica un pronunciamiento más allá del petitorio, lo cual nuestro ordenamiento procesal civil no permite, conforme a lo

regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, más aún que para pretender un régimen de visitas, el progenitor/ra debe acreditar el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de su obligación alimentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del citado Código.

Fundamentos

Primera ponencia

En principio, el inciso c) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes faculta al juez otorgar de oficio un régimen de visitas «para el que no tenga la tenencia o custodia del niño, niña y/o adolescente». En el caso materia de discusión plenaria, no se ha amparado la pretensión de tenencia y custodia, sin embargo, a efectos de mantener las relaciones personales y contacto directo con ambos padres, se considera que debe fijarse un régimen de visitas a favor del progenitor que no ostenta la tenencia fáctica, pese a no ser parte del petitorio. Ello en observancia de lo dispuesto en el Segundo Reconocimiento del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que regula que: «[…]Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión […]», y del artículo 9.3 de dicha convención, que prescribe: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»; instrumento normativo que forma parte del derecho nacional al haber sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa n.° 25278 del 03 de agosto de 1990, en observancia a lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución Política del Estado.

Esta solución, respecto al derecho del niño de mantener contacto permanente con el progenitor que no ostente la tenencia, también encuentra su sustento en las reglas que, con carácter de precedente judicial vinculante, en materia de

derecho de familia, fueron establecidas por el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por las Salas Civiles de la Corte Suprema de la Republica [1], siendo una de tales reglas que:

> 1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas, y en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado, que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de derecho.

Asimismo, también debe destacarse, entre los considerandos de dicha sentencia casatoria, que:

> 15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de Familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ellos debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, […] En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda.

Segunda ponencia

[1] En la Casación n.° 4664-2010-Puno, sentencia de fecha 18 de marzo del 2011.

Se debe tener presente que nuestro ordenamiento procesal civil se rige por el *principio publicístico*, en virtud del cual toda pretensión se materializa en una demanda, siendo que en mérito al derecho de acción que tiene todo justiciable, se le faculta a recurrir ante el órgano jurisdiccional pidiendo la solución de su conflicto de intereses, conforme a lo normado en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, concordado con lo dispuesto en el artículo 2 del mismo código. Que, en el caso materia del pleno, no se ha amparado la pretensión de tenencia y por lo tanto no corresponde fijar un régimen de visitas conforme a lo normado en el inciso c del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes; así como que tampoco no corresponde que el juez de oficio dicte un régimen de visitas a favor del padre que no ostenta la tenencia fáctica del menor, pues ello implicaría un pronunciamiento *extra petita,* afectando el principio de congruencia procesal y contraviniendo el Código Procesal Civil, conforme a lo prescrito en el artículo VII de su Título Preliminar.

Que, en efecto, toda pretensión implica el cumplimiento de ciertos presupuestos procesales y materiales, siendo que en el caso del régimen de visitas el demandante debe acreditar el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones alimentarias, conforme al artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, y que ello constituye uno de los puntos controvertidos que debe determinarse en la sentencia, en observancia del principio de congruencia procesal; que, además, otro de los principios en materia de tenencia y régimen de visitas, es que las decisiones deben estar sustentadas por las evoluciones psicológicas, sociales y educativas que componen el informe del Equipo Técnico Multidisciplinario, en atención al caso en concreto; indicadores que contribuirían a determinar las formas y modos de mantener vigente el contacto directo de los hijos con el padre o madre que no ejerce la tenencia, así como también la preexistencia de factores de riesgo que pudieran existir y demás circunstancias que permitan fijar un régimen de visitas; todo ello implica la incorporación de medios de prueba que puede realizarse durante el recorrido de un proceso. Que, de fijarse de oficio por la

instancia superior un régimen de visitas, no cabría la posibilidad de ejercer el derecho de acción, el derecho a prueba, el derecho a ser escuchado, tanto de los padres como del niño sobre esta materia, el derecho de doble instancia, siendo que en este último, la función de Corte Suprema, vía recurso de casación, no constituye instancia de mérito, sino que su actividad se circunscribe a determinar la no contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 386 del Código Procesal Civil, y por lo tanto, en sede casatoria no se valoran medios probatorios sobre el fondo de la controversia.

Que, si bien los plenos casatorios constituyen precedentes vinculantes, sin embargo, también debe tenerse presente que el juez puede apartarse de ellos, fundamentando debidamente, conforme a lo regulado en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1. GRUPOS DE TRABAJO: En este estado, la doctora Nancy Coronel Aquino, presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, en la sesión plenaria virtual concedió el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de dar lectura a las votaciones finales arribadas en los trabajos de talleres, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: La señora relatora Dra. Nilza Villón Ángeles, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de once (11) votos por la primera ponencia y un (01) voto por la segunda ponencia, manifestando que, "**Primero** _____.- Recomendar que los jueces de primera instancia que cumplan con lo señalado en el Art. 384° del Código del Niño y Adolescente en el sentido que sí se puede emitir un pronunciamiento del régimen de visitas, siempre y cuando se analice con los medios probatorios. **Segundo**.- Recomendar que, en las decisiones de las Salas, al advertir la omisión de pronunciamiento de primera instancia, se debe recomendar al juez que utilice la Ley. **Tercero**.- Recomendar que se dé la posibilidad del

contradictorio en segunda instancia a la parte que se habría poder perjudicado o en todo caso que no podría estar de acuerdo con el Régimen de visitas. **Cuarto**

_____.- Recomendar que, a la hora de señalar la vista de la causa, se le pregunte qué es lo que prefieren los menores respecto al régimen de visitas. **Quinto**.- Recomendar que, no se debe de pasar el derecho de defensa, porque el debate es esencialmente el mismo, la pretensión de la tenencia contiene íntegramente lo que debe ser evaluado en el régimen de visitas".

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Edgar Martínez Osco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de diez (10) votos por la primera ponencia, un (01) voto por la segunda ponencia y un (01) voto por la abstención, estableciendo que, "La sala superior debe, en grado de apelación, fijar de oficio un régimen de visitas a favor del progenitor, cuya demanda de tenencia ha sido desestimada y confirmada por la sala siempre que se tengan todo el elemento suficiente para el establecimiento de dicho régimen de visitas; se cuente con las garantías procesales que el caso requiere y cuando ello favorezca al interés superior del niño, niña y/o adolescentes y a su desarrollo integral, sin embargo, para ello deben contarse con los elementos fundamentales (medios probatorios) , garantías procesales (debido proceso y salvaguarda de derechos como el de opinión de los menores de edad) para determinar no solo fijar las visitas sino la forma en que éstas deben ser fijadas, salvaguardando el interés superior del niño".

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Jacinto Arnaldo Cama Quispe, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de ocho (08) votos por la primera ponencia, tres (03) votos por la segunda ponencia y un (01) voto por la abstención, indicando que "Resulta imprescindible que la sala superior en grado de apelación no obstante haber confirmado la sentencia que declaró infundada la demanda de tenencia integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente; toda vez que, dicho problema

familiar no puede quedar sin resolver, ello al afectar el derecho del niño, niña y/o adolescente a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado".

Grupo N° 04: El señor relator Dr. Javier Herrera Villar, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de trece (13) votos por la primera ponencia, cero (0) votos por la segunda ponencia y un (01) voto por la abstención, indicando que, "En grado de apelación, sin perjuicio de que se haya confirmado la sentencia que declare infundada la demanda de tenencia, la Sala Superior sí puede integrar de oficio la resolución apelada y fijar un régimen de visitas para el progenitor que no ostente la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, pues ello no podría quedar sin pronunciamiento de parte de la judicatura, de lo contrario, se afectaría el derecho del niño, niña y/o adolescente, a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado. Esta conclusión tiene respaldo jurídico en el artículo 84, literal c), del Código de los Niños y Adolescentes, y también la Convención sobre los Derechos del Niño, en el segundo reconocimiento del Preámbulo, en su artículo 9.3, al constituir un instrumento normativo que forma parte del derecho nacional al haber sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa n°. 25278, asimismo, en el precedente judicial vinculante del acuerdo plenario casatorio, respecto de la flexibilización de algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, etcétera, en atención a la naturaleza de los conflictos familiares".

Grupo N° 05: El señor relator Dr. Gastón Adrianzén García, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de nueve (09) votos por la primera ponencia y un (01) voto por la segunda ponencia, estableciendo que, "**Primero**

_____.- El grupo opta por la primera ponencia en atención a que hay necesidad de que el juez se pronuncie por el régimen de visitas en atención a que conviene al interés superior del niño definir si debe o

no mantener relaciones personas y afectivas con el padre o madre que no ejercerá la tenencia, no obstante, haberse desestimado la pretensión de tenencia al demandante. **Segundo**

_____.- No necesariamente el Juez está obligado a conceder el régimen de visitas, su deber es de pronunciarse sobre las visitas, favorable o desfavorablemente, considerando los medios de prueba y los hechos invocados por los padres".

Grupo N° 06: La señora relatora Dra. Rosa Juárez Ticona, sostuvo que su grupo **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de diez (10) votos por la primera ponencia y dos (02) votos por la segunda ponencia, manifestando que, "Resulta imprescindible que la sala superior en grado de apelación, no obstante haber confirmado la sentencia que declaró infundada la demanda de tenencia, integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, toda vez que dicho problema familiar no puede quedar sin resolver, al afectar el derecho del niño, niña y/o adolescente, a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado".

Grupo N° 07: El señor relator Dr. Alejandro Aquije Orosco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de once (11) votos por la primera ponencia y dos (02) votos por la segunda ponencia, indicando que, "Se debe preservar el interés superior del niño y/o adolescente, en tal sentido es posible que la Sala pueda realizar la integración del régimen de visitas, no obstante haberse declarado fundada la demanda de tenencia. Precisándose que no existiría incongruencia por parte de la Sala al emitir pronunciamiento respecto del régimen de visitas, en atención a la flexibilización que contiene el Tercer Pleno Casatorio de Civil y Familia, referidos a temas de familia; aunado a ello, el derecho que tiene todo menor a que su desarrollo se lleve a cabo tenido en cuenta la relación padre e hijo, madre e hijo en la medida de lo posible".

Grupo N° 08: La señora relatora Dra. Elcira Farfán Quispe, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a primera ponencia**. Siendo un total de siete (07) votos por la primera ponencia y tres (03) votos por la segunda ponencia, señalando que "**Primera ponencia**

; Si es factible la integración de oficio de la pretensión del Régimen de Visitas en segunda instancia, de una sentencia de Tenencia declarada infunda en el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta el mandato expreso de la ley y el Interés Superior del Niño y Adolescente, mediante el cual se busca garantizar la protección del vínculo padre e hijos que son muy importantes para el desarrollo integral de los menores de edad. **Segunda ponencia**; No es factible la integración de oficio de la pretensión del Régimen de Visitas en segunda instancia, porque la pretensión no ha sido materia de contradicción entre las partes, toda vez que el tema central de discusión de la demanda es la Tenencia y no el Régimen de visitas. Asimismo, la instancia revisora se tiene que enmarcar en la materia de apelación, es decir la pretensión impugnatoria marca el contexto para el pronunciamiento de segunda instancia".

Grupo N° 09: La señora relatora Dra. Susana Mendoza Caballero, sostuvo que su grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de diez (10) votos, advirtiendo que, **"Primero**

.- Los señores (as) Jueces Superiores en mayoría absoluta (10 votos) consideran que, resulta imprescindible que la sala superior en grado de apelación, no obstante haber confirmado la sentencia que declaró infundada la demanda de tenencia, integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, toda vez que dicho conflicto familiar no puede quedar sin resolver, al afectar el derecho del niño, niña y/o adolescente, a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado, en protección del interés superior del niño. **Segunda**.- La integración de oficio que disponga la sala superior se realiza, no solo por los fundamentos expuestos anteriormente, sino además por lo dispuesto en el artículo 84.c del Código de los Niños y de los Adolescentes, que alcanza a los

jueces de primera instancia". PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Grupo N° 10: La señora relatora Dra. Graciela Llanos Chávez, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de diez (10) votos por la primera ponencia y un (01) voto por la segunda ponencia manifestando que, **"Primero**

_____.- Se concluye que resulta imprescindible que la sala superior en grado de apelación, no obstante haber confirmado la sentencia que declaró infundada la demanda de tenencia, integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, toda vez que dicho problema familiar no puede quedar sin resolver, al afectar el derecho del niño, niña y/o adolescente, a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado. Segunda.- Toda vez que dicho problema familiar no quede sin resolver lo cual se sustenta en la afectación del interés superior del niño. Además, que el derecho fundamental en juego es el derecho a relacionarse con sus padres, y la sala por norma tendría facultades para actividad probatoria y así emitir pronunciamiento sobre el régimen de visitas".

2. DEBATE: Luego de la lectura de las conclusiones finales de los diez (10) grupos de trabajo, la presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. VOTACIÓN: La presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino da lectura del conteo de la votación proyectada en cuadro estratégico en el desarrollo de la sesión plenaria virtual, realizada por los diez (10) grupos de trabajo y con las

precisiones y/o aclaraciones que se hicieron en su intervención, el resultado es el siguiente:

Primera Ponencia : 99 votos

Segunda Ponencia : 14 votos

Abstenciones : 03 votos

4. ACUERDO PLENARIO:

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente: *"Resulta imprescindible que la sala superior en grado de apelación, no obstante haber confirmado la sentencia que declaró infundada la demanda de tenencia, integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, toda vez que dicho problema familiar no puede quedar sin resolver, al afectar el derecho del niño, niña y/o adolescente, a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado".*

TEMA N° 4

LIQUIDACIÓN DE BIENES SOCIALES

DETERMINACIÓN DEL PERIODO DE FENECIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES SI SE AMPARA LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSAL BAJO EL SISTEMA «DIVORCIO SANCIÓN» Y SE AMPARA LA RECONVENCIÓN DE DIVORCIO, ENMARCADO EN EL SISTEMA «DIVORCIO REMEDIO» O VICEVERSA, SI LAS FECHAS DE FENECIMIENTO SON DISTINTOS

¿Cuál es el criterio que debe adoptar el juez, para determ

inar el periodo de liquidación de bienes de la sociedad de gananciales si se amparan pretensiones de divorcio, vía acción y reconvención, enmarcadas en las

2022 / J22 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 01227-2021-PHC/TC · Cajamarca

Proceso ordinario pendiente y límites del hábeas corpus

Tribunal Constitucional · 14 de octubre de 2022

Localización: Fundamentos 3-6 y fallo

1. Decisión y alcance

Demanda improcedente. La controversia debe tramitarse ante el juez de familia competente.

2. Lectura jurídica del caso

El expediente recoge la existencia de un proceso de tenencia en Chota y aplica la línea que reservaba al hábeas corpus una intervención excepcional cuando la respuesta ordinaria estuviera desbordada. El Tribunal no encuentra esa situación y evita sustituir la decisión de cuidado pendiente.

3. Aplicación y contraste

La argumentación constitucional debe identificar el derecho afectado y la conducta concreta, no únicamente la insatisfacción con el avance del expediente familiar. Para la lectura histórica importa observar qué test utiliza el Tribunal antes de su reformulación de 2025.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, permite reconstruir el criterio histórico de competencia y excepcionalidad. La autora no analiza este expediente posterior.

5. Límites de utilización

La improcedencia no declara quién es mejor cuidador ni convalida cualquier actuación del proceso ordinario. El criterio de desborde debe contrastarse con el Exp. 01431-2024-PHC/TC.

Doctrina: D4. Referencias completas en la bibliografía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Primera. Sentencia 409/2022

EXP. N.° 01227-2021-PHC/TC
CAJAMARCA
G.E.S.T. REPRESENTADA POR DANY ELIZABETH TANTALEÁN ORTIZ (MADRE)

Firmado digitalmente por:
PACHECO ZERGA LUZ IMELDA
FIR 02860240 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 26/10/2022 11:46:42-0500

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de octubre de 2022, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Monteagudo Valdez, Pacheco Zerga y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Máximo Edquen Campos abogado de doña Dany Elizabeth Tantaleán Ortiz a favor de su hija, la menor de iniciales G.E.S.T., contra la resolución de fecha 15 de febrero de 2021[1], expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Permanente de Cajamarca en Adición de Funciones de Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

Firmado digitalmente por:
OTAROLA SANTILLANA Janet
Pilar FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 16/11/2022 12:21:04-0500

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de julio de 2019, doña Dany Elizabeth Tantaleán Ortiz interpone demanda de *habeas corpus* a favor de su menor hija G.E.S.T. en contra de don Geiri David Sánchez Montenegro padre de su menor hija. Se alega la vulneración de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales, a la integridad moral, psíquica y física y a la educación.

La accionante solicita que se determine la ubicación de su menor hija G.E.S.T., se ordene al demandado (padre) el retorno de la menor al hogar habitual, además se garantice la integridad física, psicológica y el derecho a la educación de esta. Asimismo, se realicen las diligencias necesarias y se coordine con el Ministerio Público y/o Policía Nacional de la Comisaría del distrito de Tacabamba y/o Conchán, a efectos de conocer el destino de su menor hija y pueda garantizarse su integridad, pues se encuentra desaparecida, debido a que su padre se la llevó con fecha 28 de junio de 2019 con rumbo desconocido, aprovechando su ausencia. Agrega que, si bien el demandado es padre de la menor, ello no lo faculta para desaparecerla de forma arbitraria, tomando en cuenta que ella se encuentra matriculada en la institución educativa 101069 de la comunidad de Ayaque, distrito de Tacabamba.

[1] Foja 200 (cuaderno subsanación)

Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar
Augusto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 26/10/2022 13:05:44-0500

Firmado digitalmente por:
MONTEAGUDO VALDEZ Manuel
FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 09/11/2022 12:13:19-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El demandado alega[2] que la actora es su esposa y la menor es su hija; que con fecha 14 de abril de 2018, cuando regresó a su casa no la encontró porque había viajado a Lima y dejó a la menor con su abuela materna; que a las 8:30 horas aproximadamente del 28 de junio de 2019 la llevó a la escuela; y a las 13:00 horas la recogió, circunstancias en las cuales la menor le dijo que no quería regresar a su casa y le pidió que no la deje.

Afirma también que conversó con sus abuelos y les dijo que se la iba a llevar y que le entreguen ropa de la menor; sin embargo, no lo escucharon ni le entregaron la ropa, por lo que decidió llevarla a la ciudad de Tacabamba, para luego dirigirse hasta Conchán, y que a las 8:00 de la noche del citado día, cuando pretendió retornar con la menor a su hogar, ella no quiso porque le indicó que su madre la maltrataba y le pegaba.

Sostiene también que acudió ante el juez de paz de segunda nominación de Tacabamba para dejar constancia de que se la iba a llevar al domicilio que alquila ubicado en el caserío Laguna Shita, distrito de Sócota, provincia de Cutervo, región Cajamarca, en el cual ha contratado a una persona para que la cuide; y que estudia en la referida localidad.

El demandado agrega[3] que interpuso una demanda de tenencia ante el Juzgado Civil Permanente de Chota, con lo cual se acredita que sigue los trámites legales correspondientes, por lo que nunca secuestró a su hija.

El Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacabamba, mediante sentencia de fecha 17 de julio de 2019[4], declaró fundada la demanda. La Primera Sala Penal de Apelaciones con adición de funciones de Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, a través de la resolución de fecha 16 de setiembre de 2019[5], declaró nula la citada sentencia a fin de que se corrobore que la menor favorecida se encuentra con su padre.

En autos[6] obra el Acta de Verificación de fecha 10 de noviembre de 2020, en la que se da cuenta que la menor favorecida se encuentra en buenas condiciones físicas y psicológicas junto con su padre en su domicilio en el Caserío Laguna Shita de Socota.

[2] Foja 12.
[3] Foja 20.
[4] Foja 54.
[5] Foja 103.
[6] Foja 152.

El Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Chota, con fecha 21 de diciembre de 2020[7], declaró improcedente la demanda al considerar que: a) conforme consta del Acta de fecha 10 de noviembre de 2020, la menor se encuentra con su padre, el demandado, en el citado domicilio; b) no existe la negativa por parte del demandado para que la recurrente pueda ver a la menor, quien se encuentra en buenas condiciones de salud física y psicológica y que cursa estudios; y c) la pretensión invocada en la demanda debe ser resuelta por la judicatura ordinaria, porque no existen hechos o situaciones que no la desbordan y que ameriten la intervención de la judicatura constitucional, lo cual ha sucedido porque interpuso una demanda de tenencia que se encuentra en trámite. A su turno, la Primera Sala Penal de Apelaciones Permanente de Cajamarca en Adición de Funciones de Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, confirmó la apelada por similares consideraciones.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional[8], este fue concedido el 12 de abril de 2021[9]. No obstante, al elevarse los actuados al Tribunal Constitucional, se emitió el auto de fecha 24 de junio de 2021, en el Expediente 01227-2021-PHC/TC[10], que declara nulo dicho concesorio, al no contar la decisión recurrida con el número de firmas necesarias para su validez, lo que debía ser subsanado previamente.

La Primera Sala Penal de Apelaciones Permanente de Cajamarca en Adición de Funciones de Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante Resolución 19, de fecha 26 de noviembre de 2021[11], dispone subir nuevamente la resolución de fecha 15 de febrero de 2021 al sistema integrado judicial con las firmas digitales de los magistrados que integraron la Sala Superior. Y, por Resolución 20, de fecha 14 de marzo de 2022[12], concedió el recurso de agravio constitucional y se dispuso que se eleven los actuados a este Tribunal.

[7] Foja 155.
[8] Foja 181.
[9] Foja 184.
[10] Foja 2 del cuadernillo del Tribunal Constitucional.
[11] Foja 198 del cuaderno de subsanación.
[12] Foja 208 del cuaderno de subsanación.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se determine la ubicación de la menor de iniciales G.E.S.T., hija de doña Dany Elizabeth Tantaleán Ortiz, y se ordene a don Geiri David Sánchez Montenegro (padre) el retorno de la menor al hogar habitual. Se alega la vulneración de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales, a la integridad moral, psíquica y física y a la educación.

Análisis del caso concreto

2. La Constitución establece expresamente en el artículo 200, inciso 1, que a través del *habeas corpus* se protege tanto la libertad personal como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad personal o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

3. De los hechos expuestos en la demanda y de los documentos que obran en el expediente se advierte que lo que subyace es un tema relativo a los procesos de familia (tenencia). Al respecto, cabe señalar que este Tribunal Constitucional ha reconocido a través de su jurisprudencia que el impedimento de alguno de los padres de estar en contacto con sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos de tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso de integridad personal, entre otros (Expedientes 02892-2010-PHC/TC, 01817-2009-PHC/TC). Sin embargo, conforme a la propia naturaleza de los procesos constitucionales, no corresponde acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, concretamente asuntos relativos a los procesos de familia, tales como la tenencia o el régimen de visitas. Tampoco puede utilizarse la jurisdicción constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (Expedientes 862-2010-HC/TC; 400-2010-HC/TC; 2892-2010-HC/TC). No obstante, en aquellos casos en que las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria hayan sido claramente desbordadas, se podrá acudir de manera excepcional a la justicia constitucional

(Expediente 0005-2011-HC/TC).

4. En el presente caso, la materia controvertida respecto de la tenencia de una menor es un asunto que debe ser dilucidado por la propia judicatura ordinaria, y no se advierte en el caso de autos que las posibilidades de actuación hayan sido superadas.

5. Conforme se advierte de la búsqueda efectuada en la página web del Poder Judicial[13], se encuentra en trámite ante el Juzgado Civil Permanente de Chota una demanda de tenencia instaurada por doña Dany Elizabeth Tantaleán Ortiz contra don Geiri David Sánchez Montenegro (Expediente 00585-2019-0-0610-JR-FC-01), que son las mismas partes que en el presente proceso de *habeas corpus*.

6. En tal sentido, resulta de aplicación el artículo 7, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MONTEAGUDO VALDEZ
PACHECO ZERGA
OCHOA CARDICH

PONENTE PACHECO ZERGA

[13] https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html, el 13 de octubre de 2022, a las 12:30 horas.

2024 / J23 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 4811-2021 · Lima Norte

Variación de tenencia y aplicación de la Ley 31590

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 4 de julio de 2024

Localización: Fundamentos 4.49, 4.66-4.73 y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; nulidad de la sentencia de vista e insubsistencia de la apelada, con nueva evaluación desde la etapa probatoria. Se formula una propuesta institucional sobre plan de parentalidad y coordinador parental.

2. Lectura jurídica del caso

El incumplimiento de visitas no determina por sí mismo el cambio de tenencia. La Corte exige información actual sobre la niña, su opinión y sus condiciones familiares, y dispone examinar la modalidad compartida conforme al texto modificado del artículo 81. El conflicto adulto no puede resolverse sancionando indirectamente al hijo mediante un cambio insuficientemente evaluado.

3. Aplicación y contraste

La sentencia permite estructurar una propuesta de cuidado verificable: actividades, traslados, escuela, comunicación y apoyos. El expediente también muestra la necesidad de valorar explicaciones concretas sobre la resistencia a visitas, incluidos temores vinculados a su ejecución. La actualización probatoria precede a decidir entre modalidad compartida y exclusiva.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 83-85, permite relacionar distribución de responsabilidades y planificación; es doctrina anterior a la reforma. D3, pp. 50-52, aporta la perspectiva de solución integral.

5. Límites de utilización

El fallo recomienda y propone evaluar herramientas de coordinación parental: no debe presentarse como creación de una profesión obligatoria o aprobación de un protocolo nacional. Emitida el 4 de julio de 2024; las firmas y difusión posteriores no cambian ese año de clasificación.

Consulta de fuente oficial. Compruebe diferencias posteriores y bibliografía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:ARIAS LAZARTE CARLOS GIOVANI /Servicio Digital
Fecha: 2/1/2025 11:59:19,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:BUSTAMANTE OYAGUE EMILIA /Servicio Digital
Fecha: 14/01/2025 14:56:08,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:CABELLO MATAMALA Carmen Julia FAU 20159981216 soft
Fecha: 3/01/2025 14:30:27,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:UBILLUS FORTINI Rosa Maria FAU 20546303951 soft
Fecha: 3/01/2025 16:14:46,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:ZAMALLOA CAMPERO ELOY /Servicio Digital
Fecha: 3/01/2025 12:53:29,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema:SALINAS DULANTO Ingrid Liv FAU 20159981216 soft
Fecha: 17/01/2025 17:26:25,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA

TÍTULO: *"Variación de tenencia"*
SUMILLA: *"De conformidad con el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, la resistencia al régimen de visitas podrá originar la variación de la tenencia, sin embargo, ello no constituye una regla absoluta, pues conforme a una interpretación literal de la misma norma se advierte que el verbo "podrá", implica una facultad del Juez, por lo que, de conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Civil, correspondía a las instancias de mérito evaluar dicha conducta de manera conjunta con otros elementos de análisis relevantes para determinar la tenencia de la menor, como son, contar con la opinión de la menor conforme el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, asimismo, aplicar el texto modificado del artículo 81 del mismo Código, que establece que la tenencia compartida es la regla y la tenencia monoparental o exclusiva la excepción, retrotrayéndose el proceso hasta la etapa probatoria para que el juez disponga las actuaciones correspondientes, con el apoyo del equipo multidisciplinario en caso de ser necesario, a fin de establecer la real situación de la menor (salud física y psicológica), sus condiciones familiares específicas, conocer su proceso de desarrollo en forma integral, cómo desempeña sus distintas actividades, curriculares, extracurriculares, de recreación, entre otros aspectos, antes de decidir sobre la variación de la tenencia".*
TRES PALABRAS CLAVES: *Interés Superior del Niño – Tenencia compartida – Debida motivación.*

"La humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle". Declaración de Ginebra, 1924.

Lima, 04 de julio de 2024.-

Mediante Resolución Administrativa N.º 000056-2023-CE-PJ del 26 de enero de 2023, se creó la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema a partir del 1 de abril de 2023, y se propuso a la Sala Plena de la Corte Suprema la distribución de causas de materia civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA

Mediante Resolución Administrativa de Sala Plena N.º 000010-2023-SP-CS-PJ del 12 de mayo de 2023, se dispuso que la Sala Civil Permanente remita a la Sala Civil Transitoria los expedientes ingresados con número impares, desde el más antiguo al menos antiguo, y que, a partir del 1 de junio, la Sala Civil Permanente recibirá los nuevos ingresos con número pares y la Sala Civil Transitoria aquellos con número impares.

Mediante Oficio N.º 0050-2023-SCP-P-CS-PJ del 7 de junio de 2023, la Presidencia de la Sala Civil Permanente comunica a la Presidencia de esta Sala, que la entrega de los expedientes la efectuará su jefe de Mesa de Partes.

Mediante Resolución Múltiple N.º 2 del 9 de junio de 2023, esta Sala dispuso la recepción de todos los expedientes remitidos por la Sala Civil Permanente, aun cuando no cumplan con los lineamientos establecidos en el Oficio Múltiple N.º 001-2023-EBO-SCT-SC-PJ.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;

VISTA la causa número cuatro mil ochocientos once, guion dos mil veintiuno LIMA NORTE, en audiencia pública llevada a cabo el día de la fecha; con el expediente principal físico digitalizado, y producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada **Tania Karin Mejía Miralles** de fecha 05 de marzo de 2021[1], contra la sentencia de vista emitida mediante resolución número 18 de fecha 15 de febrero de 2021[2], que

[1] De fojas 484 a 497.
[2] De fojas 421 a 427.

confirma la sentencia apelada emitida mediante resolución N.º 10 de fecha 19 de junio de 2020[3], que declaró **fundada** la demanda y, en consecuencia, ordena la variación de la tenencia de la menor de iniciales I.K.R.M. que se había ordenado en el Expediente N.º 9214-2015-0-0901-JR-FC-01 y que favorecía a doña Tania Karin Mejía Miralles, siendo que dicha tenencia es variada, y se ordena que la tenencia de la menor I.K.R.M. es a favor del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y se fija el régimen de visitas para la madre Tania Karin Mejía Miralles para que visite a su hija I.K.R.M. el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 9 de la mañana con retorno al hogar paterno a las 15 horas del mismo día, en el cumpleaños de la madre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con el padre demandante siempre que no interfiera con los horarios de estudio o de descanso de la menor.

II. <u>CAUSALES DEL RECURSO</u>:

Mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2023[4], se ha declarado **procedente** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Tania Karin Mejía Miralles**, por las causales de:

i) ***Infracción de los incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil;***
ii) ***Infracción de los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; y,***
iii) ***Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil.***

En ese sentido, corresponde a este Colegiado Supremo verificar la fundabilidad o no de dichas causales, teniendo en cuenta que el recurso de casación tiene

[3] De fojas 267 a 274.
[4] De fojas 49 a 52 del cuadernillo de casación.

como fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29364, aplicable al caso de autos por razón de temporalidad.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Antecedentes del Proceso.

A fin de contextualizar el análisis y respuesta judicial a las causales de casación declaradas procedentes, este Supremo Colegiado considera oportuno dar cuenta de los antecedentes del proceso en la forma siguiente:

1.1 Demanda: Por escrito del 26 de noviembre de 2018[5], don Iván Salvador Ramírez Chiroque, interpone demanda de variación de tenencia en contra de Tania Karin Mejía Miralles, a fin de que se varíe la tenencia de su menor hija de iniciales I.K.R.M. otorgada anteriormente a la demandada, y se disponga ahora la entrega de la menor a su favor.

Como fundamentos de su demanda, señala principalmente lo siguiente:

- **i)** Que la demandada Tania Karin Mejía Miralles inició un proceso judicial en su contra por tenencia y régimen de visita, Expediente N.º 9214-2015, tramitado ante el Juzgado Civil de Carabayllo;
- **ii)** Inicialmente en dicho proceso se dictó una medida cautelar, mediante resolución del 30 de marzo de 2016, concediendo un régimen de visitas los días sábados desde las 11:00 hasta las 15:00 horas *sin externamiento* en el domicilio materno;
- **iii)** Posteriormente, en el mismo proceso judicial se expidió sentencia de primera instancia del 03 de octubre de 2017, a través de la cual se

[5] De fojas 23 a 34.

declaró fundada la demanda y se otorgó la tenencia de su menor hija de iniciales I.K.R.M. a favor de su madre Tania Karin Mejía Miralles, fijándose un régimen de visitas para el padre, de la siguiente manera: *sin externamiento* durante los seis primeros meses, todos los sábados de 08:00 hasta las 18:00 horas, y a partir del séptimo mes *con externamiento*, consistente en que el padre recoja y devuelva a la menor del domicilio materno, el segundo y cuarto sábados y domingos de cada mes, el día de cumpleaños del padre, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día, y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo, intercalados anualmente con la demandante, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día;

iv) Dicha sentencia de primera instancia fue confirmada mediante sentencia de vista del 27 de junio de 2018, en cuando a la tenencia a favor de la madre y el régimen de visitas para el padre, *revocándola* únicamente en el extremo que se dispuso el régimen de visitas *sin externamiento* durante los primeros seis meses, lo cual se declaró improcedente;

v) Sin embargo, desde el momento en que fue notificado con la sentencia de vista, no ha podido ejercer su derecho al régimen de visitas debido a que la demandada se opone a tal cumplimiento de la sentencia, pues cuando ha acudido a ver a la menor en los días correspondientes, la demandada estaba ausente o se oponía al cumplimiento del mandato judicial, y pese a encontrarse incluso acompañado por personal policial.

1.2 Rebeldía de la demandada Tania Karin Mejía Miralles: Mediante resolución N.º 04 del 17 de julio de 2019[6], se resolvió declarar Rebelde a la demandada Tania Karin Mejía Miralles, al no haber cumplido con contestar la demanda dentro del plazo otorgado, pese a encontrarse debidamente notificada.

1.3 Dictamen del Fiscal Provincial: Con fecha 10 de diciembre de 2019, la Segunda Fiscalía Provincial Civil y Familia de Carabayllo, emitió el Dictamen N.º

[6] De fojas 137 a 138.

130-2019[7], a través del cual Opinó que se declare Fundada la demanda interpuesta por Iván Salvador Ramírez Chiroque en contra de Tania Karin Mejía Miralles sobre variación de tenencia de menor, por considerar que de las constataciones policiales que obran en autos, se advierte que la demandada no ha permitido al demandante ver a la menor conforme al régimen de visitas establecido por mandato judicial.

1.4 Sentencia de primera instancia: por Sentencia emitida mediante resolución N.º 10 de fecha 19 de junio de 2020[8], el Juzgado Civil Transitorio de Carabayllo, declaró **fundada** la demanda y, en consecuencia, ordena la variación de la tenencia de la menor de iniciales I.K.R.M. que se había ordenado en el Expediente N.º 9214-2015-0-0901-JR-FC-01 y que favorecía a doña Tania Karin Mejía Miralles, siendo que dicha tenencia es variada, y se ordena que la tenencia de la menor I.K.R.M. sea a favor del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y se fija el régimen de visitas para la madre Tania Karin Mejía Miralles para que visite a su hija I.K.R.M. el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 9 de la mañana con retorno al hogar paterno a las 15 horas del mismo día, en el cumpleaños de la madre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con el padre demandante siempre que no interfiera con los horarios de estudio o de descanso de la menor.

Como principales fundamentos señala los siguientes:

- **i)** Del acta de nacimiento de la menor de iniciales I.K.R.M., se advierte que sus padres son el demandante Iván Salvador Ramírez Chiroque y la demandada Tania Karin Mejía Miralles, teniendo la menor siete años de edad;
- **ii)** La demandada ha señalado a través de su escrito del 23 de julio de 2019, que vino dando las facilidades al demandante para que cumpla su

[7] De fojas 245 a 250.
[8] De fojas 267 a 274.

régimen de visitas conforme a lo ordenado en el Expediente N.º 9214-2015, pero que, sin embargo, a partir del 11 de noviembre de 2018 fecha en la que el demandante se presentó en su domicilio acompañado de la policía, su menor hija entró en pánico y se asustó, a partir de lo cual tiene miedo a esas situaciones, además, que el actor ha realizado visitas no contempladas en la sentencia acudiendo al centro de estudios de la menor;

iii) De las fotografías que obran en autos, se advierte que no hay miedo ni temor de la menor de pasar momentos gratos de vinculación con su padre, e incluso la constatación policial del 11 de noviembre de 2018, donde la policía da cuenta que la menor se encontraba llorando al interior de un vehículo y habría querido ir al lado de su padre, sino conjuntamente con su madre, no evidencia un rechazo categórico de la menor hacia su padre, y no podría haberlo porque el actor habría ejercido visitas sin externamiento por tres años, por lo que, la menor lo conoce y ha estado vinculada a él;

iv) Asimismo, el demandante ha acreditado encontrarse laborando en un cargo de dirección, así como encontrarse cumpliendo con sus obligaciones alimenticias para con la menor, no habiendo queja de la demandada al respecto, no habiéndose acreditado que el actor tenga descalificación laboral, penal o social, que le impida ejercer la tenencia de su menor hija;

v) Que el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia;

vi) De conformidad con la sentencia de vista del 27 de junio de 2018, emitida en el Expediente N.º 9214-2015, se ordena un régimen de visitas con externamiento a favor de Iván Salvador Ramírez Chiroque para que visite a su menor hija de iniciales I.K.R.M., el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo

día, así como en el cumpleaños del padre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con la demandante, siempre que no interfiera con sus horarios de estudio o descanso;

vii) Según las constataciones policiales de fechas 27 de octubre de 2018, 29 de octubre de 2018, 10 de noviembre de 2018, la policía dio cuenta que la demandada Tania Karin Mejía Miralles se negó a que el demandante Iván Salvador Ramírez Chiroque vea o retire a su menor hija, asimismo, según la constatación policial del 11 de noviembre de 2018 la policía dio cuenta que la menor se encontraba al interior de un vehículo negándose a ir con su padre, pero indicando que sí saldría con su papá y su mamá, y, finalmente, con las constataciones policiales del 24 y 25 de noviembre de 2018, la policía da cuenta que al llegar al domicilio de la demandada, nadie recibió al demandante; y,

viii) Con la documentación policial antes citada, se encuentra probada la conducta reiterada, permanente y dolosa de la demandada de no acatar los mandatos judiciales ordenados en la sentencia de vista del 27 de junio de 2018, cortando la libertad de su menor hija quien tiene derecho a ser feliz con sus dos padres, al impedirle en forma arbitraria tener vinculación personal y familiar con su padre, y con su familia paterna, contraviniendo los derechos a la libertad y a crecer y desarrollarse en familia de la menor, previstos en los artículos 5 y 8 del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que la pretensión del actor debe ser estimada en todos sus extremos, fijándose además un régimen de visitas para la parte demandada.

1.5 Dictamen del Fiscal Superior: Con fecha 13 de noviembre de 2020, la Fiscalía Superior en lo Civil y de Familia del distrito judicial de Lima Norte, remitió el Dictamen N.º 381-2020[9], a través del cual Opinó que se declare Nula la sentencia de primera instancia, resolución N.º 10 del 19 de junio de 2020, por

[9] De fojas 350 a 359.

considerar que si bien se ha acreditado la conducta de la demandada de no cumplir con el régimen de visitas del actor, sin embargo, ello no constituye una razón lógica jurídica para la variación de la tenencia, y, en ese sentido el Juez de primera instancia habría emitido su decisión basándose sólo en circunstancias que acontecen entre las partes, y no ha recabado medios probatorios a fin de conocer la real situación física y/o psicológica de la menor en aplicación del Interés Superior del Niño, menos aún ha conocido su opinión, pues dispuso el juzgamiento anticipado del proceso sin audiencia, aplicando erradamente las reglas del proceso sumarísimo, contraviniendo los artículos 160 y 170 del Código de los Niños y Adolescentes que establecen que el presente caso se tramita como proceso único y que la audiencia es inaplazable.

1.6 Sentencia de segunda instancia: La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante Sentencia de vista contenida en la resolución N.º 18 del 15 de febrero de 2021[10], resolvió **confirmar** la sentencia apelada emitida mediante resolución N.º 10 de fecha 19 de junio de 2020, que declaró **fundada** la demanda sobre variación tenencia de menor.

Como fundamentos señala básicamente los siguientes:

- **i)** Que la madre de la menor de iniciales I.K.R.M., doña Tania Karin Mejía Miralles, en efecto, no ha cumplido con la decisión de la Sala Civil que ordenó visitas con externamiento del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y, por el contrario ha formulado dos solicitudes de garantías personales que le fueron denegadas en segunda instancia, y también ha denunciado en dos oportunidades al actor por violencia familiar en agravio de ella y de su menor hija, y en las dos ocasiones tanto el Fiscal como el Juez han desestimado su denuncia;
- **ii)** Asimismo, la demandada ha solicitado la variación del régimen de visitas para dejar sin efecto el externamiento, pedido que también ha sido

[10] De fojas 484 a 497.

desestimado por el Juez, y, en esa ocasión también la exhortaron a cumplir con las visitas ordenadas judicialmente;

iii) Que, el incumplimiento del mandato judicial de visitas con externamiento, por parte de la demandada, se encuentra acreditado, no sólo con su conducta procesal antes descrita, sino también con varias constataciones policiales que hizo el demandante para acreditar el incumplimiento de la madre, así como con la orden de detención por 24 horas por resistencia a cumplir con las visitas, motivos por los cuales la variación de la tenencia ha sido dispuesta conforme lo dispone el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes;

iv) No obstante, ello, la variación de la tenencia deberá hacerse de forma progresiva y con asesoría del equipo multidisciplinario, conforme lo dispone el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes;

v) Las afirmaciones de la demandada en el sentido que el demandante habría incumplido las visitas, que asistía a horas inconvenientes a visitar a la menor quien le rechazaba, y que no cuenta con soporte familiar, no se encuentran acreditadas objetivamente, y tampoco desvirtúan el hecho de que la demandada se resistió a cumplir con el régimen de vistitas, por lo que dichas alegaciones deben desestimarse; y,

vi) Finalmente, se debe considerar que el presente caso es sobre variación de tenencia por resistencia de la madre a cumplir con el régimen de visitas dispuesto judicialmente, y, por ello, no es necesario analizar el mayor tiempo de convivencia de la madre o la opinión de la menor que vive bajo el control de aquella, como se pretende en la apelación.

1.7 Dictamen del Fiscal Supremo: Con fecha 05 de junio de 2023, la Fiscalía Suprema de Familia, remitió el Dictamen N.º 35-2023-MP-FN-FSF[11], a través del cual Opinó que debe declararse Infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada Tania Karín Mejía Miralles, contra la sentencia de vista del 15 de febrero de 2021, por considerar que el presente caso versa sobre variación

[11] De fojas 59 a 70.

de tenencia, siendo de aplicación el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes que contempla como causa para disponer la variación, la resistencia al cumplimiento del régimen de visitas lo cual ha sido imputado a la demandada, y, en ese sentido, no resultaba necesario analizar el mayor tiempo de convivencia de la madre o la opinión de la menor que vive bajo el control de aquella; asimismo, que no se podría dar una valoración distinta a las constataciones policiales respecto a la voluntad de la menor, pues ello implicaría una revaloración de pruebas que no es objeto del recurso de casación.

SEGUNDO.- Sobre el recurso de casación.

2.1 El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que sólo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que este medio impugnatorio tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, su fundamentación por parte del recurrente debe ser clara, precisa y concreta indicando ordenadamente cuál o cuáles son las infracciones normativas que se denuncian y, en su caso, el precedente judicial del que se aparta la impugnada.

2.2 De conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29364: “El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”, asimismo, de acuerdo al artículo 386 del mismo Código: “El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”.

2.3 La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación de las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución,

originando con ello que la parte que se considere afectada pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el artículo 386 del Código Procesal Civil, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo, además, la contravención de normas de carácter adjetivo.

TERCERO.- Solución del caso.

3.1 Habiéndose declarado procedentes, tanto denuncias sustentadas en infracciones de normas procesales como en infracciones de normas materiales, corresponde en principio, efectuar el análisis del error procesal, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto del denunciado error material, referido al derecho controvertido en la presente causa.

3.2 Cabe precisar, que estando al carácter extraordinario y eminentemente formal del recurso de casación, el análisis del mismo se circunscribirá únicamente a las causales que han sido denunciadas y declaradas procedentes en el auto calificatorio del recurso, no correspondiendo emitir pronunciamiento respecto a infracciones normativas o apartamientos inmotivados del precedente, no denunciados en el recurso.

CUARTO.- Análisis de las causales invocadas

Con relación a las causales de *Infracción normativa de los incisos 3 y 4 del artículo 122 y del artículo 197 del Código Procesal Civil, y de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú*.

4.1 El artículo 139 inciso 3) de nuestra Constitución Política del Perú consagra como principio rector, dentro del ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional. El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, permite a toda persona acceder al órgano jurisdiccional solicitando que se ampare una determinada pretensión, y que, a través de un proceso justo, se obtenga una sentencia fundada en derecho que, de ser el caso, pueda ser eficazmente cumplida.

4.2 La exigencia de que las decisiones judiciales sean debidamente motivadas, prevista en el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado, en concordancia con los incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, garantiza que los Jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Impartir Justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley. En ese sentido, debe verificarse la observancia del principio de congruencia en las resoluciones judiciales, el cual constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida, impidiéndosele fallar sobre puntos que no han sido objeto de litigio.

4.3 Sobre el derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional en la STC N.º 01126-2012-PA/TC ha señalado lo siguiente: *"10. El derecho a la prueba es un derecho complejo cuyo contenido, (…), está determinado: (…) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia"*,

asimismo, sobre la valoración de la prueba, el artículo 197 del Código Civil, establece que: *"Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"*.

4.4 Cabe señalar, que, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, Casación N.º 4664-2010-Puno, la Corte Suprema estableció como precedente vinculante 1., que: *"En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, (…)"*.

Argumentos de la recurrente respecto a sus causales procesales de casación.

4.5 Respecto a las causales procesales denunciadas, la recurrente **Tania Karin Mejía Miralles** alega básicamente lo siguiente:

i) Que se ha contravenido el deber de motivación al no haberse explicado por qué se considera que lo señalado en la constatación policial del 11 de noviembre de 2018, no constituye un rechazo categórico de la menor hacía su padre, cuando en dicha oportunidad señaló que no quería ir con su padre;

ii) Se ha vulnerado también el deber de motivación al haberse concedido la variación de tenencia a favor del demandante sin haber mediado prueba alguna que considere la real situación física y/o psicológica de la menor, y sin aplicar el interés superior del niño, teniendo en cuenta que la variación de tenencia implica desarraigarla causándole daño emocional, más aún que el demandado no podrá cuidarla personalmente ya que se encuentra trabajando en un horario extenso;

iii) Asimismo, tampoco se motivó respecto al Informe Psicológico N.º 005-19-PSI-CSJLN-PJ-CT del 08 de enero de 2019, que acreditó el rechazo total de la menor hacia su padre, ni respecto del Informe Psicológico N.º 731-2016-PSI-CSJLN-PJ, en el cual se indica que el demandante debe someterse a una terapia psicológica, lo cual nunca acató;

iv) Tampoco se dispuso que el equipo multidisciplinario se pronuncie sobre la situación de su menor hija, y de ambos padres, ni se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, conforme al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes; y,

v) No se han valorado conforme al artículo 197 del Código Procesal Civil, los medios probatorios que presentó como las constancias y certificados de curso de verano, clases de natación, de matrículas y de estudios.

Sobre la protección de la familia como derecho constitucional

4.6 Con relación al deber de protección a la familia como derecho constitucional, esta Sala Suprema ha señalado en la **Casación N.º 2439-2019-Loreto**[12], lo siguiente: *"4.10 La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado[13]. La protección de la familia como derecho fundamental, se justifica en función a su propia naturaleza, como*

[12] De fecha 18 de abril de 2024.
[13] Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16 numeral 3.

aquel espacio en el que toda persona es protegida, obtiene sus primeros aprendizajes, empieza a formar su identidad y desarrolla sus primeras experiencias, que lo prepararán para entrar en contacto con la sociedad, lugar en donde la familia continuará siendo su soporte a lo largo de toda su vida, asimismo, la importancia de la familia para la sociedad radica en que es el lugar donde se transmiten de generación en generación los valores y tradiciones propios de cada sociedad, es decir, donde se forma y se refuerza la propia identidad social, en ese sentido, la importancia de la familia no radica únicamente en la formación de individuos, sino que se extiende a todo el entramado social, y es por ello, que todos compartimos la responsabilidad de protegerla".

4.7 También se ha indicado que, la protección de la familia como derecho fundamental, se encuentra reconocida además en otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"[14], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[15], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[16]; asimismo, que es una creación social y espontánea, donde sus integrantes están unidos por lazos afectivos, se procuran cuidados mutuos y comparten responsabilidades para su sostenimiento, por lo que, su importancia trasciende al individuo y se consagra como célula básica de la sociedad[17].

---

[14] Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José": *"Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y deber ser protegida por la sociedad y el Estado"*.

[15] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"*.

[16] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *"Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe concederé a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más ´amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo"*.

[17] En la STC N.º 06572-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional ha señalado: *"10. (…) la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, "su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional", es pues, "agente primordial del desarrollo social""*.

4.8 En ese sentido, nos reafirmamos en que, conforme al marco constitucional, jurisprudencial y supranacional mencionado, se desprende, un correlativo y especial deber de protección de la familia por parte del Estado, a través de todas las instituciones que lo conforman, y respecto de todos los ámbitos que involucran a la familia, que constituyen un mandato de optimización de dicho derecho y que configura propiamente aquello que venimos a denominar el **interés superior de protección de la familia**.

Sobre la protección de los derechos del niño como derecho constitucional

4.9 La protección de los derechos del niño tiene reconocimiento tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno, como a través de importantes instrumentos internacionales, de los cuales el Perú es parte. **La Declaración de los Derechos del Niño** aprobada por las Naciones Unidas en 1959, establece a través de diez Principios, un conjunto de derechos fundamentales inherentes a todos los niños sin distinción alguna, de los cuales resulta pertinente citar los siguientes: Principio 2: *"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño"*; Principio 6: *"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (…)"*; y, Principio 7: *"(…) El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres"*.

4.10 Asimismo, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** adoptado por las Naciones Unidas en 1966, establece en sus artículos 23 y 24, lo siguiente: *"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. (…). 4. (…). En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos"*; y, *"1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (…)"*. Además, en el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** aprobado por las Naciones Unidas el mismo año, se estableció en su artículo 10, lo siguiente: *"(…) 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (…) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición"*.

4.11 Posteriormente, en la **Convención sobre los Derechos del Niño** aprobada por las Naciones Unidas en 1989, se señala, que en el convencimiento de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias, así como, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y establece un conjunto de derecho y garantías a favor de los niños, resultando pertinente citar las siguientes artículos: *"Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los*

tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (…)"; *"Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (…). 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (…)"*; y, *"Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"*.

4.12 En nuestro país, el **artículo 4 de la Constitución Política del Estado**, consagra que: *"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (…). También protegen a la familia (…)"*; con relación a este derecho constitucional, el **Tribunal Constitucional** en la STC N.º 01817-2009-PHC/TC[18], ha señalado que: *"6. (…) el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone*

[18] De fecha 07 de octubre de 2009.

tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. 7. En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. (…)".

4.13 Asimismo, el **artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, establece lo siguiente: "*Interés superior del niño y del adolescente. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos"*; con relación al interés superior del niño, el **Tribunal Constitucional** en la STC N.º 02079-2009-PHC/TC[19] ha señalado que: *"(…) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es*

[19] De fecha 09 de setiembre de 2010.

que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, (…)".

4.14 En ese sentido, existe un especial deber de protección de los derechos del niño, reconocido constitucional y convencionalmente, que ha sido desarrollado a través de la jurisprudencia constitucional nacional, como del sistema internacional de defensa de los derechos humanos. Conforme a dicho marco normativo, el niño merece una especial protección en principio por parte de sus padres, como también por parte del Estado y de la sociedad en general, ello se debe a su estado de gran vulnerabilidad y su insipiente desarrollo, que no le permiten ejercer por sí mismo sus derechos, ni oponer aquellos agravios que pueda sufrir, más aún, teniendo en consideración que los traumas y problemas de la infancia tienen el potencial de afectar todo su desarrollo, así como su vida adulta, lo cual redunda finalmente en perjuicio de la misma sociedad.

Sobre el concepto del interés superior del niño

4.15 Ciertamente, el **interés superior del niño**, es un concepto jurídico indeterminado, pues el ordenamiento jurídico no contempla toda aquella variedad de circunstancias generales y particulares que puedan afectar a un niño, ni qué medidas específicas deben adoptarse en todos y cada uno de esos distintos casos para salvaguardar el interés superior del niño, más aún, teniendo en consideración que en un mundo en constante cambio, los peligros a los que

pueden exponerse los niños pueden ser muy diversos y complejos[20]. Sin embargo, el interés superior del niño, como se pasará a explicar, no es una simple declaración de intenciones[21], es un derecho realizable, un principio y una norma de procedimiento, que debe ser establecido, aplicado y explicado en cada caso concreto.

4.16 Los elementos esenciales del concepto interés superior del niño, han sido definidos por el **Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas**, a través de la **Observación general N.º 14** sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la CDN) del 29 de mayo de 2013, en dicho documento, se desarrolla el concepto, de la siguiente manera:

> *"6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:*
>
> *a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.*
>
> *b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que*

[20] *"11. El interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución"*. **Observación general N.º 14** sobre el derecho del niño. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Párrafo 11. 29/05/13.

[21] **Casación N.º 3009-2016-ICA** del 22/06/17: *"**Segundo**.- (…) el Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente; principio que está recogido en los artículos 3.1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual no es una simple declaración de intenciones, de carácter abstracto e indeterminado, sino constituye una regla jurídica de aceptación universal y de obligatorio cumplimiento, por parte de los estados aceptantes, la sociedad, la comunidad y la familia, a fin de lograr la mayor cautela de los derechos de los más vulnerables, más aún, si estos derechos son de conocimiento de los órganos jurisdiccionales"*.

satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) *Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".*

4.17 En nuestro ordenamiento jurídico, la **Ley N.º 30466**[22] estableció los *parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*, en el marco de lo señalado por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la antes citada Observación General 14, y lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes[23]. Dicha Ley precisa en su artículo 2, que: *"El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y*

[22] Publicada el 17/06/16.
[23] **Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar**. *"**Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-** En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos"*.

adolescentes, garantizando sus derechos humanos". Asimismo, en su Reglamento aprobado por **Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP** [24], se desarrolla la regulación de los respectivos parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

4.18 En ese sentido, el interés superior del niño constituye aquello que más conviene al menor dentro de sus particulares circunstancias, lo cual sólo se puede determinar a partir de un adecuado conocimiento del estado en que se encuentra el niño (salud física y psicológica), de sus condiciones familiares específicas (con quienes vive, quien lo atiende, si tiene o no contacto con su familia extensa, etc), conocer su proceso de desarrollo en forma integral[25], cómo desempeña sus distintas actividades (curriculares, extracurriculares, de recreación, entre otros), conocer su propia opinión en función a su edad y grado de madurez, entre otros aspectos relevantes, y, frente a ello, aplicar las soluciones pertinentes, con el debido grado de creatividad y flexibilidad[26] que permitan alcanzar tanto la protección como el pleno desarrollo del niño.

De la tenencia monoparental a la tenencia compartida

4.19 De conformidad con el **artículo 418 del Código Civil**, *"Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores"*, asimismo, el **artículo 423 inciso 5)** del mismo Código señala que: *"Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (…) 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario"*; en ese

[24] Publicado el 01/06/18.
[25] *"12. (…). El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como "concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño"*. **Observación general N.º 5** sobre el derecho del niño. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Párrafo 12. 03/10/03.
[26] *"34. La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil"*. **Observación general N.º 34** sobre el derecho del niño. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Párrafo 11. 29/05/13.

sentido, la tenencia de los hijos menores de edad es un atributo de la patria potestad, que a su vez corresponde a cada uno de los padres.

4.20 La **tenencia** se encuentra regulada de manera especial en el Capítulo II del Libro Tres del **Código de los Niños y Adolescentes**, sin embargo, dicha regulación ha seguido un proceso de modificaciones que resulta pertinente describir. Inicialmente, la tenencia era únicamente *monoparental*, es decir, recaía en uno sólo de los padres, excluyendo al otro a quien se le fijaba un régimen de visitas, lo cual se determinaba por acuerdo entre ambos padres tomando en cuenta la opinión del niño, o, en su defecto, por decisión del juez especializado (artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes texto original[27]).

4.21 Posteriormente, a través del artículo 1 de la **Ley N.º 29269**[28] del 17 de octubre de 2008, se **modificó el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, incorporándose la *tenencia compartida* como una facultad del juez en caso de no existir acuerdo entre los padres, o en caso que el acuerdo resulte perjudicial para los hijos, sin embargo, la *tenencia monoparental* seguía siendo la regla. Finalmente, mediante el artículo 2 de la **Ley N.º 31590**[29] del 26 de octubre de 2022, se **modificó nuevamente el artículo 81 del Código de los**

[27] **Código de los Niños y Adolescentes**. ***"Artículo 81* (texto original). *Tenencia.-*** *Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el 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".*

[28] **Código de los Niños y Adolescentes**. *"**Artículo 81*** **(modificado por el art. 1 de la Ley N.º 29269 del 17/10/08).-** ***Tenencia.-*** *Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente".*

[29] **Código de los Niños y Adolescentes**. *"**Artículo 81*** **(modificado por el art. 2 de la Ley N.º 31590 del 26/10/22).** ***Tenencia compartida.*** *Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.*

Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente".

Niños y Adolescentes, estableciéndose, esta vez, como regla la *tenencia compartida*, es decir, que la tenencia de los niños y adolescentes es asumida por ambos padres, excepto cuando ello no fuera posible, o resulte perjudicial para el menor, correspondiendo a ambos padres determinar la tenencia compartida, tomando en cuenta el parecer del menor, y sólo en caso de no existir acuerdo, el Juez deberá otorgar como primera opción la tenencia compartida, siendo excepcional la tenencia monoparental o exclusiva de uno de los padres, salvaguardándose en todo momento el interés superior del niño.

4.22 Cabe hacer presente, que mientras la *tenencia monoparental* fue la regla, el conflicto jurídico sobre la tenencia, giró en torno a los intereses de ambos padres, y, en ese sentido, básicamente toda la actuación probatoria desarrollada en el proceso, se orientaba a desacreditar a la contraparte buscando desconocer sus aptitudes como padre o madre, deslegitimándose mutuamente con el fin de obtener la tenencia, incrementándose la conflictividad en perjuicio del propio menor, todo ello, en lugar de centrar el proceso en lo que era realmente su objeto, es decir, el bienestar del menor.

Sobre la tenencia compartida

4.23 La *tenencia compartida* o *coparentalidad* a nivel de la doctrina, es entendida como aquella en la cual: *"(Varsi) … ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (…). Los hijos viven de manera* ***alternativa y temporal*** *con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable"*[30], asimismo, hay otros autores, que consideran que la tenencia compartida, significa: *"(Lathrop)… que los hijos pueden convivir*

[30] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia, Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2012. P. 375.

*con sus progenitores por periodos **alternos o sucesivos**, en cuyo lapso de tiempo ejercen sin exclusión los derechos y funciones que deriven de la autoridad parental. Bajo esta doctrina, únicamente se encuentra en discusión con qué progenitor residirá el hijo y cuál de ellos le brindará de forma continua o diaria los cuidados personales"*[31], además, otros conceptos sobre la tenencia compartida, la consideran como: *"(Sánchez) … la situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus progenitores y que tiene por **objeto**, el cuidado, la educación y la formación integral de aquel por parte de este o estos"*[32], o, *"(Bermudez) … el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la **autoridad parental** respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos"*[33], también que: *"(Ochoa) … tiene la **finalidad** de permitir a los hijos menores de edad seguir **manteniendo comunicación** con sus progenitores indistintamente. Asimismo, permite a los progenitores ejercer su responsabilidad parental, así como mantener comunicación con sus hijos, participando de la crianza y educación de los mismos"*[34], y que es: *"(Bravo) … el ejercicio conjunto de todos los atributos que conforman la patria potestad, con la diferencia que los padres se encuentran separados (de hecho, o legal), reconociendo a ambos padres (padre y madre) el **derecho de tomar decisiones** respecto de sus hijos e hijas, **distribuir equitativamente** sus recursos, posibilidades, responsabilidades y deberes como si compartieran una vida en común. De otro lado, la tenencia compartida privilegia el derecho de los niños, niñas y adolescentes de **mantener inalterables las relaciones cercanas e inmediatas con ambos padres** (padre y madre) a pesar de la separación"*[35], asimismo, que: *"(Domínguez, Fama y Herrera) … es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y **distribuir***

[31] OCHOA ESTRADA, Julia. Corresponsabilidad y coperanetalidad en la tenencia compartida". En Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura. Vol. 4, N.º 6, enero – junio, 2022. Pag. 20.
[32] OCHOA. Op. Cit. P. 22.
[33] OCHOA. Op. Cit. P. 22.
[34] OCHOA. Op. Cit. P. 22.
[35] BRAVO SOTO, Danaye Anyel. La Tenencia Compartida: ¿Problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes?. En Revista Sapientia & Justitia. FDCP Universidad Católica Sedes Sapientiae. Año 3, N°6. 2022. P.114.

equitativamente las responsabilidades y deberes *inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental,* ***según sus distintas funciones****, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales"*[36].

4.24 Como puede apreciarse, no existe en la doctrina una unidad de criterio respecto a qué debe entenderse por tenencia compartida, en algunos casos, la idea gira en torno a considerarla como la vivencia alternativa o temporal del menor con cada uno de sus padres, en forma secuencial o sucesiva, y en otros, la idea de tenencia compartida se centra en el objetivo de la misma que viene a ser el dotar de cuidados a los menores que se encuentran bajo el contexto de la separación de sus padres, el concepto también está referido a la coparentalidad o corresponsabilidad parental, esto es, que ambos padres en situación de separación sigan ejerciendo sus derechos y obligaciones de la patria potestad a través de una distribución equitativa de funciones, y, también se considera que la tenencia compartida tiene por finalidad que los menores tengan el derecho a mantener comunicación y mantener inalterables sus relaciones cercanas con ambos padres, a pesar de la separación. Sin embargo, términos como la alternatividad o temporalidad de la tenencia, el ejercicio compartido de las funciones de ambos padres, la comunicación y la conservación de las relaciones familiares, necesitan que se les dote de contenido, sentido y alcances, para poder entender mejor a la tenencia compartida.

4.25 En ese sentido, nosotros consideramos que la tenencia compartida se constituye como una expresión de la corresponsabilidad paternal que se ejerce de manera funcional a través de la activa participación de ambos progenitores en

[36] BRAVO. Op. Cit. P. 115.

el reparto de tareas y cumplimiento de actividades destinadas a alcanzar el adecuado desarrollo integral del menor, y, al mismo tiempo, hacer posible que ambos padres puedan ejercer plenamente todos los atributos de la patria potestad, contemplados en el artículo 423 del Código Civil[37] y 74 del Código de los Niños y Adolescentes[38], precisándose que, un adecuado análisis de la idea de distribución de funciones entre ambos padres, nos permite apreciar que las distintas funciones que puedan ejercer no se excluyen entre sí, sino que por el contrario se complementan, a través de una participación activa en el cuidado y en todos los aspectos de la vida del menor.

4.26 Como se podrá comprender, cuando los padres están separados, sus funciones no se pueden dar de manera simultánea, sin embargo, la tenencia compartida se deberá construir como si los padres se encontrarán presentes, o acercarse lo más posible a dicha situación, pues la única diferencia que se debería derivar de la separación, es que las funciones diarias se distribuyen entre ambos padres, para continuar con la rutina diaria de los menores, como por ejemplo su traslado a su centro educativo, el control de las tareas, sus

[37] **CÓDIGO CIVIL.** *"**Artículo 423.-** Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:*
1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3.- **Numeral derogado** por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30403, publicada el 30 diciembre 2015.
4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7.- Administrar los bienes de sus hijos.
8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004".

[38] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**. "**Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.-** Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:
a) Velar por su desarrollo integral;
b) Proveer su sostenimiento y educación;
c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
d) Literal derogado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30403, publicad a el 30 diciembre 2015.
e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil".

atenciones médicas, citas de los padres al colegio, tal como ocurriría con cualquier pareja de padres que aún viven juntos, pues la relación con sus hijos se debe mantener inalterable, tanto más, si regularmente, en las familias tanto padres como hijos se encuentran fuera del hogar para cumplir sus respectivas labores (educativas y laborales), consecuentemente, la tenencia compartida implica tanto una distribución de funciones como el ejercicio de la corresponsabilidad parental, esto es, de los deberes y derechos y de los padres en la formación de sus menores hijos. La situación particular de cada familia, sus capacidades y posibilidades, son las que determinarán el diseño final del régimen de tenencia compartida, el mismo que se deberá ajustar a lo que sea más beneficioso para el menor.

4.27 La participación activa de ambos padres, se debe dar dentro de una relación de respeto de los padres para con sus hijos, y de mutuo respecto entre ambos padres, de la siguiente manera:

a) Relación de respeto entre ambos padres con sus hijos. La relación de ambos padres con sus hijos, debe permanecer libre y ajena a cualquier elemento del conflicto que haya motivado la separación de los padres, es decir, exenta de cualquier agente de conflictividad de la expareja, que pueda dañar el ejercicio de una sana relación entre padres e hijos durante el ejercicio de la tenencia compartida. El respeto hacia los hijos también se manifiesta con la activa participación de ambos padres en el diseño y ejecución del régimen de la tenencia compartida. Asimismo, implica la proscripción del Síndrome de Alienación Parental (SAP), y, en caso de incurrirse en dicha conducta, ello implicaría un comportamiento grave dentro del régimen de tenencia compartida, que puede dar lugar a una variación de dicho régimen.

b) Relación de mutuo respeto entre ambos padres. Las razones de la separación de ambos padres no deben repercutir en el ejercicio de la tenencia

compartida, ni en el trato respetuoso que debe mantenerse entre los progenitores del menor; en ese sentido, las comunicaciones entre ambos padres deberán estar referidas exclusivamente a asuntos relacionados al menor, y dichas comunicaciones no se podrán hacer de cualquier forma o en cualquier momento, sino que de manera consensuada ambos padres podrán establecer reglas de comunicación que deberán respetarse, como puede ser un horario, un medio de comunicación oficial o un aviso previo, salvo en casos de emergencias relativas al menor.

4.28 Por lo dicho hasta aquí, debe señalarse, que lo que se debe pretender con el ejercicio del régimen de la tenencia compartida es que la situación vivencial del menor, cuyos padres se han separado, se acerque lo más posible a la de una familia que no haya sufrido dicha ruptura, pues a partir de la activa participación de los padres, el mutuo respeto entre ellos y para con sus hijos, así como, teniendo claro el objetivo de dotar al menor de aquello que más le beneficie, dicha ruptura no tendría que afectarle en su relación de convivencia con ambos padres, pues no debemos olvidar que la separación se ha dado entre ambos padres, pero no entre estos y sus hijos, por lo que la familia subsiste, y se debe procurar su conservación y protección.

4.29 Además de lo establecido por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 31590, la tenencia compartida también encuentra sustento jurídico en los **artículos 18 numeral 1. y 27 numeral 2. de la Convención sobre los Derechos del Niño**[39], que contienen el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen

[39] **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**:
"***Artículo 18 .1.*** *Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que* ***ambos padres tienen obligaciones comunes*** *en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".*
"***Artículo 27.*** *(…)* ***2. A los padres*** *u otras personas encargadas del niño* ***les incumbe la responsabilidad primordial*** *de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño".* (El resaltado es nuestro).

obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, y, que incumbe a ambos la responsabilidad primordial de proporcionar en la medida de sus posibilidades, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño; además, en el **artículo 7** de la misma Convención[40] que establece el derecho del niño a ser cuidado por sus padres; asimismo, encuentra concordancia con lo establecido por los **artículos 8 y 74 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes**[41], que establecen, entre otros, el deber de los padres de velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

4.30 El **artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes**[42], establece que el padre o la madre que desee determinar la forma de tenencia compartida o exclusiva, lo puede hacer vía judicial adjuntando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento del menor y las pruebas pertinentes, asimismo, dispone la posibilidad de solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o exclusiva en respeto de los derechos del niño y la familia. Cabe señalar, que de conformidad con el **artículo 87** del mismo Código[43], el progenitor que no tenga el

[40] **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**:
"**Artículo 7**. **1.** El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible**, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos**". (El resaltado es nuestro).
[41] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**:
"**Artículo 8.- A vivir en una familia.-** El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.
El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.
El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.
Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral".
"***Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.-*** *Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:*
a) Velar por su desarrollo integral*; (…)"*. (El resaltado es nuestro).
[42] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**:
"***Artículo 83. Petición*** **(artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley Nº 31590, publicada el 26 octubre 2022)** *El padre o la madre que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.*
Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en respeto a los derechos del niño y la familia, el Juez debe resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada la medida cautelar".
[43] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**:

hijo bajo su custodia podrá solicitar la tenencia provisional, sin embargo, dicha acción no procede como medida cautelar fuera de proceso. Asimismo, el **artículo 85** del Código de los Niños y Adolescentes, establece que el Juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

4.31 Estando al marco jurídico precedentemente citado, consideramos que la mejor forma de establecer un régimen de tenencia compartida adecuado a los fines legales, constitucionales y convencionales que pretende alcanzar (interés superior del niño, ejercicio de la patria potestad de ambos padres y protección de la familia), y que permita el pleno ejercicio de la coparentalidad, debe pasar por entender que, como se ha señalado, se debe procurar que el menor siga manteniendo con sus padres una convivencia normal que se acerque lo más posible a la vivencia de un menor cuyos padres no se han separado, y también pasa por involucrar principalmente y desde un inicio a **ambos padres**, en el **diseño y propuesta del régimen de la tenencia compartida** del menor, para lo cual, se deberán tener en cuenta los siguientes pautas:

1. La activa participación de ambos padres en el diseño del régimen de tenencia compartida, debe estar **enfocada** única y exclusivamente en el interés superior del niño, esto, es, en lo que le resulte más beneficioso al menor, y tendrá como **objetivo** establecer una distribución de roles y funciones específicas asignadas a cada uno de ellos, que puedan ejercer de manera conjunta o individual. Ambos padres son importantes en la vida del menor, y su participación activa es imprescindible para alcanzar el objetivo de protección y cuidado del menor, dentro del marco de comunicación y respeto mutuo.

"***Artículo 87.- Tenencia provisional.-***
Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en los plazos de veinticuatro horas.
En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.
Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.
No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso".

2. La propuesta sobre el régimen tenencia compartida deberá ser elaborada de común acuerdo por ambos padres, y de no ser ello posible, lo decidirá el Juez sobre la base de sus propuestas presentadas de forma separada.

3. En ambos casos, lo propuesto deberá ser evaluado por el juez de la causa, quien podrá realizar los cambios o ajustes que considere pertinentes antes de resolver, previo conocimiento del Ministerio Público, en atención a las pruebas actuadas y a los informes del equipo multidisciplinario, y, luego de oír al menor, de ser ello posible.

4. Si alguno de los padres no cumple con presentar su propuesta de régimen de tenencia compartida, ello implicará el quiebre de la regla de participación activa de ambos padres que impone el régimen de la tenencia compartida en su elaboración, y, en ese caso, el juez decidirá si a pesar de ello, procederá a dictar un régimen de tenencia compartida o, de ser el caso, disponer la tenencia monoparental o exclusiva.

5. El régimen de tenencia compartida funciona en tanto ambas partes mantengan su voluntad de participar en llevarlo adelante, y se quiebra con la no participación o ausencia de colaboración de los padres. La participación activa de ambos padres, es, además, una manifestación del debido respeto de los progenitores para con sus hijos, así como entre ambos, en el ejercicio de la coparentalidad.

4.32 Asimismo, se debe tener claro que la **tenencia** de menores en el derecho de familia y bajo el enfoque del interés superior del niño, no puede estar dirigida únicamente, ni agotarse en determinar en qué domicilio va a vivir el menor, sino que dicha institución jurídica debe ser apreciada en forma integral, por lo que el régimen de tenencia compartida del menor, debe ser establecido considerando toda la experiencia vivencial del menor, sus relaciones con sus padres y hermanos, con su familia extendida, abuelos, tíos y primos, su rutina diaria, sus actividades educativas y de recreación, entre otras, y, muy especialmente, el cuidado de su bienestar, físico, mental, espiritual y el pleno desarrollo de su

identidad personal, familiar y dentro de su comunidad, es decir, todo aquello que tenga que ver con su adecuado desarrollo integral, debiendo tenerse presente en todo momento que el interés de los padres está supeditado al interés superior del niño.

Críticas en el Perú a la tenencia compartida

4.33 Diversas críticas se han planteado alrededor de la aplicación del régimen de tenencia compartida, entre las principales se ha aludido al estado de desigualdad de las mujeres en el país, quienes en muchos casos no generan recursos económicos en la familia, por lo que los hijos preferirían estar con los padres, que para que su aplicación sea exitosa se debe contar con el consenso de ambos padres, o en su defecto con la intervención de un conciliador especializado en temas de familia[44]. Asimismo, que se ha indicado que se debe tener en cuenta la realidad del Perú, pues es posible que la tenencia compartida funcione eficazmente en otros países, pero se trata de un contexto diferente[45]. También se ha señalado que aun cuando el régimen de tenencia compartida prevé que el hijo debe pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores, en base a la igualdad de derechos y deberes de ambos padres, podría entenderse que el menor debe pasar la mitad del tiempo (de una semana o de un mes) con

[44] El profesor de Derecho de Familia, **Benjamín Aguilar Llanos**, señala lo siguiente: *"No se ha tomado en cuenta, la situación del país; donde existe desigualdades no solo en lo económico, sino también en lo social; (…), en los lugares apartados de la capital, esta desigualdad existe solo en el papel, (…), considerando la posición del varón, como dominante de la mujer, es una realidad, y entonces bajo esa perspectiva cómo podría aplicarse la tenencia compartida; por otro lado la posición de la mujer con una sola función, la de cuidar el hogar e hijos, siendo el varón el proveedor de los recursos para atender al hogar, entonces ante un distanciamiento de la pareja, el hijo/a, al vivir con el padre, que es quien tiene los recursos, y luego trasladarse a vivir con la madre, que no genera recurso alguno, obviamente ese menor preferirá quedarse a vivir con el padre. Nuestro parecer no se decanta por descartar la tenencia compartida, siempre y cuando esta venga con una propuesta consensuada de las partes, la cual debería someterse a consideración de un conciliador especializado en temas de familia o, si fuera el caso, a un juez de familia, para la aprobación del régimen de tenencia compartida; pero si no es así, considerando las desigualdades de todo orden que existen en el país no es recomendable que venga como una imposición del juez, y que los padres e hijos tengan que resignarse a cumplirla, distanciando más a los padres, y posiblemente con efectos negativos para el hijo/a".* PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. Tenencia compartida. Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. Pp. 106 a 107.

[45] Las profesoras **Maricela Gonzáles Pérez de Castro y Patricia Anahí Lescano Feria**, consideran que: *"Los países tienen diferentes realidades. En algunos resultará mejor la aplicación de la tenencia compartida como regla, pero en otros, como Perú, es obligatorio analizar el contexto y decidir acorde al caso en concreto".* PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. El interés superior del niño y la tenencia compartida en el Perú. Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. Pp. 165.

cada progenitor, lo cual podría resultar ser perjudicial para el menor pues le generaría inestabilidad que le afectaría su desarrollo psicosocial[46].

4.34 Sin duda se trata de preocupaciones hasta cierto punto atendibles, que nos llaman a la reflexión respecto a cuál debería ser la mejor forma de interpretar y aplicar la nueva regulación sobre la tenencia compartida, de forma tal que responda a las particularidades propias de nuestra realidad nacional, y al mismo tiempo se proteja el interés superior del niño, así como el derecho del niño y el de los padres a mantener sus vínculos familiares, atendiendo a la satisfacción de las necesidades del menor, protegiendo su desarrollo integral, y procurando el cumplimiento de los deberes de ambos padres, teniendo en consideración además, que dichos lazos familiares merecen protección de la sociedad y del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

4.35 Sin embargo, el mandato constitucional de protección a la familia, no significa que los órganos jurisdiccionales deban aplicar en forma automática las nuevas modificaciones normativas, como ha venido sucediendo en la jurisdicción de familia con la dación de la Ley N.º 31590, que establece al régimen de tenencia compartida como regla, pues se ha venido disponiendo dicho régimen de forma preferente sólo porque así se encuentra ahora establecido legislativamente, tal como se aprecia, por ejemplo, en la sentencia de vista del 14 de diciembre de 2022, emitida en el Expediente N.º 01321-2021-0-1308-JR-

[46] La profesora **Elouise Calonge Aguilar**, considera que: "El inciso a) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes señala: "El hijo deberá pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores"; cuestión que nos preocupa al no haberse adoptado límites para su aplicación, pues de la forma como se encuentra previsto se puede entender que una semana es partida o dividida en dos partes, y el menor podría permanecer media semana con un progenitor y la otra media semana con el otro progenitor. Este razonamiento podría convertir al niño, niña y adolescente, cuya tenencia compartida se encuentra sub litis, en lo que Tornello define como un niño maleta, detonando en él los males de la figura jurídica: inseguridad, inestabilidad y sufrimiento; poniendo en riesgo o hasta vulnerando su derecho a la integridad personal (art. 4 del CNA)". PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. ¿Tenencia compartida o tenencia partida?: una modificación normativa para garantizar el principio del interés superior del niño. Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. Pp. 196 a 197.

FC-02[47], donde se establece un régimen de tenencia compartida dividido por periodos entre ambos padres en forma sucesiva, e incluso, se dicta un régimen de visitas para el progenitor que no viva con la menor en dichos periodos, sin tomarse en consideración, que el mandato constitucional de protección al menor y a la familia, encuentra sustento en principios y valores superiores que lo dotan de contenido, y que están establecidos en los distintos instrumentos internacionales que conforman el sistema de protección de los derechos humanos, especialmente aquellos referidos a la protección del menor, la corresponsabilidad parental y el derecho del menor a mantener los vínculos familiares con ambos padres, y a vivir en un ambiente sano y equilibrado, por lo que, se debe evitar lo que viene ocurriendo, esto es, que se aplique la tenencia compartida, como una tenencia exclusiva secuencial o alternada, y siguiendo la misma lógica de conflicto propia del momento en que la tenencia exclusiva era la regla, es decir, sobre la base de los intereses enfrentados de ambos padres, y no bajo una lógica de participación y colaboración de ambos progenitores, enfocada en el interés superior del niño y la coparentalidad, conforme se ha explicado en el punto 4.21 de la presente resolución, ni teniendo en cuenta el doble respeto de los padres hacia sus hijos, y entre los mismos padres, desarrollado en el punto 4.22.

Experiencia internacional sobre la aplicación de la tenencia compartida

4.36 En **España**, la tenencia compartida, denominada ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, se encuentra regulado por el artículo 95 del Código Civil, modificado por Ley 15/2005, en el cual se establece que ambos padres podrán acordar en el convenio regulador de su separación o divorcio el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, o cuando así lo acuerden de manera consensuada durante el transcurso del procedimiento de divorcio, requiriéndose que antes de su aprobación el Juez recabe el informe del

[47] Fuente SIJ del Poder Judicial.

Ministerio Fiscal, de considerarlo necesario se oiga a los menores, se valoren las alegaciones y pruebas recabadas, así como la relación que los padres tengan entre sí y con sus hijos, siendo que, excepcionalmente, cuando no haya acuerdo entre las partes, sea el Juez a instancia de uno de ellos, quien podrá disponer la guarda o custodia compartidas, previo informe del Ministerio Fiscal, fundamentando dicha decisión en que sólo de esa forma se protege el interés superior del menor.

Como puede apreciarse, en España se ha previsto que sean los propios padres conocedores de sus propias y particulares circunstancias quienes definan su propio régimen de tenencia compartida, y sólo en caso de no hacerlo ellos lo hará el Juez, asimismo, no se aprecian mayores reglas o criterios sobre cómo debe establecerse dicho régimen compartido, estableciéndose sí reglas de procedimiento como es el caso que antes de su aprobación se deba recabar el informe del Ministerio Público, oír a los menores de considerarse necesario, y valorar las alegaciones y pruebas, así como valorar la relación familiar de los padres entre ellos y sus hijos; cabe agregar que en dicho país se prohíbe expresamente la tenencia compartida cuando cualquiera de los padres se encuentre procesado penalmente contra la vida o integridad del otro padre o de los hijos, o cuando existan indicios fundados de violencia familiar.

En cuanto a su aplicación, en España se vienen aplicando instrumentos que permiten gestionar de la mejor forma el conflicto entre los padres que deben ejercer la tenencia compartida de sus hijos menores de edad, entre los cuales se encuentran los siguientes: i) el Plan de Parentalidad, que viene a ser el acuerdo pacifico entre ambos padres que tiene como objetivo delimitar de mejor forma, todos los detalles relativos al ejercicio de la guarda y custodia del menor, como por ejemplo el lugar donde el menor vivirá habitualmente, las responsabilidades específicas de cada padre, la forma en la que se realizarán los traslados del menor, la forma de comunicación cuando los padres no se encuentren

físicamente en contacto con el menor, las estancias del menor en los periodos vacacionales, el tipo de educación, actividades extracurriculares, la transparencia entre ambos padres sobre la información concerniente al menor, la forma de adoptar decisiones, entre otras, además se trata de un plan que puede adaptarse a los cambios y a las nuevas necesidades que puedan surgir durante las diversas etapas de desarrollo del menor[48]. Como podrá apreciarse, el Plan de Parentalidad resulta viable en el caso de padres que tengan entre sí un nivel de conflictividad bajo y de mutuo respeto medio o elevado; y, ii) Coordinador Parental, se recomienda su aplicación en los casos en que exista un alto nivel de conflictividad entre ambos padres, y se da a través de la participación de un profesional psicólogo, abogado o trabajador social con experiencia en mediación, para que asista a ambos padres a poder implementar su Plan de Parentalidad, ayudándolos a resolver sus diferencias en atención a las necesidades del menor

[48] Con relación al **Plan de Parentalidad**, la profesora española **Esther Alba Ferré**, ha señalado lo siguiente: *"Se puede definir el plan de parentalidad como "… otro tipo de instrumentos de pacto específicos, como complemento o sustituto del convenio regulador, dirigidos a consensuar todos los detalles del ejercicio de la guarda y custodia, es decir, del régimen de estancias de los hijos con sus progenitores". Este plan permitirá concretar de forma muy precisa cómo se ejercerán las responsabilidades parentales con los menores. (…). El Plan de parentalidad es un claro ejemplo del ejercicio de los principios de corresponsabilidad, de coparentalidad y principio contradictorio, (…)*
(…), ha sido el Tribunal Supremo el encargado de introducir y recomendar a los progenitores elaborar un plan contradictorio sobre la forma en que se iba a ejercer la custodia, ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas (STS 29 noviembre 2013), (…). Serpa premisa necesaria para la adopción del sistema de custodia compartida y para la elaboración de un plan de parentalidad que los progenitores adopten "… una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario" según STS 11 febrero 2016. Se aboga por la mínima intervención judicial, salvo que se detecte daño al menor. A este respecto es muy clara la STS 14 febrero 2005 en lo que refiere al valor de los convenios entre los padres en relación a regular las relaciones paterno filiales, al reconocer un amplio campo de libertad en el ejercicio de la patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos,"… cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesiones o ponga en peligro al menor. (…). La doctrina del Tribunal Supremo mantenida en STS 26 octubre 2016, STS 5 diciembre 2016 y reiterada en STS 9 mayo 2017, ha determinado que la obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio. (…). Los planes pueden prever … la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diversas etapas de la vida de los hijos y en realidad estos pactos se suelen modificar o extinguir … por mutuo acuerdo, cuando cambien las circunstancias por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones (…), entre otras razones. En el plan contradictorio estamos estableciendo una verdadera propuesta de la custodia compartida, evitando cualquier tipo de inseguridad o desprotección del menor en lo que atañe a su cuidado y escolarización, ya que estarán precisados todos los posibles aspectos que le puedan afectar". EL PLAN DE PARENTALIDAD Y EL COORDINADOR PARENTAL: HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES. https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/7026831. Pp. 118 a 122.

y conforme a las pautas establecidas por el Juez, quien es el que dispone su aplicación[49].

4.37 En **Italia**, la custodia compartida es la regla general mientras que la monoparental es la excepcional, en su artículo 155 del Código Civil italiano establece que el menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de sus padres, y a recibir sus cuidados y protección, además a conservar su relación con los integrantes de su familia extensa, con tal fin el juez, atendiendo al interés moral y material del menor, evaluara que en forma prioritaria el menor permanezca con ambos padres, o establece quien tendrá la tenencia del menor, determinando los tiempos y la forma en que tendrá contacto con ambos padres, así como la forma en que cada uno de ellos contribuirá al sostenimiento y cuidado del menor, contemplando además los acuerdos celebrados por ambos padres al respecto, en especial si se logró a través de un proceso de mediación familiar, se precisa, además, que las decisiones sobre el menor se adoptan de común acuerdo por ambos padres teniendo en cuenta la capacidad y aspiraciones del menor, y sólo en caso de

[49] Respecto al Coordinador Parental, la profesora española **Esther Alba Ferré**, ha señalado lo siguiente: *"La coordinación de parentalidad es un proceso de resolución de disputas centrada en los hijos en virtud del cual un profesional de la salud mental, del ámbito jurídico o un trabajador social con formación y experiencia en mediación (el coordinador parental), asiste a los progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver sus disputas, educándolos con respecto a las necesidades de sus hijos con el consentimiento previo de las partes y/o del juzgado y tomando decisiones en base a los términos o condiciones establecidos en la resolución judicial.*
Esta intervención deberá ser ordenada por el juzgado o acordada por los padres separados o divorciados en los que concurra un alto grado de conflicto o litigio con los hijos y por ello, está centrada en los hijos que se encuentren en riesgo, producido por la exposición a los conflictos presentes entre sus padres. Es aquí "… donde no alcanzan otros mecanismos como las terapias familiares, los puntos de encuentros o las intervenciones en seguimiento de los equipos psicosociales o de los servicios sociales, en donde se muestra eficaz la intervención en Coordinación de Parentalidad" (…).
Será la jurisprudencia la que sienta las bases mínimas relacionadas con el coordinador parental al considerarlos como una medida de auxilio judicial en asuntos donde existe un elevado conflicto interparental que coloca al menor en riesgo. (…). La STSJ de Cataluña 26 febrero 2015, que será considerada referente en esta materia, en su fundamento cuarto aclara el plano jurídico del coordinador parental presentándolo como "… un auxiliar o colaborador del juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de una nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas. En algunos casos el coordinador parental puede tomar decisiones vinculantes para la familia. Se organiza bajo los principios de especialidad, neutralidad y confidencialidad salvo la información que deba darse al tribunal". Op. Cit. Pp. 124 a 126.

desacuerdo la decisión corresponderá al juez[50], teniéndose mucho en cuenta que el menor tenga una residencia estable, por lo que se procura que viva en casa de uno de los padres sin que ello afecte el contacto con el otro.

4.38 En **Francia**, la Ley 2002-305 que modificó el Código Civil francés, estableció como regla general la custodia compartida y la convivencia alternativa del menor con los padres aun en caso de desacuerdo entre ellos, en su artículo 373-2 se establece que los padres deben conservar relaciones personales con el menor y respetar los vínculos con el otro padre, excepcionalmente podrá disponerse el uso de la fuerza pública para ejecutar lo acordado por las partes o lo dispuesto por el juez, asimismo, que el cambio de residencia de uno de los padres deberá ser informado al otro por tener incidencia en el ejercicio de la patria potestad, y la custodia exclusiva es excepcional y solo en atención al interés superior del menor[51].

4.39 En **Argentina**, a la tenencia compartida se le denomina cuidado personal compartido[52], asimismo, conforme a lo establecido por los artículos 649 y 650 del Código Civil argentino, cuando los padres no conviven, el cuidado personal del menor puede ser asumido por uno de ellos o por ambos, y, cuando es compartido puede ser a su vez alternado o indistinto, y será alternado cuando el

[50] Sobre la tenencia compartida en **Italia**, las profesoras **Maricela Gonzáles Pérez de Castro y Patricia Anahí Lescano Feria**, señalan lo siguiente: *"(…), en el procedimiento el juez adoptará las medidas relativas a los hijos con exclusiva referencia a su interés. Evalúa, en primer lugar, la posibilidad de que los hijos menores queden confiados a ambos progenitores o establece a cuál de ellos los encomienda. Determina el tiempo y la modalidad de la estancia con cada padre, estableciendo además la forma de contribución al mantenimiento, cuidado, instrucción y educación de los hijos. Toma nota de los acuerdos alcanzados entre los padres, si no son contrarios al interés de los hijos, en particular si se alcanzan tras un proceso de mediación familiar. Adopta cualquier otra disposición relativa a los hijos, en caso de imposibilidad temporal de confiar el menor a uno de los padres.*
La responsabilidad parental la ejercen ambos progenitores. Las decisiones de mayor interés para los hijos son de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta sus capacidades y aspiraciones. En caso de desacuerdo, la decisión queda en manos del juez también evaluará esta conducta a los efectos de modificar el régimen de custodia". Op. Cit. Pp. 157 a 158.
[51] Maricela Gonzáles Pérez de Castro y Patricia Anahí Lescano Feria. Op. Cit. Pp. 159.
[52] Con relación al **cuidado personal compartido**, **Gianella Santos Avellaneda**, cita la definición propuesta por **Neylio Abboud Castillo**, formulada en los siguientes términos: *"Un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales"*. PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. Tenencia compartida ¿a quién se busca beneficiar? Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. P. 315.

menor pasa periodos de tiempo con cada uno de los padres según la organización y posibilidades de la familia, y será indistinto cuando el menor reside de manera principal en el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones sobre el menor y se distribuyen de modo equitativo las labores de su cuidado, además, el artículo 651 del mismo código establece que, sea a pedido de uno o ambos padres, o de oficio, el juez debe otorgar como primera alternativa el cuidado compartido del menor con la modalidad indistinta, a no ser que ello no fuera posible o resulte perjudicial al menor; se advierte además, que en el artículo 655 del mismo código, se contempla que los padres pueden presentar el plan de parentalidad relativo al cuidado del menor, que contenga los siguientes aspectos: *a)* lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada padre, *b)* responsabilidades que asume cada padre, *c)* el régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia, y, *d)* el régimen de relación y comunicación del menor cuando éste reside con uno de los padres, se indica también que el plan de parentalidad puede ser modificado por los progenitores en función a las necesidades de la familia y el niño en sus diferentes etapas, y que ambos padres deben procurar la participación del menor en el diseño del plan de parentalidad y en su modificación, finalmente, el artículo 656 del código civil argentino establece que si no existiera acuerdo o no se haya homologado el plan de parentalidad, será el juez quien debe fijar el régimen de cuidado del menor priorizando la modalidad compartida indistinta, excepto que sea más beneficioso para el menor el cuidado unipersonal o alternado, considerando además que cualquier decisión sobre el cuidado del menor deberá considerar aquellas conductas concretas de los padres que puedan lesionar su bienestar, encontrándose proscrita cualquier tipo de discriminación[53].

[53] Con relación a la tenencia compartida en **Argentina**, el profesor **Benjamín Aguilar Llanos** señala lo siguiente: *"Los padres pueden presentar al Juez un plan de Parentalidad (art. 651), es decir un acuerdo al que hayan llegado en el cual se prevé también la participación de los hijos afectados, respecto al lugar y tiempo que pasaré el menor con cada uno de ellos (tanto en las fechas ordinarias como en los días festivos) las responsabilidades a la que se compromete cada progenitor, y el régimen de visitas o comunicación que se establecerá entre el niño o adolescente y ascendiente con el cual no conviva (cuando se haya convenido un cuidado personal unilateral)"*. Op. Cit. Pp. 107 a 108.

4.40 En **México**, por la complejidad de su ordenamiento jurídico -existen 32 Códigos Civiles, uno por cada entidad federativa-, existen distintas posiciones respecto al establecimiento de la guarda y custodia compartida, así se puede señalar, que en el CC del Distrito Federal (artículos 282 y 283) las disposiciones sobre la tenencia de menores se dan de común acuerdo en forma provisoria o en la sentencia definitiva de divorcio, según el CC del Estado de Jalisco (artículo 415), la guarda y custodia compartida es la regla, según lo acordado por ambos padres, lo cual será revisado y aprobado por el Juez en salvaguarda del interés superior del niño, y según el CC de Puebla (artículo 452), en caso que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida, el juez en la sentencia de divorcio deberá garantizar que los padres cumplan con sus obligaciones de crianza.

4.41 Con relación a dicha regulación normativa mexicana, la profesora Gisela María Pérez Fuentes señala que dicho contexto normativo tiene como principio rector el interés superior del niño, y que para la permanencia de los menores con ambos padres -guarda y custodia compartida- se debe tener en cuenta: la situación familiar, la relación entre ambos padres, las circunstancias que dieron origen a su separación, la conducta de los padres con los menores, su residencia, la escuela del menor, las facilidades para el traslado y demás actividades del menor, asimismo, que la decisión sobre la tenencia del menor no debe atender a lo que le resulte menos perjudicial, sino que se debe buscar una solución que sea la más benéfica para él; respecto a las modalidades de guarda y custodia compartida señala las siguientes: *a)* que el menor permanezca en el que era el domicilio familiar antes de la separación, y que los padres tengan contacto con el menor en distintos momentos acudiendo a dicho domicilio, y, *b)* que ambos progenitores mantengan sus domicilios separados y sea el menor

quien cambie de domicilio en forma constante para que sus padres se hagan cargo de su cuidado[54].

4.42 La misma profesora Pérez Fuentes, citando el trabajo del profesor Cesare Massimo Bianca denominado *"La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida: primeras reflexiones"*, ha señalado que los beneficios de la tenencia compartida son los siguientes: *i)* las decisiones de mayor interés para los hijos son adoptadas por ambos padres; *ii)* garantizar el derecho a la identidad familiar en el crecimiento del menor, y, *iii)* escuchar al menor; y que, con relación al sostenimiento del menor por parte de ambos padres se deben considerar los siguientes elementos: *a)* las actuales exigencias del menor, en atención al principio de progresividad, *b)* el desarrollo de la vida del menor durante la convivencia con ambos padres, *c)* el tiempo de permanencia con cada progenitor, d) los recursos económicos de ambos padres, y, *e)* el valor económico de las tareas domésticas y de cuidado asumidos por cada padre[55].

Criterios para la aplicación de la tenencia compartida en el Perú conforme al Código de los Niños y Adolescentes

4.43 El **artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes**[56], se establece, que en caso el Juez disponga la **tenencia compartida**, deberá tener en cuenta

[54] **PÉREZ FUENTES, Gisela María**. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN MÉXICO. UNA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. En: Actualidad Jurídica Iberoamericana N.º 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, Pp. 1434-1463. https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/61.-Gisela-Ma.-Perez-pp.-1434-1463.pdf.
[55] **PÉREZ FUENTES**. Op. Cit. Pp. 1438 y 1439.
[56] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**:
*"**Artículo 84. Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida*** (Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N.º 31590, publicada el 26 octubre 2022) *En caso de disponer la tenencia compartida, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:*
a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;
b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;
d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;
e. Las vacaciones del hijo y progenitores;

los siguientes **criterios**: **a.** el hijo deberá pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores, **b.** los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto de la educación, crianza, formación y protección del menor, **c.** la distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero será considerada, **d.** el hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna, **e.** las vacaciones del hijo y sus progenitores, **f.** las fechas importantes en la vida del menor, y, **g.** la edad y la opinión del menor, precisándose que la forma de tenencia compartida podrá ser modificada en función de las necesidades del hijo; además que, en caso el Juez decida por la tenencia exclusiva, dispondrá un régimen de visitas para el otro progenitor.

4.44 Si bien es cierto los mencionados criterios para la aplicación del régimen de la tenencia compartida, están dirigidos al supuesto en el cual el Juez disponga el régimen de tenencia compartida, sin embargo, como se ha indicado precedentemente, una vez que el Juez ha establecido que lo que más beneficia al menor es el régimen de tenencia compartida, se debe procurar que dicho régimen sea diseñado y establecido de manera conjunta por ambos padres, y sólo en caso de falta de acuerdo, sea el Juez quien defina lo pertinente. En tal sentido, consideramos que, en cada caso concreto, corresponde a los padres en principio, o al juez en forma supletoria, dar forma, contenido, alcances y límites a cada uno de los criterios establecidos por el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

4.45 Para ingresar al análisis de cada uno de los criterios en mención, corresponde precisar, que la tenencia compartida debe ser entendida y aplicada desde una perspectiva funcional o de cumplimiento de actividades por parte de

---

f. Las fechas importantes en la vida del menor; y
g. La edad y opinión del hijo.
En caso de disponer la tenencia exclusiva, el Juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.
La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo”.

ambos padres, orientadas a lograr el desarrollo integral del menor, bajo el contexto del desarrollo y protección de la familia; en ese sentido, el compartir la tenencia, implica que ambos padres podrán estar presentes en forma indistinta en todas las etapas del desarrollo del menor, la tenencia se convierte entonces en la posibilidad real para ambos padres de participar en la formación del menor ejerciendo sus deberes y derechos, en donde a través del diálogo y el respeto mutuo puedan tomar las decisiones concernientes a la vida del menor, compartiendo y repartiéndose las labores de su cuidado, más que con criterios equitativos, con una vocación común de lograr el bienestar del hijo.

4.46 Con relación al criterio referido a que el menor debe pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores, bajo el contexto antes descrito, este criterio no debe ser entendido en el sentido que el niño deba desplazarse periódicamente del domicilio de uno de los padres hacía el domicilio del otro, pues de ser este el sentido interpretativo de la norma, sólo se trataría de una tenencia monoparental secuencial, alternada y temporal, pero igual de exclusiva y excluyente entre ambos padres, ubicada dentro de la lógica del conflicto de los progenitores, y no orientada a procurar lo que más beneficie al menor, subordinándose de esta forma el interés superior del niño a los intereses particulares o comodidades de ambos padres, es decir, una interpretación que no se encontraría acorde a los principios constitucionales y convencionales de protección del menor y de la familia, y que en la práctica acarrearía inestabilidad en la vida del menor, como ha ocurrido en el presente caso, en donde por decisión de la Sala Superior sobre la tenencia de la menor, la misma deberá pasar de vivir en el domicilio de la madre - lugar en el que ha venido viviendo desde que nació hasta la actualidad en que cuenta con siete años- a vivir en el del padre, ocasionando un nivel de desarraigo con su entorno y su vida diaria. Por ello consideramos que este criterio referido a que el menor debe pasar igual periodo de tiempo con ambos padres, debe ser interpretado como la **posibilidad real de que ambos padres, en forma funcional, puedan ejercer sus deberes y derechos parentales, y**

puedan atender las necesidades y requerimientos de su menor hijo en el momento en que así se requiera, sea de manera presencial o incluso virtual o remota, en la forma que establezcan ambos padres en forma igualitaria, de modo consensuado y flexible, o en la forma que establezca el juzgado en caso de no haber acuerdo, teniéndose presente en ambos casos, el interés superior del niño, **independientemente del lugar donde se decida que debe vivir el menor**.

El perjuicio para el menor por tener que trasladarse de un domicilio a otro de manera constante, le generaría además de inestabilidad emocional, incertidumbre respecto al desarrollo cotidiano de sus diversas actividades. Más aún, si debe considerarse que tratándose de la tenencia compartida de un menor, en los términos que debe ser interpretada, la misma idea del tiempo resulta ser relativa, pues aun cuando un menor se encuentre físicamente en el domicilio de uno de sus padres, simultáneamente podría encontrarse desatendido en la satisfacción de sus necesidades diarias, por diversos motivos, ya sea la indiferencia de dicho padre o madre, o que por motivos del horario laboral, no pueda estar presente en su día a día, entre otras razones; así también, es probable que el progenitor con el que no vive el menor, le esté dando un tiempo de mejor calidad respecto del otro, por lo que, resulta más beneficioso y realista para el menor que ambos padres tengan la posibilidad de atender sus necesidades en el momento que se requiera, ejerciendo al mismo tiempo la coparentalidad, en lugar de pretenderse idealmente que el menor deba estar en presencia de ambos padres por igual periodo de tiempo, lo cual no resulta materialmente posible, ni tampoco resulta deseable por el bien del menor como ya se ha explicado.

En ese sentido, atendiendo a estas realidades y a fin de hacer viable la participación activa de ambos padres en la crianza del menor (coparentalidad), corresponde que ambos padres muestren un elevado compromiso para

establecer y mantener un canal de comunicación idóneo como whatsapp, teléfono, correo electrónico, o el que consideren más adecuado, que les permita hacer las coordinaciones pertinentes, única y exclusivamente referidas al debido y oportuno cumplimiento sus funciones como padres en beneficio del menor, y no en temas personales como ex pareja, así como para atender emergencias o cualquier eventualidad sobre el menor, o situaciones análogas.

Asimismo, corresponde a ambos padres, y de forma supletoria al Juez, acordar o decidir cuál debe ser el domicilio del menor, el cual podrá ser variado en atención al interés superior del niño. Mientras no haya acuerdo de las partes o decisión del juez, el menor deberá continuar viviendo en el domicilio en el que ha venido viviendo. Sin perjuicio de ello, los padres deberán ponerse de acuerdo respecto al uso del tiempo libre del menor, como fines de semana y vacaciones, como puede ser, por ejemplo, que pase dos fines de semana con cada uno de ellos en forma alternada, o que la mitad de las vacaciones las pase con cada uno de ellos, siempre y cuando no se le ocasione perjuicio de algún tipo.

El régimen de tenencia compartida, deberá ser diseñado con la mayor libertad posible considerando las verdaderas posibilidades de ambos padres, en base a reglas de convivencia flexibles y no inmutables, que permitan a ambos padres tener la posibilidad de atender cualquier necesidad del menor en forma inmediata, superando cualquier inconveniente que se pudiera presentar, como por ejemplo, coordinar entre ambos padres quién debe llevarlo y recogerlo del colegio, a sus consultas médicas, o actividades extracurriculares, compras de última hora, emergencias, resolver imprevistos, y en general cualquier actividad relacionada con su rutina diaria. Todo ello podrá encontrarse plasmado en un Plan de Parentalidad que será explicado más adelante.

En base a estas consideraciones, el criterio de la igualdad del periodo de tiempo del menor con ambos progenitores, como ha sido explicado, encuentra un

sentido interpretativo que permite realizar de forma más plena el interés superior del niño, así como el derecho del menor a crecer en un ambiente sano, armonioso, seguro, protegido y equilibrado, conforme a las normas legales, constitucionales y convencionales que han sido citadas, además, que dicha flexibilidad guarda concordancia con la parte final del **artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes** en el sentido que la forma de tenencia compartida podrá ser modificada en función de las necesidades del hijo.

4.47 Con relación al criterio de que los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto de la educación, crianza, formación y protección del menor, debe señalarse que el ejercicio de dicha igualdad de derechos de ambos padres para la toma de decisiones, debe estar orientado a la satisfacción de las verdaderas necesidades del menor, y de ninguna manera pueden servir como un instrumento que genere mayor conflictividad, o que tenga como objetivo obstruir o limitar el contacto de uno de los padres con el menor, así por ejemplo, respecto a la educación, los padres que tengan diferencias sobre las características del centro educativo (religioso o laico, etc), o qué religión profesará el menor, entre otras diferencias similares, deben respetar el derecho del otro padre en la toma de decisión, y, atendiendo al interés superior del niño, deberán adoptar una decisión consensuada considerando principalmente lo que más convenga al menor, y no sólo según sus propias y particulares convicciones, lo cual también deberá ser observado por el Juez en caso de no haber acuerdo de los padres; y lo mismo aplica respecto a las posibles diferencias que podrían surgir respecto a los principios de crianza y formación, así como respecto a la protección del menor, en su cuidado diario, seguros de salud, entre otros aspectos similares. Cabe señalar, que estos derechos igualitarios de ambos padres, no son ilimitados, siendo que su límite se encuentra en el bienestar del menor y en el mutuo respeto que se deben ambos padres, y que ambos le deben al menor.

4.48 Con relación al criterio de que la distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma, debe indicarse que por distintos motivos, de residencia, laborales, entre otros, es posible que los padres del menor no vivan cerca uno del otro, sin embargo, bajo el régimen de tenencia compartida, la distancia del domicilio de los padres no puede constituir un impedimento para su ejercicio, pues considerando dicha circunstancia los padres deben acordar la mejor manera en que el menor pueda mantener el contacto con ambos, y en caso de no haber acuerdo lo deberá decidir el Juez; cabe tener en cuenta que aún en familias en los que los padres no se encuentran separados, se da el caso que uno de ellos por motivos laborales se debe ausentar por varios días, o incluso meses, del hogar, como podría ser en el caso del trabajo en Mina, o trabajo por temporada, entre otros, lo cual demuestra que la distancia no es un impedimento para conservar y mantener los vínculos familiares, así como para el normal desempeño de las funciones parentales, tanto más, si hoy en día las relaciones familiares no se limitan a la presencialidad, sino que, gracias a la tecnología, las familias también pueden estar en contacto en forma virtual y en tiempo real (audio y video), siendo una realidad que la virtualidad es un elemento presente -y necesario- en la convivencia, la cotidianeidad y el control parental al interior de las familias.

4.49 Con relación al criterio de que el hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna, debe señalarse que dicho criterio guarda concordancia con lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N.º 14 del año 2013[57], considerando 70. *"la conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y las tías (…), y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes"*; en ese sentido, bajo un régimen

[57] Observación general N.º 14 del 29/05/13, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

de tenencia compartida, ambos padres deben establecer, en el marco de la mayor flexibilidad posible y por el interés superior del niño, espacios para que el menor pueda integrarse con los demás miembros de la familia materna y paterna, así por ejemplo, en caso que el menor ya viva con la familia extendida materna, se podrá establecer que determinados fines de semana del mes los pueda pasar con la familia extendida paterna, y lo mismo puede establecerse respecto a las fechas u ocasiones especiales, como por ejemplo pasar la víspera de navidad en casa de la familia paterna y el día de navidad en la materna, y lo mismo con ocasión del año nuevo, y así, dicha alternancia puede darse en otras fechas especiales dependiendo de la religión que se profese o costumbres de la familia, en la medida que no se afecten las actividades curriculares y extracurriculares del menor, o que no le sea posible por motivos de salud u otras circunstancias, siempre teniendo presente en sus decisiones el interés superior del menor.

4.50 Con relación al criterio de considerar las vacaciones del hijo y progenitores, cabe indicar que al diseñarse el régimen de tenencia compartida la prioridad debe ser las vacaciones del menor, es decir, cuando no se encuentre desarrollando actividades educativas, y los padres deben procurar hacer coincidir sus vacaciones o parte de ellas en dichas fechas, acordando de manera consensuada las actividades vacacionales que podrán realizar con el menor, además, cabe tener en cuenta que existen disposiciones normativas como el Decreto Legislativo N.º 1405 que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familiar, que además modifica el artículo 17 del Decreto Legislativo N.º 713[58] que establece que el disfrute del periodo vacacional puede ser fraccionado.

[58] Que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

4.51 Con relación al criterio de tener en cuenta las fechas importantes en la vida del menor, debe señalarse que en un régimen de tenencia compartida es importante que como parte del ejercicio de la coparentalidad, y en la medida de sus posibilidades, ambos padres puedan estar presentes en las fechas importantes en la vida del menor como es el caso de eventos religiosos como bautizo, primera comunión, confirmación, etc; eventos académicos como graduaciones, competencias, premiaciones, actuaciones o participaciones artísticas, etc, entre otro tipo de actividades análogas de importancia en la vida del menor, pues se trata de eventos trascendentes en su formación.

4.52 Con relación al criterio de tener en cuenta la edad y opinión del niño, cabe indicar que ello guarda concordancia con lo establecido por el artículo 12 numeral 1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: *"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"*, además, con el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: *"El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente"*; en ese sentido, de acuerdo a la edad y madurez del menor se deberá escuchar o tomar en cuenta su opinión al momento en que ambos padres de manera consensuada, o el Juez en su defecto, diseñen y establezcan el régimen de tenencia compartida.

4.53 Con relación a estos criterios, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que la forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del menor, por tal motivo, el régimen de tenencia diseñado por los padres o por el juzgado no puede ser considerado rígido e inamovible, sino por el contrario flexible, ello con la finalidad de superar cualquier desavenencia entre los padres que pueda surgir en su ejecución. Debe recordarse, que en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Precedente 1.) se estableció

que en los procesos de familia, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se deben flexibilizar algunos principios y normas procesales en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, que en el caso de los procesos de tenencia es el menor, de conformidad con los artículos 4 de la Constitución Política del Estado.

4.54 Finalmente, consideramos, que aun cuando no están contempladas en nuestra legislación figuras como el Plan de Parentalidad y el Coordinador Parental -de experiencia en otros países-, resulta necesario proponer su aplicación en nuestro país para los casos en que exista baja o alta conflictividad, respectivamente, entre ambos padres al momento de determinar el régimen de la tenencia compartida. Como se ha indicado precedentemente, en los procesos de familia, como el de tenencia, el juez tiene facultades tuitivas y las normas de procedimiento deben flexibilizarse, con el fin de proteger al menor.

Sobre el Plan de Parentalidad: está constituido por un conjunto de disposiciones y reglas mínimas y esenciales para el ejercicio de la tenencia compartida del menor, que será de obligatorio cumplimiento por ambos padres. El Plan deberá ser inicialmente propuesto por cada uno de los padres en la etapa postulatoria (demanda y contestación), y se pondrá en conocimiento de la contraparte, invitándose a ambos para que presenten una Plan conjunto acordado y consensuado, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de conocidas ambas propuestas. De no presentarse el acuerdo conjunto, el Juez evaluará: *a)* si decide el Plan sobre la base de las propuestas presentadas, o, *b)* en caso lo considere necesario, disponer que previamente un Coordinador Parental (psicólogo o trabajador social integrante del equipo multidisciplinario), actúe como mediador o facilitador entre ambas partes para ayudarlos a elaborar el Plan, quien deberá reunirse con ambos padres y presentar su Informe final en un plazo de quince (15) días hábiles. En la etapa de audiencia y resolutoria, el Juez

evaluará la propuesta de Plan, conjuntamente con lo actuado en el proceso, y, de ser el caso, luego de haber oído al menor, asimismo, hará las modificaciones o ajustes que considere necesarios y lo aprobará como parte de la Sentencia. Sin perjuicio de ello, si las partes están de acuerdo en un Plan conjunto el mismo podrá ser objeto de Conciliación al interior del proceso, el cual se aprobará, de ser el caso, previo control jurisdiccional. En caso alguna de las partes no presente su propuesta de Plan de Parentalidad, el juez decidirá si a pesar de ello, dispone el régimen de tenencia compartida, o, de ser el caso, el de tenencia monoparental o exclusiva.

El Plan de Parentalidad -propuesto por las partes o aprobado por el Juez-, debe ser presentado con el siguiente formato:

PLAN DE PARENTALIDAD		
1	Nombre del Padre	
2	Nombre de la Madre	
3	Nombre del/los menor(es)	i. _____ Edad: _____ ii. _____ Edad: _____ iii. _____ Edad: _____
Ambos padres acuerdan suscribir el presente **Plan de Parentalidad** a fin de ejercer el régimen de tenencia compartida a favor de su(s) menor(es) hijo(s):		
4	Domicilio elegido donde vivirá el/los menor(es)	i. Ubicado en: _____ _____ Correspondiente a: ( ) La Madre ( ) El Padre ii. Otras personas con quienes compartirá el domicilio: 1. _____ 2. _____ 3. _____ 4. _____
5	Medio de	( ) Teléfono N.º _____

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA

	comunicación oficial entre ambos padres. *Para ser utilizado en asuntos referidos al menor	( ) WhatsApp N.º _____ ( ) Correo electrónico _____@_____ ( ) Otros – Precisar: _____
6	Medio de comunicación oficial de cada uno de los padres con sus hijos	**PADRE** ( ) Teléfono N.º _____ ( ) WhatsApp N.º _____ ( ) Correo electrónico _____@_____ ( ) Otros – Precisar: _____ **MADRE** ( ) Teléfono N.º _____ ( ) WhatsApp N.º _____ ( ) Correo electrónico _____@_____ ( ) Otros – Precisar: _____
7	Obligación de compartir información sobre el menor	**ACEPTA**: Sólo a través del medio de comunicación oficial: (SI) (NO) Marcar los días autorizados para comunicación oficial: L ( ), M ( ), Mi ( ), J ( ), V ( ), S ( ), D ( ) Rango horario para comunicación oficial: Los días indicados, desde las _____ hrs hasta las _____ hrs. Fuera ese rango, sólo para casos de emergencia: (SI) (NO)
8	Funciones y/o tareas a cargo de cada progenitor:	**A CARGO DE**: PADRE / MADRE i. Cuidado diario del menor en el domicilio. ( ) ( ) ii. Controles y atenciones médicas. ( ) ( ) iii. Gastos en alimentos ( ) ( )

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA

		iv. Gastos en vestimenta ( ) ( ) v. Gastos de recreación ( ) ( ) vi. Gastos educativos ( ) ( ) vii. Gasto en actividades extracurriculares ( ) ( ) viii. Gastos de seguro médico ( ) ( ) viii. Otros – especifique: _____ _____
9	Actividades educativas	i. Nombre del Colegio o Centro Educativo del menor: _____ **ACEPTA** ii. El Colegio deberá comunicarse con ambos padres (SI) (NO) iii. Ambos padres serán convocados a las reuniones (SI) (NO) iii. Control de las tareas y aprovechamiento: (a) Padre (b) Madre (c) Ambos
	Actividades extracurriculares	i. Actividades extracurriculares que desarrollará el menor: (a) Deportes - precisar: _____ (b) Idiomas - Precisar: _____ (c) Artísticas - Precisar: _____ (d) Otros - Precisar: _____
10	Sobre el traslado del menor a sus actividades educativas y extracurriculares	i. El traslado del menor al colegio estará a cargo de: (a) Madre (b) Padre (c) Movilidad (d) Otros _____ ii) El traslado del menor a sus actividades extracurriculares está a cargo de: (a) Madre (b) Padre (c) Movilidad

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA

		(d) Otros _____
11	Fines de semana	Precisar con quién pasará el menor los fines de semana: (a) Madre (b) Padre (c) Alternado
12	Periodo vacacional del menor	Precisar cómo será el reparto del periodo vacacional del menor: (a) Vacaciones escolares de verano: i. Con el Padre desde _____ hasta _____ ii. Con la Madre desde _____ hasta _____ (b) Vacaciones escolares de medio año: i. Con el Padre desde _____ hasta _____ ii. Con la Madre desde _____ hasta _____
13	Feriados y días festivos:	Precisar qué días festivos pasará el menor con cada progenitor: i. Semana Santa (a) Padre (b) Madre (c) Alternado ii. Fiestas patrias (a) Padre (b) Madre (c) Alternado iii. Navidad (a) Padre (b) Madre (c) Alternado iv. Año nuevo (a) Padre (b) Madre (c) Alternado v. Otros días festivos Precisar: (a) Padre (b) Madre (c) Alternado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA

14	Fechas u ocasiones especiales del menor.	Precisar con cuál de los progenitores el menor pasará las siguientes ocasiones especiales: i. Cumpleaños (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ ii. Ceremonias religiosas: bautizo, primera comunión, confirmación, entre otros, dependiendo del credo que se profese. (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ iii. Eventos académicos: graduaciones, actuaciones o participaciones artísticas, eventos deportivos, entre otros. (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ iv. En actividades extracurriculares: competencias, premiaciones, entre otros. (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ v. Otros – Precisar: _____
Ambos padres suscribientes se comprometen al estricto cumplimiento de las reglas que contienen el presente Plan de Parentalidad. Sin perjuicio de ello, ambos padres dentro del marco de la más amplia funcionalidad, flexibilidad y en aras del bienestar del menor, podrán realizar los ajustes y/o las modificaciones que se consideren pertinentes, siempre y cuando las mismas se encuentren justificadas en el interés superior del menor.		
PADRE MADRE JUEZ		

Sobre el Coordinador Parental: es un profesional psicólogo o trabajador social, integrante del equipo multidisciplinario y especializado en mediación familiar, que, en caso de disponerlo el juez de la causa, intervendrá en los procesos de tenencia o variación de tenencia para ayudar a los padres que presenten alta conflictividad, a elaborar el Plan de Parentalidad, reuniéndose con ellos a fin de

identificar y resolver aquellos aspectos en los cuáles mantengan sus diferencias. Luego de su designación tiene un plazo de quince (15) días hábiles para reunirse con ambos padres y presentar al Juzgado su informe final.

4.55 Con relación al uso e incorporación del Plan de Parentalidad y del Coordinador Parental, como herramientas destinadas a hacer viable la aplicación del régimen de tenencia compartida en el Perú, consideramos pertinente **remitir** dicha propuesta al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para su correspondiente evaluación por las instancias pertinentes, a fin que se contemple la posibilidad de emitir un Protocolo de uso o normativa correspondiente para su implementación y aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales del área de Familia. En tanto se evalúe y/o apruebe normativamente su uso y aplicación, se debe **recomendar** a los Jueces del área de Familia que en los casos de tenencia y variación de tenencia, se tomen en cuenta la posibilidad de aplicar las herramientas de Plan de Parentalidad y Coordinador Parental a fin de optimizar la aplicación del régimen de la tenencia compartida, asimismo, se **recomienda** a los abogados que intervengan en estos casos, para que en la etapa postulatoria del proceso recomienden a sus patrocinados que propongan el Plan de Parentalidad para el ejercicio del régimen de la tenencia compartida, a fin de hacerlo más viable.

Sobre la variación de la tenencia

4.56 Los acuerdos y las decisiones judiciales emitidas con relación a la tenencia de menores, tal como sucede en otros procesos de familia, no tiene el carácter de permanente, sino que, bajo determinadas circunstancias que lo justifiquen en atención al interés superior del niño, puede disponerse su variación.

4.57 La variación de la tenencia de menores, se encuentra regulada por el **artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes**, y también ha sido objeto

de modificación. Su texto original disponía de manera genérica, que en caso de ser necesaria la variación de la tenencia, el Juez podía disponerlo con asesoría del equipo multidisciplinario[59] en forma progresiva, o excepcionalmente, en caso de peligro para el menor, se podía disponer su cumplimiento en forma inmediata.

4.58 Posteriormente, el **artículo 82** del Código de los Niños y Adolescentes[60], fue **modificado** por el artículo 2 de la **Ley N.º 31590**[61], estableciéndose que la tenencia compartida o exclusiva establecida por conciliación extrajudicial o sentencia firme, podía ser variada por una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado, señalando además que para la variación de la tenencia el Juez deberá tomar en cuenta la conducta del progenitor que estuviera al cuidado del niño, específicamente si su conducta estuvo dirigida a dañar o destruir la imagen del menor hacía el otro progenitor, en forma continua, permanente o sistemática, si no permitió de manera injustificada la relación entre

---

[59] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**:
*"**EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO.***
Artículo 149.- Conformación.-
El Equipo Multidisciplinario estará conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales. Cada Corte Superior de Justicia designará a los profesionales de cada área, los que ejercerán sus funciones en forma obligatoria en cada Juzgado que ejerza competencia en niños y adolescentes.
Artículo 150.- Atribuciones.-
Son atribuciones del Equipo Multidisciplinario:
a) Emitir los informes solicitados por el Juez o el Fiscal;
b) Hacer el seguimiento de las medidas y emitir dictamen técnico, para efectos de la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes; y
c) Las demás que señale el presente Código".

[60] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**:
***"Artículo 82. Variación de la Tenencia.* (modificado por el Artículo 2 de la Ley Nº 31590, publicada el 26/10/22)**
Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.
Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, haya realizado las siguientes conductas:
a. Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.
b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.
c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.
En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño.
El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.
Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato".

[61] *De fecha 26/10/22, la misma ley que modificó el artículo 81 del CNA estableciendo el régimen de tenencia compartida como regla, y la tenencia exclusiva o monoparental como excepción".*

ellos, y si no respetó los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas, lo cual guarda concordancia con el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes[62]; asimismo, se establece que en caso de haber la imposibilidad que uno de los progenitores tenga contacto físico con el menor, se pueda disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, de la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental, siempre que no perjudique el interés superior del niño, finalmente, se establece que la variación de tenencia debe darse en forma progresiva y con la asesoría del equipo disciplinario, salvo que por circunstancias que así lo ameriten, y por decisión motivada, se deba disponer su cumplimiento en forma inmediata.

4.59 Bajo ese contexto normativo, debe señalarse que dentro de un enfoque constitucional de protección al menor -explicado anteriormente-, cuando se encuentre vigente un régimen de tenencia compartida, el pedido de variación de tenencia no debe implicar únicamente el retorno a una tenencia exclusiva por parte de uno de los padres, debiendo el juez considerar las siguientes opciones:

1. Conservar el régimen de tenencia compartida con modificaciones. Cuando se pretenda la variación de un régimen de tenencia compartida ya existente, el Juez designará un Coordinador Parental (profesional psicólogo o trabajador social, integrante del equipo multidisciplinario y especializado en mediación familiar), para que se reúna con ambos padres e identifique previamente cuáles son los problemas o desavenencias de los padres, así como las nuevas necesidades del menor, u otras circunstancias, que vengan dificultando el ejercicio normal del régimen de tenencia compartida fijado, luego de lo cual presentará un informe al juez con las posibles opciones de modificación del Plan de

[62] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**:
"***Artículo 91.- Incumplimiento del Régimen de Visitas.-*** *El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso".*

Parentalidad fijado dentro del régimen de tenencia compartida, ello a fin de procurar no someter al menor a cambios innecesarios en su rutina o en su entorno, que puedan afectar su normal desarrollo, y, siempre y cuando no se ponga en peligro con ello la seguridad o el bienestar del menor, lo cual será evaluado por el juez en su sentencia, conjuntamente con los medios probatorios e informes recabados en autos, y, de ser el caso oír al menor, con previo conocimiento del Ministerio Público.

2. Disponer la tenencia exclusiva a favor de uno de los padres. Si dentro del mismo régimen de tenencia compartida, por el bienestar del menor, no fuera posible realizar los ajustes que permitan su conservación, y siempre en atención al interés superior del niño, recién el Juez podrá considerar disponer su variación a uno de tenencia exclusiva, previa evaluación de los medios probatorios e informes recabados en autos, de ser el caso oír al menor, y previo conocimiento del Ministerio Público. En este caso, el Juez deberá tener en cuenta lo establecido por el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 31590, respecto a la conducta del progenitor que estuviera al cuidado del niño, el uso en forma provisional de medios digitales para mantener el vínculo parental, y la progresividad de la variación de la tenencia con la asesoría del equipo disciplinario, salvo que se deba disponer su cumplimiento en forma inmediata por la seguridad y el interés superior del niño.

Solución de las causales procesales denunciadas

4.60 Se tiene como **antecedentes**, que doña Tania Karin Mejía Miralles inició un proceso de Tenencia de menor en contra de Iván Salvador Ramírez Chiroque, **Expediente N.º 9214-2015**, respecto de su menor hija de iniciales I.K.R.M., respecto al cual el Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de Carabayllo,

emitió sentencia de primera instancia del 03 de octubre de 2017[63], declarando **fundada** la demanda, **otorgándose la tenencia y custodia** de la menor a favor de su madre **Tania Karin Mejía Miralles**, fijándose un régimen de visitas para el padre, de la siguiente manera: *sin externamiento* durante los seis primeros meses, todos los sábados de 08:00 hasta las 18:00 horas, y a partir del séptimo mes *con externamiento*, debiendo el padre recoger y devolver a la menor del domicilio materno, el segundo y cuarto sábados y domingos de cada mes, el día de cumpleaños del padre, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día, y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo, intercalados anualmente con la demandante, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día; dicha sentencia fue apelada por el demandado únicamente en el extremo correspondiente al régimen de visitas, por lo que la tenencia a favor de la madre de la menor quedó firme.

Asimismo, la Sala de Familia Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte de fecha 27 de junio de 2018, **confirmó** la sentencia en el extremo apelado que dispuso fijar un régimen de visitas para el padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, pero la **revocó** en el extremo que se dispuso el régimen de visitas *sin externamiento* durante los primeros seis meses, lo cual se declaró **improcedente**. En dicha sentencia de vista, también se *exhortó* a los padres de la menor a resolver de forma prudente, flexible y madura lo concerniente al régimen de visitas de la menor, indicándose que, si bien dicho régimen ya ha sido establecido, ello no impide que, en atención al interés superior de la menor, decidan lo mejor para su niña dejando de lado posturas personales que en nada benefician su normal desarrollo personal, físico y social.

4.61 Posteriormente, el demandante Iván Salvador Ramírez Chiroque inició en contra de la demandada Tania Karin Mejía Morales, un proceso sobre **variación de régimen de visitas**, **Expediente N.º 26549-2018**, el mismo que **concluyó** a

[63] Fuente: Consulta de Expedientes Judiciales – CEJ, página web del Poder Judicial.

través de un acuerdo conciliatorio entre ambas partes, por el cual, el demandante se obliga a **no acudir con policías a la casa de la demandante** y tampoco llevar a la fuerza a la menor, y la demandada **se obliga a brindar todas las facilidades para que el demandante cumpla su régimen de visitas** ordenado en el Expediente N.º 9214-2015; dicho acuerdo fue aprobado en audiencia única del 14 de mayo de 2019[64], exhortándose a las partes el fiel cumplimiento de lo acordado.

4.62 En el caso de autos, el demandante **Iván Salvador Ramírez Chiroque**[65] interpone **demanda** solicitando la **variación de tenencia** de su menor hija de iniciales I.K.R.M. que fue otorgada a favor de la madre Tania Karin Mejía Morales en el Expediente N.º 9214-2015; como fundamentos de su pretensión señala básicamente que, a pesar de lo ordenado por sentencia judicial firme del 27 de junio de 2018 emitida en dicho proceso, no ha podido ejercer el régimen de visitas debido a que la demandada se ha opuesto reiteradamente a su cumplimiento. Si bien la demandada Tania Karin Mejía Miralles, fue declarada rebelde en el presente proceso[66], cabe señalar que a través de su escrito del 23 de julio de 2019[67] señaló que sí vino brindado las facilidades al demandante para ejercer el régimen de visitas, acordando que su acercamiento sea en forma progresiva, pero que el 11 de noviembre de 2018, su menor hija se asustó porque el accionante se presentó a su domicilio acompañado de la Policía, y la menor no quería ir con él.

4.63 Mediante **sentencia** emitida por el Juzgado Civil Transitorio de Carabayllo, mediante resolución N.º 10 del 19 de junio de 2020, se declaró **fundada** la demanda, y en consecuencia, se ordena la **variación de la tenencia** de la menor de iniciales I.K.R.M. que se había ordenado en el Expediente N.º 9214-

[64] Copiada a fojas 386 y 387.
[65] Con fecha 28 de noviembre de 2018
[66] Mediante resolución número 04 del 17 de julio de 2019 de fojas 137 a 138.
[67] De fojas 186 a 194.

2015-0-0901-JR-FC-01 y que favorecía a doña Tania Karin Mejía Miralles, siendo que dicha tenencia es variada, y se ordena que la tenencia de la menor I.K.R.M. sea a favor del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y se fija el **régimen de visitas** para la madre Tania Karin Mejía Miralles para que visite a su hija I.K.R.M. el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 9 de la mañana con retorno al hogar paterno a las 15 horas del mismo día, en el cumpleaños de la madre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con el padre demandante siempre que no interfiera con los horarios de estudio o de descanso de la menor. Dicha decisión fue apelada por la demandada Tania Karin Mejía Miralles. Como fundamentos, el juez de la causa señaló básicamente que con la documentación policial presentada por el padre, se encontraría probada la conducta reiterada, permanente y dolosa de la demandada de no acatar los mandatos judiciales ordenados en la sentencia de vista del 27 de junio de 2018, cortando la libertad de su menor hija a ser feliz con ambos padres, impidiéndole en forma arbitraria tener vinculación personal y familiar con su padre, y con su familia paterna, contraviniendo los derechos a la libertad y a crecer y desarrollarse en familia de la menor, previstos en los artículos 5 y 8 del Código de los Niños y Adolescentes.

4.64 La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante **Sentencia de Vista** contenida en la resolución N.º 18 del 15 de febrero de 2021, resolvió **confirmar** la sentencia apelada, que declaró **fundada** la demanda sobre variación de tenencia de menor; como principales fundamentos el *Ad quem* señala que la madre de la menor de iniciales I.K.R.M., doña Tania Karin Mejía Miralles, en efecto, no habría cumplido con el régimen de visitas con externamiento del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, que fue ordenado en el Expediente N.º 9214-2015-0-0901-JR-FC-01, lo cual se encontraría acreditado, no sólo con su conducta procesal (pedidos de garantías, denuncias por violencia familiar y variación de régimen de visitas desestimados), sino también con diversas constataciones policiales que prueban su

incumplimiento, por lo que la variación de la tenencia a favor del padre en la sentencia apelada, ha sido debidamente dispuesta conforme lo dispone el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; asimismo, se precisa que en el presente caso la variación de tenencia se dispone por resistencia de la madre a cumplir con el régimen de visitas dispuesto judicialmente, y que, por ello, no resulta necesario analizar el mayor tiempo de convivencia de la madre o la opinión de la menor que vive bajo el control de aquella, como se pretende en la apelación. En ese sentido, se aprecia, que el *Ad quem* dispuso la variación de tenencia, únicamente considerando lo establecido por el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, y sin tomar en consideración, ni pronunciarse en forma fundamentada, respecto al Dictamen del Fiscal Superior del 13 de noviembre de 2020, a través del cual Opinó que se declare Nula la sentencia de primera instancia, por considerar que si bien se habría acreditado la conducta de la demandada de no cumplir con el régimen de visitas del actor, sin embargo, ello no constituye una razón lógica jurídica para la variación de la tenencia, y, en ese sentido el Juez de primera instancia habría emitido su decisión basándose sólo en circunstancias que acontecen entre las partes, y no ha recabado medios probatorios a fin de conocer la real situación física y/o psicológica de la menor en aplicación del Interés Superior del Niño, menos aún que haya conocido su opinión, pues dispuso el juzgamiento anticipado del proceso sin audiencia, aplicando erradamente las reglas del proceso sumarísimo, contraviniendo los artículos 160 y 170 del Código de los Niños y Adolescentes que establecen que el presente caso se tramita como proceso único y que la audiencia es inaplazable.

4.65 Con relación a las causales procesales de su recurso de casación, la recurrente **Tania Karin Mejía Miralles** señala básicamente, que se habría vulnerado el deber de motivación de las resoluciones judiciales, así como a la valoración conjunta de los medios probatorios, porque: ***i)*** no se habrían explicado las razones porque lo señalado por la menor en la constatación policial del 11 de

noviembre de 2018, no constituye un rechazo categórico de la misma hacia su padre, ***ii)*** no se habría actuado ningún medio de prueba respecto a la real situación física y/o psicológica de la menor, ni tampoco si el actor se encuentra en posibilidad de cuidarla en forma personal; ***iii)*** no se habrían valorado el Informe Psicológico N.º 005-19-PSI-CSJLN-PJ-CT del 08 de enero de 2019, ni el Informe Psicológico N.º 731-2016-PSI-CSJLN-PJ, con los que se acreditaría el rechazo de la menor hacia su padre y que el mismo debe recibir terapia psicológica, y que, asimismo, tampoco se valoraron las constancias sobre los estudios y actividades extracurriculares de la menor; y, ***iv)*** tampoco se dispuso el pronunciamiento del equipo multidisciplinario respecto a la situación de la menor y de ambos padres, ni tampoco se tuvo en cuenta la opinión de la menor.

4.66 Al respecto, corresponde señalar, que si bien el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que la resistencia al régimen de visitas podrá originar la variación de la tenencia, sin embargo, ello no constituye una regla absoluta, ni el único elemento a tener en cuenta para disponer la variación del régimen de tenencia de un menor, pues conforme a una interpretación literal de la misma norma citada, se advierte el verbo *"podrá"*, implica una facultad del Juez, por lo que, de conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Civil, correspondía que las instancias de mérito evalúen dicha conducta de manera conjunta con otros elementos de análisis relevantes para poder pronunciarse sobre la variación de la tenencia de la menor, y, en ese sentido, sí se verifica la infracción de la norma procesal señalada.

4.67 Asimismo, no se advierte de autos que en el presente proceso se haya contado con la **opinión de la menor** de iniciales I.K.R.M., nacida el 27 de mayo de 2013[68] y que al momento del inicio del presente proceso contaba con cinco años de edad, y a la fecha cuenta con once años de edad, conforme lo dispone el **artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, en concordancia con

[68] Según copia de su Documento Nacional de Identidad de fojas 100.

lo establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual no se realizó debido a que el Juez de la causa dispuso el juzgamiento anticipado del proceso, mediante resolución número 04 del 17 de julio de 2019[69], vulnerándose de esta forma el debido proceso, por lo que, correspondía disponer que se escuche la opinión de la menor antes de emitir pronunciamiento sobre el pedido de variación de tenencia, tal como lo advirtió el Fiscal Superior en su Dictamen del 13 de noviembre de 2020, y que no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Superior.

4.68 Por otra parte, debe señalarse que la sentencia de vista emitida por la Sala Superior de fecha 15 de octubre de 2021, fue emitida antes de la vigencia de la Ley N.º 31590, publicada el 26 de octubre de 2022, que modificó los artículos 81 a 84 del Código de los Niños y Adolescentes, y que ha establecido un nuevo enfoque respecto al régimen de tenencia de menores, conforme al cual la tenencia compartida se convierte en la regla y la tenencia exclusiva o monoparental sería la excepción. Conforme se ha explicado anteriormente, la tenencia compartida entendida desde la perspectiva funcional de colaboración y reparto de tareas entre ambos padres, atiende de mejor manera al interés superior del niño, y permite a los padres ejercer la corresponsabilidad parental o coparentalidad, objetivos que tienen como sustento las diversas disposiciones de rango legal, constitucional y convencional que han sido citadas, a lo cual, cabe recordar, que el interés superior del niño, viene a ser lo que más conviene al menor en cada caso concreto, mediante un desempeño conjunto de ambos padres en la protección y desarrollo integral del menor. Por lo que, en ese sentido, estando a que la modificatoria legal permite enfocar y analizar el proceso de tenencia de menores, desde una perspectiva constitucional que permite plasmar de mejor manera el interés superior del niño y la coparentalidad, siendo más beneficiosa para el menor, consecuentemente, el nuevo marco legal que regula el proceso de tenencia debe ser aplicado al caso de autos.

[69] De fojas 137 y 138.

4.69 En ese sentido, teniendo en consideración que conforme a la modificación legislativa del **artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, la tenencia compartida es la regla y la tenencia monoparental o exclusiva la excepción, deberá **retrotraerse** el proceso hasta la etapa probatoria para que el juez disponga las actuaciones correspondientes, con el apoyo del equipo multidisciplinario en caso de ser necesario, con el fin de establecer la real situación de la menor (salud física y psicológica), sus condiciones familiares específicas respecto a su cotidianeidad (con quienes vive, quien la atiende, si tiene o no contacto con su familia extensa, etc), conocer su proceso de desarrollo en forma integral, cómo desempeña sus distintas actividades (curriculares, extracurriculares, de recreación), todo ello a fin de establecer si corresponde en el presente caso disponer la tenencia compartida, o, en caso de no ser ello posible, disponer la tenencia monoparental o exclusiva de la menor, debiendo tener en cuenta las conductas descritas en el **artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes**, modificado por Ley N.º 31590.

4.70 De considerar el Juzgador que corresponde en el presente caso, disponer la tenencia compartida de la menor, se deberán tener presentes los criterios previstos en el **artículo 84 del Código de los niños y adolescentes**, modificado por la Ley N.º 31590, así como el análisis sobre los mismos, contenido en la presente resolución.

4.71 Cabe agregar, que en los casos de variación de tenencia, el juez podrá incluso disponer, en uso de las facultades previstas en el **artículo 51 incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil**[70], la realización de una **audiencia**

[70] **Código Procesal Civil.** *"**Artículo 51.-** Los Jueces están facultados para:*
(…);
***2.** Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;*
***3.** Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus Abogados;".*

complementaria para disipar los temores y dudas que pudieran tener las partes respecto al ejercicio de la tenencia, como ha sucedido en el presente caso, cuando la demandada manifestó su preocupación por el hecho que el accionante habría acudido a su domicilio en reiteradas oportunidades acompañado de policías a visitar a su menor hija, pese a haberse comprometido a no hacerlo en la conciliación llevada a cabo durante la audiencia única del 14 de mayo de 2019, en el Expediente N.º 26549-2018 sobre variación de régimen de visitas, situación que habría ocasionado temor por parte de la menor, circunstancia que debió ser debidamente analizada con relación a la imputación del actor sobre la resistencia al ejercicio de su régimen de visitas, y que fue amparada sin mayor análisis por las instancias de mérito como principal sustento de su decisión.

4.72 Asimismo, puede darse la oportunidad que ambos padres puedan presentar una propuesta, conjunta o separada, respecto a cómo se podría ejercer el régimen de tenencia compartida, lo cual será objeto de evaluación por el Juez, a fin que apruebe alguna de las propuestas o hacerle las modificaciones o ajustes que se requiera, según corresponda, teniendo en consideración lo que sea más beneficioso para el menor.

4.73 Consecuentemente, estando a las omisiones advertidas, se ha verificado la vulneración al derecho al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales -motivación insuficiente- y a la valoración conjunta de los medios probatorios, por lo que corresponde declarar **fundado** el recurso por las causales procesales denunciadas, careciendo de objeto pronunciarse respecto a las causales materiales; asimismo, estando a que los vicios antes señalados se encuentran presentes en los pronunciamientos de ambas instancias, así como en la tramitación del proceso, corresponde declarar nula la sentencia de vista y declarar insubsistente la sentencia apelada de primera instancia a fin de que el a quo, emita nuevo pronunciamiento conforme a lo señalado en la presente resolución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA

IV.- FALLO:

Por estas consideraciones, y con lo expuesto por el Fiscal Supremo de Familia: declararon:

1. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Tania Karin Mejía Miralles** de fecha 05 de marzo de 2021; y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista emitida mediante resolución N.º 18 de fecha 15 de febrero de 2021, e **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada emitida mediante resolución N.º 10 del 19 de junio de 2020, debiendo el A quo emitir nuevo pronunciamiento conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución;

2. Conforme a lo señalado en el punto 4.49, se resuelve **OFICIAR** al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a fin de poner en conocimiento la propuesta de uso y aplicación del **Plan de Parentalidad** y del **Coordinador Parental**, como herramientas destinadas a hacer viable la aplicación del régimen de tenencia compartida en el Perú, para su correspondiente evaluación por las instancias pertinentes, a fin que se contemple la posibilidad de emitir un Protocolo de uso o normativa correspondiente para su implementación y aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales del área de Familia.

3. **RECOMENDAR**, en tanto se evalúe y/o apruebe normativamente su uso y aplicación, a los Jueces del área de Familia que en los casos de tenencia y variación de tenencia, se tomen en cuenta la posibilidad de aplicar las herramientas de Plan de Parentalidad y Coordinador Parental a fin de optimizar la aplicación del régimen de la tenencia compartida, asimismo, **RECOMENDAR** a los abogados que intervengan en estos casos, para que en la etapa postulatoria del proceso recomienden a sus patrocinados que

propongan el Plan de Parentalidad para el ejercicio del régimen de la tenencia compartida, a fin de hacerlo más viable

En los seguidos por Iván Salvador Chiroque Ramírez contra Tania Karin Mejía Miralles sobre Tenencia; **MANDARON** publicar la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"; y, *los devolvieron*. Notifíquese. Integra el colegiado la señora Jueza Suprema Ubillús Fortini por vacaciones del señor Juez Supremo De la Barra Barrera. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Arias Lazarte.**

S.S.

ARIAS LAZARTE

BUSTAMANTE OYAGUE

CABELLO MATAMALA

UBILLÚS FORTINI

ZAMALLOA CAMPERO
Evr/ymmd

2024 / J24 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 01618-2023-PHC/TC · Piura

Ejecución de conciliación sobre visitas

Tribunal Constitucional · 17 de julio de 2024

Localización: Fundamentos 5-7 y fallo

1. Decisión y alcance

Demanda improcedente. Se mantiene la competencia de la judicatura ordinaria para las medidas pertinentes.

2. Lectura jurídica del caso

El conflicto se vinculaba a la ejecución de un acuerdo de visitas y a actuaciones del juez que requerían evaluaciones antes de modificar su ejecución. El Tribunal no identifica una situación que habilite sustituir esos mecanismos por el hábeas corpus.

3. Aplicación y contraste

La existencia de un acta no elimina la necesidad de precisar qué extremo está vigente, qué incumplimiento se denuncia y qué medidas se han pedido al juez ejecutor. La controversia sobre ajustes del régimen requiere prueba actual, no la sola reproducción del acuerdo inicial.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, sirve de marco histórico sobre la tensión entre ejecución familiar y tutela constitucional excepcional.

5. Límites de utilización

La improcedencia constitucional no elimina la fuerza del acuerdo ni decide definitivamente sus modificaciones. El razonamiento precede al cambio explícito de 2025.

Contribución documental: D4 como fuente
Para D1-D4: referencias completas en la bibliografía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 948/2024

EXP. N.° 01618-2023-PHC/TC
PIURA
N.A.C.R.Y., representada por CARLOS ALBERTO RIVERA PEÑA

Firmado digitalmente por:
HANDA VARGAS DE PRETEL Miriam FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 31/07/2024 09:00:09-0500

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de julio de 2024, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Ochoa Cardich, ha emitido la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carlos Alberto Rivera Peña contra la resolución de fecha 3 de abril de 2023[1], expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICSE Luis Gustavo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 30/07/2024 09:34:07-0500

ANTECEDENTES

Con fecha 22 de agosto de 2022, don Carlos Alberto Rivera Peña interpone demanda de *habeas corpus* a favor de su menor hija de iniciales N.A.C.R.Y.[2] contra doña Karina Yarleque Córdova, madre de la menor favorecida. Alega la vulneración de los derechos a la integridad personal, a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y seguridad, a tener una familia y no ser separado de ella, y a la tutela procesal efectiva en conexión con la libertad personal de la menor favorecida.

El recurrente solicita que se ordene a doña Karina Yarleque Córdova cumplir el acuerdo conciliatorio establecido respecto del régimen de visitas a favor de su menor hija y aprobado mediante Resolución 11, de fecha 19 de noviembre de 2019[3].

Firmado digitalmente por:
DOMINGUEZ HARO Helder FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 30/07/2024 17:31:30-0500

El recurrente alega que es padre de la menor, quien a la fecha tiene cinco años de edad. Señala que en el Expediente 00910-2018-0-2004-JR-FC-01, mediante Resolución 11, de fecha 19 de noviembre de 2019, el Juzgado de Familia Transitorio de Chulucanas aprobó el acuerdo conciliatorio respecto al régimen de visitas de la menor de iniciales N.A.C.R.Y. y que, en la etapa

[1] F. 136 del documento pdf del Tribunal.
[2] F. 2 del documento pdf del Tribunal.
[3] F. 47 del documento pdf del Tribunal.

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01618-2023-HC.pdf

Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar Augusto FIR 06626828 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 25/07/2024 14:11:20-0500

de ejecución, la demandada no ha venido cumpliendo conforme a las ocurrencias policiales en diferentes fechas.

Manifiesta que el juez de ejecución ha emitido distintas resoluciones dirigidas a la parte demandada a fin de que cumpla con el régimen de visitas, programando audiencias, entre otros actos procesales sin que la madre le permita ver a su menor hija. Es más, se le llegó a imponer multa de una (1) URP y se ordenó la detención de aquella por el plazo de 24 horas.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria – sede Chulucanas de la Corte Superior de Justicia de Piura, con Resolución 1, de fecha 22 de agosto de 2022, admite a trámite la demanda[4].

La demandada doña Karina Yarleque Córdova se apersona al proceso y contesta la demanda[5]. Alega que su persona tiene la tenencia de la menor y que si bien existe una resolución que aprueba el acuerdo conciliatorio del régimen de visitas, la menor se niega a ver a su padre y tener alguna relación con él por miedo, porque no lo conoce, por lo que no está incumpliendo el acuerdo de conciliación.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria – sede Chulucanas de la Corte Superior de Justicia de Piura, mediante Resolución 4, de fecha 30 de enero de 2023[6], declaró improcedente la demanda, tras considerar que se advierte que si bien es cierto que un acuerdo conciliatorio tiene la condición de cosa juzgada, y, en consecuencia, debe cumplirse en sus propios términos, con posterioridad a su celebración, el Juzgado Civil -donde se llegó a dicho acuerdo- ha previsto la posibilidad de modificarlo, estando supeditado ello a los informes y pericias que deben ser realizadas por personal especializado, en salvaguarda de la integridad física y psicológica de la menor, así como de sus padres. El recurrente no adjunta en la demanda de *habeas corpus* el resultado de estos informes y pericias, por lo que no se puede emitir un pronunciamiento de fondo en la vía constitucional; máxime si se advierte que el recurrente recurrió oportunamente a la vía ordinaria (Juzgado Civil Transitorio de Chulucanas) para exigir el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, y es en esa vía donde se dispuso “recabar medios probatorios de oficio”, a fin de evidenciar el estado social y psicológico tanto de la menor

[4] F. 71 del documento pdf del Tribunal.
[5] F. 78 del documento pdf del Tribunal.
[6] F. 101 del documento pdf del Tribunal.

como de la demandada y el demandado. En suma, lo que se pretende es cuestionar el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, lo que excede del objeto del presente proceso.

La Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura confirmó la resolución apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene a doña Karina Yarleque Córdova cumplir con el acuerdo conciliatorio establecido con don Carlos Alberto Rivera Peña respecto al régimen de visitas a favor de su menor hija y aprobado mediante Resolución 11, de fecha 19 de noviembre de 2019.

2. Se alega la vulneración de los derechos a la integridad personal, a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y seguridad, a tener una familia y no ser separado de ella, y a la tutela procesal efectiva en conexión con la libertad personal de la menor favorecida.

Análisis del caso

3. Este Tribunal Constitucional ha dejado claro a través de su jurisprudencia que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha dicho que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad[7].

4. Sin embargo, en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos puede constituir una violación a los derechos a tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso a la integridad personal, entre otros. En el caso de que se hayan agotado las posibilidades de respuesta de la judicatura ordinaria, puede

[7] Sentencias recaídas en los Expedientes 00862-2010-PHC/TC; 00400-2010-PHC/TC y 02892-2010-PHC/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

acudirse a la jurisdicción constitucional[8], dejando claro que se trata de supuestos excepcionales por manifiesta vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niños, artículo 9.1, 9.3, en el Código de los Niños y Adolescentes, artículo 8, y en la Declaración de los Derechos del Niño, Principio 6, entre otros, todo ello en virtud de dilucidar si el emplazado ha atentado contra los derechos del favorecido[9].

5. En el presente caso, si bien se alega vulneración de los derechos constitucionales de la menor de iniciales N.A.C.R.Y. a la libertad personal, a tener una familia y no ser separada de ella, al desarrollo armónico e integral en un ambiente de afecto y de seguridad, y del derecho a la tutela procesal efectiva, en realidad el objeto de la demanda es cuestionar el cumplimiento del acuerdo conciliatorio suscrito por parte de la emplazada madre de la menor de iniciales N.A.C.R.Y., respecto al régimen de visitas, lo que excede el objeto del *habeas corpus*.

6. Sin perjuicio de lo expuesto, según la consulta efectuada al Expediente 00910-2018-0-2004-JR-FC-01 en el portal web del Poder Judicial, dicho expediente aún se encuentra en ejecución y se vienen realizando diversas actuaciones (informes pericias psicológicas, etc.), pues el Juzgado Civil, mediante Resolución 19, de fecha 10 de junio de 2021[10], ha dispuesto recabar medios de prueba de oficio, previo a la posibilidad de modificar, ampliar, flexibilizar o dejar sin efecto el acuerdo conciliatorio materia de autos, en salvaguarda de la integridad física y psicológica de la menor, así como de sus padres.

7. En consecuencia, corresponde declarar improcedente la demanda en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

[8] Sentencias recaídas en los Expediente 02892-2010-PHC/TC y 01817-2009-PHC/TC.
[9] Sentencia recaída en el Expediente 00005-2011-PHC/TC.
[10] F. 62 del documento pdf del Tribunal, fundamento 8.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01618-2023-PHC/TC
PIURA
N.A.C.R.Y., representada por CARLOS ALBERTO RIVERA PEÑA

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
OCHOA CARDICH

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE

De Iure ABOGADOS

2024 / J25 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 02970-2023-PHC/TC · Tacna

Entrega de niño y proceso de tenencia en trámite

Tribunal Constitucional · 11 de octubre de 2024

Localización: Fundamentos 3-6 y fallo

1. Decisión y alcance

Demanda improcedente. El Tribunal no sustituye al juez ordinario en la determinación de la tenencia.

2. Lectura jurídica del caso

La madre pidió la entrega del niño mientras existía una demanda ordinaria de tenencia admitida. La sentencia concluye que no se había acreditado el riesgo inminente o el agotamiento de posibilidades que, bajo la formulación entonces utilizada, permitirían una intervención excepcional.

3. Aplicación y contraste

Su pertinencia local para Tacna no altera el método de análisis: deben diferenciarse tenencia solicitada, medidas provisionales y eventual lesión constitucional. La prueba de un peligro específico no puede reemplazarse por el desacuerdo entre los padres sobre con quién debe residir el hijo.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, permite situar esta decisión en la línea de competencia ordinaria y tutela excepcional, anterior a 2025.

5. Límites de utilización

No otorga la custodia definitiva al padre. La negativa a decidir por hábeas corpus deja la controversia al proceso especializado y no prejuzga su resultado.

Doctrina de referencia completas en la bibliografía.

Firmado digitalmente por:
OTAROLA SANTILLANA JANET
PILAR FIR 06251899 hard
Motivo: Doy fe
Fecha: 29/10/2024 12:08:57-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 02970-2023-PHC/TC
TACNA
J.G.N.C. REPRESENTADO POR LUCÍA ROSA CONTRERAS CONTRERAS (MADRE)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de octubre de 2024, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Hernández Chávez, Morales Saravia y Monteagudo Valdez pronuncia la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lucía Rosa Contreras Contreras contra la Resolución 9, de fecha 7 de junio de 2023[1], expedida por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

Firmado digitalmente por:
MORALES SARAVIA Francisco Humberto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 25/10/2024 11:43:23-0500

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de diciembre de 2022, doña Lucía Rosa Contreras Contreras interpuso demanda de *habeas corpus* a favor de su hijo de iniciales J.G.N.C.[2]. Dirigió su demanda contra don Cristhian Augusto Núñez Cano, padre del menor favorecido. Denuncia la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la integridad psíquica, a tener una familia y no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral.

Doña Lucía Rosa Contreras Contreras solicita la inmediata libertad de su menor hijo de iniciales J.G.N.C; y que, en consecuencia, se le entregue al menor favorecido.

La recurrente manifiesta que desde la culminación de la relación con el demandado ha mantenido el cuidado de su menor hijo, esto es, durante 9 años, lo cual también ha sido reconocido por el demandado en su declaración indagatoria ante la policía (pregunta 9). Añade que, si bien este hecho corresponde dilucidarse en un proceso ordinario, la inmediata separación, por restricción directa en el accionar del demandado, no permite el acercamiento y comunicación con su menor hijo, lo que viene generando una alteración a la integridad psicológica en su caso y el de su menor hijo.

[1] Foja 255
[2] Foja 17

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/02970-2023-HC.pdf

Firmado digitalmente por:
HERNANDEZ CHAVEZ PEDRO ALFREDO FIR 09618150 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 25/10/2024 16:38:02-0500

Firmado digitalmente por:
MONTEAGUDO VALDEZ Manuel FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 28/10/2024 15:52:57-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Agrega que el 22 de octubre de 2022 fue agredida por su nueva pareja, por lo que se apersonó al hospital del área por actos de violencia familiar, y dejó de forma transitoria a su menor hijo de iniciales J.G.N.C, al cuidado de su madre doña Elena Contreras Chacón. Al regresar es informada por su madre que el demandado se había llevado a su menor hijo por una semana, lo que le causó extrañeza, pero no lo rechazó de forma inicial, pues nunca ha impedido que este ejerza el régimen de visitas; no obstante, desde la precitada fecha, no puede acercarse ni comunicarse con su menor hijo, pese a los intentos conciliatorios.

Señala que el demandado viene manipulando a su menor hijo, alterando su integridad psíquica y disminuyendo su pleno desarrollo. Agrega que con fecha 12 de noviembre de 2022 interpuso denuncia por el delito de sustracción de menor ante la Comisaría PNP Gonzales Vigil.

Indica que el 8 de noviembre de 2022 acudió al colegio de su menor hijo, negándose el demandado a que se pueda acercar, conforme lo manifiesta en la declaración indagatoria (pregunta 13) y que el 25 de diciembre, previo acuerdo con el padre de su hijo, se acercó a su domicilio en horas de la tarde, sin embargo, un señor le manifestó que su hijo menor hijo no estaba en casa, lo cual lo tomó como una burla.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, con Resolución 1, de fecha 28 de diciembre de 2022[3], admitió a trámite la demanda de *habeas corpus*.

Don Cristhian Augusto Núñez Cano, con escrito de fecha 11 de enero de 2023[4], se apersonó al proceso y solicitó que la demanda sea declarada improcedente. Señaló que su menor hijo no se encuentra privado de su libertad, asiste al colegio, hace una vida normal desde hace meses e inclusive ha tenido contacto con su madre, por lo que no existe peligro o vulneración a su derecho a la libertad. Sin embargo, ella siempre intenta jalonearlo e incitarlo para llevárselo a un ambiente nocivo y que ha tenido que pedir garantías personales, pues recibe amenazas de la madre de su hijo, de la abuela y sus hermanos.

Precisa que viene a la fecha tramitando una demanda de tenencia, ello ante la imposibilidad de la madre de poder cuidar y brindar lo mínimo para la salud, educación y tranquilidad de su hijo, lo que no ha indicado la

[3] Foja 25
[4] Foja 61

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

demandante, así como la investigación que tiene ante la Demuna de Tacna derivada a la UPE, por riesgo y desprotección familiar iniciada en su contra, en agravio de su menor hijo y de sus otros tres menores hijos. Refiere que decide tener a su menor hijo y alejarlo del entorno de su madre por la agresión que ella sufrió por parte de su pareja.

El 12 de enero de 2023 se realizó la audiencia única de *habeas corpus*[5], con la participación de la recurrente, el demandado y sus abogados defensores.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, con sentencia, Resolución 5, de fecha 24 de abril de 2023[6], declaró improcedente la demanda, por considerar que en un fuero especializado se viene discutiendo la tenencia del menor, que si bien la forma en cómo el menor se encuentra es propio del atributo del ejercicio de la patria potestad que este ostenta, tal como lo justifica el artículo 74 del Código del Niño y del Adolescente, pues como lo han referido ambos padres del menor, ninguno de los dos tiene la tenencia declarada o acordada judicialmente; siendo así, corresponde al juez especializado de familia dilucidar qué padre debe custodiar al menor y representarlo en los actos de la vida civil, siendo que no es posible determinar afectación de los derechos que se habrían lesionado del menor, pues estos deben de ser invocados en el proceso especial, pues no es competencia del juez constitucional resolver aspectos especiales en el que se ventilan conflictos entre padres sobre menores.

La Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna confirmó la apelada por estimar que no existe impedimento alguno al entroncamiento familiar existente entre el menor beneficiario y su madre, pues aunque exista hasta el momento un conflicto entre los padres por obtener la tenencia del hijo que tienen en común, el padre del menor no lo aisló ni le restringió las visitas de su madre, por lo que la alegada vulneración al derecho de tener una familia y no ser separado de ella, como invocó la demandante, no se evidencian en lo absoluto.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene la inmediata libertad del menor

[5] Foja 64
[6] Foja 218

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de iniciales J.G.N.C; y que, en consecuencia, sea entregado a su madre, doña Lucía Rosa Contreras Contreras.

2. Alega la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la integridad psíquica, a tener una familia y no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral.

Análisis del caso

3. Este Tribunal Constitucional ha dejado claro a través de su jurisprudencia que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha señalado que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad[7]. Y también ha precisado que en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas, se podrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional[8].

4. En consecuencia, no compete a este Tribunal determinar a quién corresponde la tenencia sobre el menor de edad de iniciales J.G.N.C., reexaminar los criterios del juez ordinario a efectos de disponer o suplir medidas provisionales o definitivas al interior del proceso ordinario de familia (tenencia, régimen de visitas, etc.), ni mucho menos analizar cuestionamientos legales respecto de la tramitación del aludido proceso civil; salvo que exista un desborde en las posibilidades de respuesta de dicha judicatura, que no sucede en el caso de autos.

5. El demandado ha precisado[9] que ha solicitado la tenencia del menor favorecido y que el proceso ha sido admitido a trámite y tendrá audiencia única, limitándose a señalar que decide tener a su menor hijo en virtud a la agresión sufrida por la demandante por parte de su pareja[10].

6. En tal sentido, respecto a la pretensión de que se entregue la tenencia del menor de edad de iniciales J.G.N.C. a doña Lucía Rosa Contreras

[7] Sentencias 00862-2010-PHC/TC; 00400-2010-PHC/TC y 02892-2010-PHC/TC
[8] Expediente 0005-2011-PHC/TC
[9] Foja 62
[10] Expediente 05055-2022-0-2301-JR-FC-01

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 02970-2023-PHC/TC
TACNA
J.G.N.C. REPRESENTADO POR LUCÍA ROSA CONTRERAS CONTRERAS (MADRE)

Contreras, corresponde su rechazo en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 7, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, puesto que los hechos y los fundamentos que la sustentan exceden el ámbito de control constitucional que se puede efectuar a través del *habeas corpus*, tanto más si no se ha acreditado en autos que exista algún riesgo inminente o que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ
MORALES SARAVIA
MONTEAGUDO VALDEZ

PONENTE HERNÁNDEZ CHÁVEZ

2025 / J26 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 01431-2024-PHC/TC · Lima

Replanteamiento del hábeas corpus familiar

Tribunal Constitucional · 30 de junio de 2025

Localización: Fundamentos 10-15 y fallo

1. Decisión y alcance

Demanda improcedente. El Pleno reformula expresamente la delimitación del hábeas corpus familiar.

2. Lectura jurídica del caso

Aunque el pedido inmediato incluía autorización de viaje y suspensión de patria potestad, la sentencia desarrolla una regla relevante para tenencia y visitas: el desborde o agotamiento de la jurisdicción ordinaria no transfiere al Tribunal la competencia para resolver el conflicto familiar. La tutela constitucional exige afectación del ámbito protegido por el hábeas corpus, especialmente integridad frente a situaciones reales de abuso.

3. Aplicación y contraste

Una demanda debe identificar la lesión concreta y la conexión con la libertad personal, no pedir al juez constitucional que diseñe un régimen de cuidado porque el proceso ordinario es lento. La sentencia distingue proteger derechos y asumir una competencia material ajena. Los remedios frente a inacción deben respetar esa diferencia.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, permite identificar la línea histórica que este pronunciamiento revisa. Se utiliza como contraste temporal, no como respaldo anticipado de una decisión de 2025.

5. Límites de utilización

Es una sentencia del Pleno del TC, no un pleno casatorio civil. No se le atribuye una declaración formal de precedente vinculante que el texto no contiene. Debe leerse junto con las divergencias de fundamentación posteriores.

Doctrina citada: referencias completas en la bibliografía.

Firmado digitalmente por: ALZAMORA CARDENAS VICTOR ANDRES FIR 06283988 hard Motivo: Doy fe Fecha: 30/07/2025 19:13:06-0500

Firmado digitalmente por: PACHECO ZERGA LUZ IMELDA FIR 02860240 hard Motivo: En señal de conformidad Fecha: 14/07/2025 16:58:37-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 128/2025

Firmado digitalmente por: DOMINGUEZ HARO Helder FAU 20217267618 soft Motivo: En señal de conformidad Fecha: 10/07/2025 21:04:57-0500

EXP. N.° 01431-2024-PHC/TC
LIMA
I.G.F REPRESENTADA POR CÉSAR ENRIQUE MIRANDA CORNEJO (ABOGADO)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de junio de 2025, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Pacheco Zerga, presidenta; Domínguez Haro, vicepresidente; Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Monteagudo Valdez, Ochoa Cardich y Hernández Chávez, pronuncia la siguiente sentencia.

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/01431-2024-HC.pdf

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Enrique Miranda Cornejo, abogado de doña Mariam Fabiola Faroun Macan, a favor de la menor de iniciales I.G.F., contra la Resolución 4, de fecha 31 de agosto de 2023 ([1]), expedida por la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

Firmado digitalmente por: MORALES SARAVIA Francisco Humberto FAU 20217267618 soft Motivo: En señal de conformidad Fecha: 09/07/2025 12:18:07-0500

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de mayo de 2023, don César Enrique Miranda Cornejo interpone demanda de *habeas corpus* a favor de la menor de iniciales I.G.F. ([2]), y la dirige contra don Augusto Ganoza Rodríguez, padre de la menor. Denuncia la vulneración de los derechos a la libertad de tránsito, al debido proceso y de defensa.

Firmado digitalmente por: GUTIERREZ TICSE Luis Gustavo FAU 20217267618 soft Motivo: En señal de conformidad Fecha: 25/07/2025 22:22:11-0500

Solicita lo siguiente: (i) se ordene a don Augusto Ganoza Rodríguez que autorice el viaje al extranjero de la menor favorecida, de iniciales I.G.F., desde el 18 al 23 de mayo de 2023, con motivo de su viaje de promoción; (ii) se suspenda la patria potestad que ejerce el demandado sobre la citada menor en tanto se resuelva el proceso principal sobre la materia; y, (iii) que una vez que concluya el presente proceso se disponga abrir instrucción a los responsables, sin perjuicio de

[1] Foja 170 del expediente.
[2] Foja 1 del expediente.

Firmado digitalmente por: HERNANDEZ CHAVEZ Pedro Alfredo FAU 20217267618 soft Motivo: En señal de conformidad Fecha: 14/07/2025 12:20:55-0500

Firmado digitalmente por: OCHOA CARDICH Cesar Augusto FIR 06626828 hard Motivo: En señal de conformidad Fecha: 09/07/2025 12:15:52-0500

Firmado digitalmente por: MONTEAGUDO VALDEZ Manuel FAU 20217267618 soft Motivo: En señal de conformidad Fecha: 18/07/2025 16:42:34-0500

que les ordene el pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que se causen, más las costas y los costos.

Sostiene que como producto del vínculo matrimonial de doña Mariam Fabiola Faroun Macan con el demandado fue procreada la menor favorecida, y que el citado vínculo a la fecha se encuentra disuelto. Precisa que, durante y después de su separación y posterior divorcio, la relación se tornó inmanejable y que se produjeron situaciones traumáticas para la familia, por lo cual se iniciaron una serie de procesos judiciales a fin de que el demandado cumpla con el pago de alimentos, régimen de visitas, etc.

Aduce que se celebró un proceso conciliatorio de buena fe, pero que el demandado se niega a cumplir lo que se acordó en el año 2019, por lo que se inició la ejecución de acta de conciliación ante el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Barranco y Miraflores ([3]), la que fue declarada fundada. Acota que, posteriormente, el acuerdo fue impugnado, debido a la negligencia en su tramitación, pero ha sido regularizado a la fecha. Afirma también que contra el demandado se solicitó la medida cautelar de impedimento de salida del país.

Alega que el demandado no le dirige la palabra a la madre de la menor ni siquiera para tratar asuntos de sus hijos, a los cuales no visita ni atiende, y que solo los somete a maltratos, lo cual motivó la instauración de procesos de violencia familiar. Precisa que la información que el demandante tiene sobre sus hijos es por referencia de terceras personas o por ellos mismos. Asimismo, señala que se interpuso en su contra denuncia por violencia familiar (violencia psicológica), que se tramitó ante el Decimonoveno Juzgado de Familia Tutelar ([4]), en el cual se ordenaron medidas de protección en contra del demandado, por las cuales interpuso recurso de apelación.

Refiere que antes se le presentó a la menor favorecida la

[3] Expediente 312-2019.
[4] Expediente 10236-2019.

oportunidad de viajar y de visitar a su familia en los Estados Unidos de América en el año 2021, para lo cual se solicitó el permiso de viaje, el que finalmente no se realizó porque el demandado negó su permiso, pese a los ruegos efectuados. Asevera que en el año 2022 se presentó de nuevo la posibilidad de que la menor pueda viajar y pasar navidad con su familia, pero que en esa ocasión se solicitó el permiso de viaje por la vía judicial, y que fue tramitado ante el Vigésimo Octavo Juzgado de Familia de Lima ([5]), que lo declaró fundado. Subraya que en el citado proceso el demandado formuló oposición y tacha de pruebas de manera innecesaria, a fin de impedir que no celebre navidad con la familia, lo cual logró, puesto que la sentencia se expidió en el mes de enero de 2023, por lo que recién pudieron viajar en esas fechas.

Afirma que lo referido demuestra el accionar abusivo y calculador del demandante, puesto que extorsiona a la madre de la menor y a sus hijos a fin de obtener un beneficio personal y procesal; que, sin embargo, al no lograrlo, destruye la felicidad de sus hijos; y que, en lugar de ejercer la prerrogativa que tiene como padre respecto al cuidado de sus hijos, la utiliza como un elemento para extorsionar, sin importarle las consecuencias.

Asevera que pretende ahora que se otorgue a la menor el permiso de viaje al extranjero, porque el demandado viene cometiendo abusos, e incumple sus obligaciones alimenticias. Destaca que el viaje de promoción sería “irrepetible y sublime”, y que, de no concederse, truncaría la culminación de la etapa escolar de la menor, lo que ocurriría en represalia por las denuncias interpuestas en contra de su padre, que motivaron el dictado de las medidas de protección. Advierte, que el demandado viene limitando el libre tránsito de la menor, abusando de la prerrogativa legal que tiene para el otorgamiento de permiso de viaje, lo cual no puede estar por encima del interés superior del niño y del adolescente; más aún cuando en su contra se dictaron medidas de protección, que no cumple.

[5] Expediente 16149-2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01431-2024-PHC/TC
LIMA
I.G.F REPRESENTADA POR
CÉSAR ENRIQUE MIRANDA
CORNEJO (ABOGADO)

Menciona que el demandado se comprometió a firmar el permiso de viaje; que, no obstante, no lo cumplió, en venganza por las denuncias interpuestas por violencia familiar y por la denuncia realizada en su contra por la menor favorecida; y que no le contesta a la madre de la menor los mensajes ni las llamadas. Enfatiza que, en mérito al anterior permiso de viaje otorgado judicialmente, se debe estimar la presente demanda, con el fin de que la menor realice su viaje de promoción, para lo cual acredita arraigo y garantía de retorno.

El Tercer Juzgado en lo Constitucional de Lima, mediante Auto de Improcedencia por Litispendencia, Resolución 2, de fecha 7 de julio de 2023 ([6]), declara improcedente la demanda, por considerar que se verificó en el Sistemas de Expedientes (SIJ) de la Corte Superior de Justicia de Lima, la existencia de un anterior proceso constitucional incoado en beneficio de la menor favorecida, basado a los mismos hechos y contra don Augusto Ganoza Rodríguez ([7]). Además, advierte que en el presente proceso de *habeas corpus* y en el anterior ([8]) se invoca la vulneración de similares derechos fundamentales, con lo que se evidencia el abuso del derecho de parte del demandante. Agrega que en los citados procesos constitucionales se solicitó su archivo por la causal de sustracción de la materia, debido a que el demandado autorizó el permiso de viaje de promoción al extranjero de la menor favorecida.

La Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada, por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es lo siguiente: (i) se ordene a don Augusto Ganoza Rodríguez que autorice el viaje al extranjero de la

[6] Foja 123 del expediente.
[7] Expediente 02704-2023.
[8] Expedientes 2704-2023 y 2707-2023.

menor favorecida, de iniciales I.G.F., desde el 18 al 23 de mayo de 2023, con motivo de su viaje de promoción; (ii) se suspenda la patria potestad que ejerce el demandado respecto a la citada menor en tanto se resuelva el proceso principal sobre la materia; y, (iii) que una vez que concluya el presente proceso, se disponga abrir instrucción a los responsables, sin perjuicio de que les ordene el pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que se causen, más las costas y los costos.

2. Se denuncia la vulneración de los derechos a la libertad de tránsito, al debido proceso y de defensa.

Análisis del caso concreto

3. La Constitución Política establece expresamente en su artículo 200, inciso 1, que el *habeas corpus* procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. No obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el *habeas corpus*, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional, y luego si agravian el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal.

4. Este Tribunal Constitucional ha dejado claro a través de su jurisprudencia que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha dicho que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excede el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (cfr. Sentencias 00862-2010-PHC/TC, 00400-2010-PHC/TC y 02892-2010-PHC/TC). También ha precisado que en aquellos casos en los que las

posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas o desbordadas, cabrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional (cfr. Sentencia 00005-2011-PHC/TC, fundamento 3).

5. En el presente caso, este Tribunal Constitucional aprecia que la parte recurrente ha excedido el ámbito de tutela que permite el concepto de agotamiento o desborde de las posibilidades de respuesta de la judicatura ordinaria, lo que evidencia una carencia o defecto en su diseño.

6. Se aprecia de autos que el recurrente no planteó una sino dos demandas de *habeas corpus* con la misma fecha, 17 de mayo de 2023. En el presente proceso se declaró en primera instancia la improcedencia de la demanda por litispendencia. La demanda del Expediente 2704-2023 fue admitida con fecha 17 de mayo de 2023, y se aprecia que tiene similar pretensión y las mismas partes que la presente causa. Más aún, la misma ya llegó al Tribunal Constitucional y fue resuelta mediante Sentencia 02781-2024-PHC/TC, de fecha 5 de febrero de 2024, que declaró improcedente la demanda. Respecto de la pretensión referida a la suspensión de la patria potestad, se aplicó el artículo 7.1 del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCo) por tratarse de una cuestión que corresponde ser discutida en un proceso ordinario. Por otro lado, sobre la solicitud de que se ordene a don Augusto Ganoza Rodríguez autorice el viaje de promoción de su menor hija de iniciales I.G.F. al extranjero, del 18 al 23 de mayo de 2023, pues viene limitando su libre tránsito, se declaró la sustracción de la materia, pues el demandado ya había autorizado el permiso de viaje de promoción al extranjero de la menor favorecida.

7. Ahora bien, en cuanto al permiso de viaje, se aprecia que esta cuestión involucra el ejercicio de la patria potestad del demandado, que puede tener razones válidas y personales (incluso de índole económica), como padre de la menor, para no autorizar su viaje de promoción. Si bien este tipo de viajes tienen un valor social y

personal, tener uno no representa un derecho humano, sino que estará sujeto a los medios y posibilidades de cada familia, que podrá también evaluar si el tipo de viaje a realizarse se condice con el tipo de formación y valores que quieren inculcar en sus hijos. Desde ese punto de vista, la demanda bien podría haber sido rechazada en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 del NCPCo, pues los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Queda en evidencia, entonces, que la cuestión debía discutirse en la vía ordinaria.

8. Sin embargo, como se hizo notar *supra*, el demandado autorizó el permiso de viaje de promoción al extranjero de la menor favorecida, por lo que se produjo la sustracción de la materia. No obstante, respecto de esta cuestión el recurrente no solo no se desistió de la demanda, sino que mantuvo en marcha dos procesos constitucionales sobre lo mismo, a pesar de que en el presente proceso se advirtió la existencia de litispendencia. Por otro lado, respecto de la suspensión de la patria potestad, se advierte que existe un proceso sobre la materia en curso, lo que también se hizo notar en la Sentencia 02781-2024-PHC.

9. Finalmente, el último punto del petitorio que se deriva del contenido del escrito de demanda es que, una vez que concluya el presente proceso, se disponga abrir instrucción a los responsables, sin perjuicio de que se les ordene el pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que se causen. Sobre esto conviene enfatizar que los procesos constitucionales no tienen por objeto determinar indemnizaciones. Asimismo, en atención a que las cuestiones referidas a la suspensión de la patria potestad deben determinarse ante la judicatura ordinaria, y a que, en lo que concierne al viaje de promoción de la menor, se produjo la sustracción de la materia porque se otorgó el permiso oportunamente, no corresponde derivar los actuados al Ministerio Público, pues no se ha determinado ninguna responsabilidad del demandado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. Así las cosas, se aprecia que en el presente caso se ha acudido a la judicatura constitucional para resolver cuestiones que no corresponde, lo que motiva que este Tribunal Constitucional considere necesario replantear el ámbito de protección del denominado *habeas corpus* familiar.

11. Conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del NCPCo, el *habeas corpus* procede, entre otros supuestos, ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos:

    (i) La integridad personal (numeral 1).
    (ii) El derecho a la protección de la familia frente a actos de violencia doméstica (numeral 21).

12. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional no se encuentra habilitado vía el proceso *habeas corpus* para solucionar situaciones de agotamiento o desborde de la capacidad de respuesta de la judicatura ordinaria, sino para tutelar derechos fundamentales vinculados con el derecho a la libertad personal. En el caso del *habeas corpus* familiar, lo que se tutela es la integridad personal de los miembros del grupo familiar frente a situaciones tangibles de abuso real, no la mera alegación de abuso.

13. Así, los conceptos de agotamiento o desborde de la judicatura ordinaria resultan inadecuados para habilitar la vía constitucional, pues no pueden servir como habilitadores de una competencia de la que carece este Tribunal. A modo de ejemplo, el desborde de las capacidades de respuesta de la judicatura ordinaria (por ejemplo, por vulneración del plazo razonable) no habilitan a este órgano de control de la constitucionalidad a decidir la inocencia o culpabilidad de las personas sometidas a un proceso penal, o a determinar sus condenas, sino a ordenar a las instancias judiciales a actuar respetando los derechos constitucionales vulnerados, y que emitan el fallo que corresponda conforme a derecho. Pero tal situación no sustituye la competencia ordinaria sobre la materia

subyacente. Del mismo modo, las llamadas situaciones de agotamiento o desborde no pueden habilitar a este Tribunal Constitucional a tener competencia sobre una materia ordinaria vía el *habeas corpus*, sino que su competencia estará habilitada en la medida en que la controversia verse sobre la tutela de un derecho fundamental conexo con la libertad personal.

14. Evidentemente, esto no quiere decir que carezcan de protección los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niños o en el Código de los Niños y Adolescentes. Pero la defensa de los derechos ahí contenidos deberá ejercitarse ante la judicatura ordinaria, y solo cuando se trate de la vulneración de los derechos protegidos por el *habeas corpus* podrá recurrirse a este proceso constitucional.

15. En suma, el Tribunal Constitucional no es competente para conocer asuntos propios del derecho de familia, tales como cuestiones relativas a procesos de tenencia, unidad familiar, régimen de visitas, entre otros. Esto es así no solo porque existe una vía judicial específica para conocer tales conflictos, sino también porque la solución a la inacción del Estado no puede ser resuelta por un ejercicio irregular de competencias. El proceso de *habeas corpus* no es la vía idónea para resolver este tipo de controversias, que por su propia naturaleza suele requerir la actuación de múltiples y complejas pruebas. En ese sentido, este Tribunal Constitucional debe respetar el principio de corrección funcional no solo para interpretar las funciones y competencias de los demás órganos constitucionales, sino también para interpretar sus propias funciones y competencias. En este caso, la resolución de controversias de familia no solo es competencia de la judicatura ordinaria, sino que esta se encuentra dotada de mejores herramientas jurídicas a su disposición, respecto de la judicatura constitucional, para asegurar que las disposiciones del derecho de familia sean garantizadas de manera efectiva. Este es el deber que tienen los jueces de familia, y el incumplimiento del mismo no puede ser suplido por órganos incompetentes o inadecuados para

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cumplir dicha función. De este modo, la posible ineficiencia en la administración de justicia debe ser canalizada y corregida mediante el uso de las herramientas propias del sistema jurídico.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

PACHECO ZERGA
DOMÍNGUEZ HARO
MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH
HERNÁNDEZ CHÁVEZ

PONENTE HERNÁNDEZ CHÁVEZ

2025 / J27 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 04750-2024-PHC/TC · Lima

Sustracción de materia y cuidado provisional

Tribunal Constitucional · 17 de setiembre de 2025

Localización: Razón de relatoría; votos que conforman la decisión; voto de Gutiérrez Ticse

1. Decisión y alcance

La decisión aprobada es IMPROCEDENTE. La razón de relatoría identifica los votos de Domínguez Haro, Ochoa Cardich y Hernández Chávez que conforman el resultado.

2. Lectura jurídica del caso

La vía ordinaria había dispuesto cautelarmente el cuidado por la madre y visitas paternas en un proceso de restitución internacional; el voto de Domínguez Haro también registra la entrega judicial de los niños. Ese contexto sustenta la ausencia de objeto de un nuevo pronunciamiento constitucional sobre la entrega solicitada.

3. Aplicación y contraste

Antes de citar una resolución con discordia es imprescindible leer la razón de relatoría y reconstruir los votos. En este documento existe una propuesta estimatoria extensa, pero no es la decisión que alcanzó la mayoría. La fecha usada para ordenar es la de la razón que integra el resultado, no las firmas digitales posteriores.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, ofrece el marco de separación entre competencia familiar y constitucional. La identificación de votos y sustracción se basa en el documento judicial, no en doctrina.

5. Límites de utilización

No debe presentarse como sentencia fundada que establece preferencia materna. La posición de Gutiérrez Ticse se incluye por integridad documental, claramente diferenciada del fallo aprobado.

Pendiente: D4 referencias completas en la bibliografía.

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
HANDA VARGAS DE PRETEL Miriam FAU
20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 30/09/2025 22:39:35-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 1305/2025

EXP. Nº 04750-2024-PHC/TC
LIMA
F.M.G y R.M.G., representados por ANA GAIVAO CORDOVIL - MADRE

RAZÓN DE RELATORÍA

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
DOMINGUEZ HARO Helder FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 24/09/2025 07:27:10-0500

La sentencia emitida en el Expediente 04750-2024-PHC/TC es aquella que resuelve:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Dicha resolución está conformada por el voto del magistrado Domínguez Haro, Ochoa Cardich y el voto del magistrado Hernández Chávez, quien fue convocado para dirimir la discordia suscitada en autos.

Se deja constancia de que los magistrados concuerdan con el sentido del fallo y que la resolución alcanza los tres votos conformes, tal como lo prevé el artículo 11, primer párrafo, del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional en concordancia con el artículo 5, cuarto párrafo, de su Ley Orgánica. Asimismo, se acompaña el voto del magistrado Gutiérrez Ticse.

La secretaria de la Sala Segunda hace constar fehacientemente que la presente razón encabeza los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de ella en señal de conformidad.

Lima, 17 de setiembre de 2025.

SS.

DOMÍNGUEZ HARO
GUTIÉRREZ TICSE
OCHOA CARDICH
HERNÁNDEZ CHÁVEZ

Miriam Handa Vargas
Secretaria de la Sala Segunda

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICSE Luis Gustavo FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 30/09/2025 20:53:56-0500

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/04750-2024-HC.pdf

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
HERNANDEZ CHAVEZ Pedro Alfredo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 30/09/2025 12:04:44-0500

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar Augusto FIR 06626828 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 26/09/2025 15:18:04-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. Nº 04750-2024-PHC/TC
LIMA
F.M.G y R.M.G., representados por ANA GAIVAO CORDOVIL - MADRE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

Con el debido respeto por la decisión de la ponencia, en el presente caso, estimo que la demanda de autos debe declararse **IMPROCEDENTE** por haber devenido en sustracción de la materia justiciable.

1. La demandante interpone demanda de habeas corpus a favor de sus hijos menores de edad de iniciales F.M.G. (dos años) y R.M.G. (cuatro años), y la dirige contra don Fernando José Menéndez Zeppilli, padre de los menores favorecidos. Alega la vulneración de los derechos de tener una familia y a no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto, seguridad moral y material, y a la integridad personal, particularmente en el caso del hijo lactante, cuya alimentación fue abruptamente interrumpida.

2. La recurrente solicita lo siguiente: a) que le entreguen los dos menores F.M.G. y R.M.G; y b) que el padre demandando sea apercibido para que, en caso de no realizar dicha entrega, se apliquen las medidas correctivas previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional y se lo denuncie por la posible comisión del delito de resistencia a la autoridad.

3. Sobre el particular, debe señalarse que la pretensión de la demanda ha sido satisfecha fuera del proceso. Mediante Escrito 005144-2025-ES, el emplazado a adjuntado, al cuaderno de este Tribunal, la Resolución 18, de fecha 9 de junio de 2025, expedido por la Primera Sala Especializada de Familia de Lima, en el Expediente 05710-2025-74-1801-JR-FC-16, sobre proceso de restitución internacional de menores, donde se ha resuelto otorgar, en forma cautelar, el cuidado de los menores favorecido F.M G. y R.M.G a la demandante en el territorio nacional y en el domicilio señalado por esta, debiendo informar al juzgado en caso de cambio de su domicilio. Asimismo, se ha resuelto establecer el régimen de visitas para el emplazado con relación a los mencionados menores.

4. Seguidamente, en el mismo proceso, también se observa el Acta de Entrega de Menor[1], realizada mediante diligencia judicial de fecha 31 de julio del 2025, donde se verifica que el emplazado ha procedido con la entrega de los menores F.M.G. y R.M.G a la accionante, dejándose constancia además que se encuentran en buen estado de salud y que no

[1] Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales: https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html

presentan signos de lesiones corporales, así como se le exhorta a esta a que cumpla con el régimen de visitas temporal establecido a favor del padre de los menores.

5. En la medida que, por disposición de la judicatura ordinaria, la actora tiene actualmente el cuidado temporal de sus menores hijos en un domicilio señalado dentro del territorio nacional y el emplazado (padre de los menores) cuenta con un régimen de visitas claramente establecido, no consideramos pertinente un pronunciamiento, por parte de este Colegiado, sobre la entrega provisional de los menores y el régimen de visitas de su padre, como se realiza en la ponencia; por lo que, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el fondo de la presente controversia, al haberse producido la sustracción de la materia controvertida. Siendo así, la presente demanda debe ser desestimada en aplicación *a contrario sensu* del segundo párrafo del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

DOMÍNGUEZ HARO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. Nº 04750-2024-PHC/TC
LIMA
F.M.G y R.M.G., representados por ANA GAIVAO CORDOVIL - MADRE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Con el debido respeto por lo planteado en la ponencia del presente caso, considero que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, por las razones que paso a mencionar a continuación.

1. En efecto, el objeto de la presente demanda es que se ordene lo siguiente: i) que los menores de iniciales F.M. G. (2 años) y R.M.G. (4 años) sean entregados a su madre, doña Ana Gaivao Cordovil; y ii) que don Fernando José Menéndez Zeppilli sea apercibido para que, en caso de no realizar dicha entrega, se apliquen las medidas correctivas previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional y se lo denuncie por la posible comisión del delito de resistencia a la autoridad.

2. Tal como lo establece el artículo 200, inciso 1, de la Constitución Política del Perú, mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, cabe resaltar que no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad personal o a los derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus.*

3. Como es de recordar, el Tribunal Constitucional ha dejado claro a través de su jurisprudencia que no corresponde acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas, procesos que, a mi consideración, cuentan con su correspondiente estancia probatoria a fin de que el órgano jurisdiccional competente analice la controversia relacionadas a dichas materias especializadas y adopte una decisión debidamente sustentada. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha dicho que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad[2]. Adicionalmente ha precisado que solo en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas, cabrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional[3].

[2] Cfr. Sentencias recaídas en los Expedientes 00862-2010-PHC/TC; 00400-2010-PHC/TC y 02892-2010-PHC/TC.
[3] Resolución emitida en el Expediente 00005-2011-PHC/TC.

4. En lo que respecta al caso concreto, es evidente que la controversia de fondo específicamente gira en torno a la tenencia de los menores hijos, lo cual es en principio un asunto de competencia de la judicatura ordinaria (juez de familia) y no de la jurisdicción constitucional, a menos que pudiese verificarse un proceder absolutamente irrazonable o manifiestamente contrario a los derechos fundamentales.

5. De los actuados y de lo informado en la audiencia pública realizada sobre esta causa, se advierte sin embargo que existe un proceso judicial de tenencia en trámite en el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, signado con el número de expediente 18368-2024-0-1801-JR-FC-04; por tanto, queda acreditado que la pretensión excede el objeto tutelar del proceso de *habeas corpus*.

6. Asimismo, se observa que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima expidió la Resolución 18, de fecha 3 de marzo de 2025[4], que revocó la Resolución 4, de fecha 9 de octubre de 2024, y dejó sin efecto la medida cautelar de no innovar que fue concedida mediante la Resolución 2, de 27 de agosto de 2024, que dispuso que los menores favorecidos permanezcan bajo la tenencia y custodia de su padre don Fernando José Menéndez Zeppilli[5]. No obstante, tal como se ha mencionado anteriormente, aun se encuentra pendiente la resolución del fondo del caso ante el juzgado de familia y con ello determinar a cuál de los progenitores le otorgará la tenencia de los menores hijos.

7. Por lo antes expuesto, considero que la demanda debe ser desestimada en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional.

En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

OCHOA CARDICH

[4] Instrumental que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional.
[5] Expediente 18368-2024-7-1801-JR-FC-04.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. Nº 04750-2024-PHC/TC
LIMA
F.M.G y R.M.G., representados por ANA GAIVAO CORDOVIL - MADRE

VOTO DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto singular, el cual sustento en los siguientes fundamentos:

1. El objeto de la demanda es que se ordene: (i) que los menores de iniciales F.M. G. (2 años) y R.M.G. (4 años) le sean entregados a su madre, doña Ana Gaivao Cordovil; y, (ii) que don Fernando José Menéndez Zeppilli sea apercibido para que, en caso de no realizar dicha entrega, se apliquen las medidas correctivas previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, y sea denunciado por la posible comisión del delito de resistencia a la autoridad. Se alega la vulneración los derechos de tener una familia y a no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto, seguridad moral y material, y a la integridad personal, particularmente en el caso del hijo lactante, cuya alimentación fue abruptamente interrumpida.

2. Considero que en el presente caso se ha acudido a la judicatura constitucional para resolver cuestiones que no corresponde, y que más bien este Tribunal Constitucional ya ha variado su posición respecto del ámbito de protección del denominado *habeas corpus* familiar, tal y como se puede apreciar en la STC 01431-2024-PHC/TC (fundamentos 10 y siguientes).

3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del NCPCo, el *habeas corpus* procede, entre otros supuestos, ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos:

   (i) La integridad personal (numeral 1).
   (ii) El derecho a la protección de la familia frente a actos de violencia doméstica (numeral 21).

4. En ese orden de ideas, en la STC 01431-2024-PHC/TC se estableció que el Tribunal Constitucional no se encuentra habilitado vía el proceso *habeas corpus* para solucionar situaciones de agotamiento o desborde de la capacidad de respuesta de la judicatura ordinaria, sino para tutelar derechos fundamentales vinculados con el derecho a la libertad personal. En el caso del *habeas corpus* familiar, lo que se tutela es la integridad

personal de los miembros del grupo familiar frente a situaciones tangibles de abuso real, no la mera alegación de abuso.

5. Así, los conceptos de agotamiento o desborde de la judicatura ordinaria resultan inadecuados para habilitar la vía constitucional, pues no pueden servir como habilitadores de una competencia de la que carece el Tribunal Constitucional. A modo de ejemplo, el desborde de las capacidades de respuesta de la judicatura ordinaria (por ejemplo, por vulneración del plazo razonable) no habilitan a este órgano de control de la constitucionalidad a decidir la inocencia o culpabilidad de las personas sometidas a un procesar penal, o a determinar sus condenas, sino a ordenar a las instancias judiciales a actuar respetando los derechos constitucionales vulnerados, emitiendo el fallo que corresponda conforme a derecho. Pero tal situación no sustituye la competencia ordinaria sobre la materia subyacente. Del mismo modo, las llamadas situaciones de agotamiento o desborde no pueden habilitar a este Tribunal Constitucional a tener competencia sobre una materia ordinaria vía el *habeas corpus*, sino que su competencia estará habilitada en la medida en que la controversia verse sobre la tutela de un derecho fundamental conexo con la libertad personal.

6. Evidentemente, esto no quiere decir que carezcan de protección los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niños o en el Código de los Niños y Adolescentes. Pero la defensa de los derechos ahí contenidos deberá ejercitarse ante la judicatura ordinaria, y solo cuando se trate de la vulneración de los derechos protegidos por el *habeas corpus* podrá recurrirse a este proceso constitucional.

7. En suma, el Tribunal Constitucional ya estableció en la citada STC 01431-2024-PHC/TC que no es competente para conocer asuntos propios del derecho de familia, tales como cuestiones relativas a procesos de tenencia, unidad familiar, régimen de visitas, entre otros. Esto es así no solo porque existe una vía judicial específica para conocer tales conflictos, sino también porque la solución a la inacción del Estado no puede ser resuelta por un ejercicio irregular de competencias. El proceso de *habeas corpus* no es la vía idónea para resolver este tipo de controversias, que por su propia naturaleza suele requerir la actuación de múltiples y complejas pruebas. En ese sentido, se estableció que este Tribunal Constitucional debe respetar el principio de corrección

funcional no solo para interpretar las funciones y competencias de los demás órganos constitucionales, sino también para interpretar sus propias funciones y competencias. En este caso, la resolución de controversias de familia no solo es competencia de la judicatura ordinaria, sino que esta se encuentra dotada de mejores herramientas jurídicas a su disposición, respecto de la judicatura constitucional, para asegurar que las disposiciones del derecho de familia sean garantizadas de manera efectiva. Este es el deber que tienen los jueces de familia, y el incumplimiento del mismo no puede ser suplido por órganos incompetentes o inadecuados para cumplir dicha función. De este modo, la posible ineficiencia en la administración de justicia debe ser canalizada y corregida mediante el uso de las herramientas propias del sistema jurídico.

8. En el caso concreto, considero que no existen elementos que acrediten que los menores haya sido víctimas de violencia física o de violencia doméstica, por lo que lo solicitado por la recurrente debe ser resuelto por la vía ordinaria que corresponda, más aún cuando se advierte de autos que ya acudió a dicha vía. Efectivamente, la recurrente acudió a un proceso judicial de tenencia que se encuentra en trámite ante el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 18368-2024-0-1801-JR-FC-04), y se aprecia que también siguió un proceso de restitución internacional de menores donde se le otorgó una medida cautelar (Expediente 05710-2025-74-1801-JR-FC-16).

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

S.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. Nº 04750-2024-PHC/TC
LIMA
F.M.G y R.M.G., representados por ANA GAIVAO CORDOVIL - MADRE

VOTO DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Aurora Silva Sánchez abogada de doña Ana Gaivao Cordovil, contra la Resolución de fecha 9 de octubre de 2024[6], expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de agosto de 2024, doña Ana Gaivao Cordovil interpone demanda de *habeas corpus*[7] a favor de sus hijos menores de edad de iniciales F.M. G. (2 años) y R.M.G. (4 años) y la dirige contra don Fernando José Menéndez Zeppilli, padre de los menores favorecidos. Alega la vulneración de los derechos de tener una familia y a no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto, seguridad moral y material, y a la integridad personal, particularmente en el caso del hijo lactante, cuya alimentación fue abruptamente interrumpida.

La recurrente solicita que: i) los menores de iniciales F.M. G. (2 años) y R.M.G. (4 años) le sean entregados; y, ii) don Fernando José Menéndez Zeppilli sea apercibido para que, en caso de no realizar dicha entrega, se apliquen las medidas correctivas previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, y de ser denunciado por la posible comisión del delito de resistencia a la autoridad.

La recurrente refiere que el padre de sus dos menores hijos, don Fernando José Menéndez Zeppilli, viajó hacia España con la finalidad de reunirse y pasar vacaciones en Europa con su familia; es decir, con la suscrita y sus dos menores hijos, el menor de dos años en ese momento tenía la condición de lactante. Asimismo, en aquel tiempo no existía separación legal ni de hecho entre ellos, por lo que ambos mantenían un acuerdo mutuo sobre la residencia temporal de ella junto a los menores en España, mientras que el padre residiría en Perú por motivos laborales. Indica que, el 24 de julio de 2024, fue alertada por la trabajadora del hogar que sus hijos no habían asistido a las actividades programadas. Al intentar comunicarse telefónicamente con su esposo sin

[6] F. 670 del expediente (F. 192 del PDF, Tomo II)
[7] F. 1 del expediente (F. 3 del PDF, Tomo I)

éxito, y al notar que tampoco respondía los mensajes, se dirigió al domicilio ubicado en la Avenida Europa 28, de Pozuelo de Alarcón, ciudad de Madrid, España, donde constató la ausencia del computador portátil, la mochila del padre y los pasaportes de los menores, así como su carnet de residencia del Perú, lo que le hizo sospechar de una sustracción no autorizada por parte del demandado.

La recurrente señala que al presentar denuncia ante las autoridades españolas, se le informó que sus hijos habían sido trasladados a la ciudad de Bogotá, Colombia, y que desde allí don Fernando Menéndez Zeppilli había ingresado al Perú el 25 de julio de 2024, hecho acreditado con el Certificado de Movimiento Migratorio 43667-2024-Migraciones, en el que se señala que la dicha persona posee como fecha de entrada al Perú el 25 de julio de 2024, proveniente de Colombia, por lo que esta acción se realizó sin su consentimiento, configurando así una conducta de sustracción de menores.

Precisa que a su llega al Perú, el 27 de julio de 2024, intentó reiteradamente comunicarse con su esposo mediante llamadas telefónicas, *WhatsApp*, correos electrónicos, sin obtener respuesta alguna sobre el paradero de los menores. También acudió al domicilio conyugal en Lima, ubicado en Pasaje Blume 142, interior 402, distrito de Miraflores, donde constató que la chapa fue cambiada, y el conserje identificado como don Gody Gutiérrez Segundo Valentín, le indicó que "por órdenes de Fernando José Menéndez Zeppilli se ha indicado que nadie ingrese sin autorización a dicho departamento". A ello se suma la negativa persistente del padre en entregar a los menores, lo cual queda corroborado mediante el acta notarial de verificación de mensajes de *WhatsApp* entre las partes.

El Décimo Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia Lima, mediante Resolución 1 de fecha 5 de agosto de 2024[8], admite a trámite la demanda.

Don Fernando José Menéndez Zeppilli con fecha 13 de agosto de 2024[9] contesta la demanda, y solicita que sea declarada improcedente, pues alega que la presente acción de *habeas corpus* constituye una "tenencia encubierta", cuyo propósito de doña Ana Gaivao Cordovil es obtener la custodia de sus dos menores hijos mediante una vía constitucional inapropiada, toda vez que

[8] F. 69 del expediente (F. 71 del PDF, Tomo I).
[9] F. 91 del expediente (F. 93 del PDF, Tomo I).

la vía idónea para dilucidar estos conflictos es el proceso de tenencia ante el Juzgado de Familia, el cual ya ha sido iniciado (Expediente 18368-2024-0-1801-JR-FC-04). Asimismo, agrega que el Tribunal Constitucional ha establecido que la jurisdicción constitucional no debe reemplazar a la ordinaria, salvo que esta última haya sido claramente agotada, lo que no ha sucedido en este caso. Por otro lado, indica que la madre de los menores sufre de depresión severa y episodios de inestabilidad emocional, lo que la inhabilita para brindar una adecuada crianza, habiendo incluso puesto en riesgo la integridad de sus hijos en diversas ocasiones. Con base en ello, sostiene que, en su calidad de padre y titular de la patria potestad, ha actuado conforme al interés superior de los menores, por lo que considera que el proceso de *habeas corpus* no es el medio idóneo para resolver temas de tenencia, por lo que solicita se declare improcedente la demanda.

El Décimo Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia, Resolución 8 de fecha 18 de septiembre de 2024[10], declara infundada la demanda de *habeas corpus*, pues considera que los menores F.M.G. (2 años) y R.M.G. (4 años) se encuentran bajo la tenencia del señor Fernando José Menéndez Zeppilli en virtud de una medida cautelar vigente emitida por el Juzgado de Familia competente, en el marco de un proceso de tenencia iniciado por la señora Ana Gaivao Cordovil. El juzgado sostuvo que no se advertía vulneración a la libertad individual ni a los derechos fundamentales invocados, dado que la justicia ordinaria ya había establecido un régimen provisional de tenencia a favor del padre y un régimen de visitas a favor de la madre; por lo que, estima que las cuestiones planteadas debían ser resueltas en sede ordinaria y que no corresponde intervenir por vía constitucional, concluye además, que no se ha acreditado afectación a los derechos constitucionales alegados en la demanda, ni se ha advertido vulneración a la libertad personal de los favorecidos.
La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada y declara improcedente la demanda de *habeas corpus*, pues advierte que los hechos expuestos y el petitorio formulado no se encuentran directamente vinculados con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados en la demanda. Asimismo, sostuvo que los menores F.M.G. (2 años) y R.M.G. (4 años) se encuentran actualmente bajo tenencia del padre Fernando José Menéndez Zeppilli, en virtud a una medida cautelar vigente emitida por el Juzgado de familia dentro de un proceso judicial de tenencia en trámite, donde se ha reconocido además un régimen de visitas a favor de la madre. Por tanto, concluye que la controversia debe ser resuelta en sede ordinaria, y no por la vía del proceso de *habeas*

[10] F. 547 del expediente (F. 48 del PDF, Tomo II).

corpus, al no acreditarse vulneración a la libertad personal, ni los derechos constitucionales alegados conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene que: i) los menores de iniciales F.M. G. (2 años) y R.M.G. (4 años) le sean entregados a su madre, doña Ana Gaivao Cordovil; y, ii) don Fernando José Menéndez Zeppilli sea apercibido para que, en caso de no realizar dicha entrega, se apliquen las medidas correctivas previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, y de ser denunciado por la posible comisión del delito de resistencia a la autoridad.

2. Se alega la vulneración los derechos de tener una familia y a no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto, seguridad moral y material, y a la integridad personal, particularmente en el caso del hijo lactante, cuya alimentación fue abruptamente interrumpida.

Cuestión previa: El habeas corpus como mecanismo de protección de la libertad de menores

3. En el expediente 01384-2008-PHC/TC, el TC ha establecido que el proceso constitucional de habeas corpus, aunque tradicionalmente concebido como un mecanismo destinado a proteger el derecho fundamental a la libertad personal, ha evolucionado jurisprudencial, dogmática y doctrinariamente hacia una vía de protección más amplia, abarcando la esfera subjetiva de libertad de la persona. Esta incluye no solo su equilibrio psicosomático, sino también todos aquellos aspectos del libre desarrollo de su personalidad relacionados con dicho equilibrio.

4. En este sentido, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impiden el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo requiere, no solo afectan la integridad física, psíquica y moral protegida por el artículo 2.1 de la Constitución y el artículo 33.1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, sino que también lesionan la protección de la familia como garantía institucional, reconocida en el artículo 4 de la Constitución.

5. Así, el colegiado ha enfatizado que el habeas corpus constituye una vía procedente cuando la negativa de uno de los progenitores a permitir el vínculo entre los menores y el otro padre, vulnera derechos fundamentales como tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral, e incluso la integridad personal del niño (Cfr.: STC Nos. 01817-2009-PHC/TC, f.js. 18-20; 00292-2010-PHC/TC, f.js. 4, 11; 02187-2021-PHC/TC, f.j. 3, etc).

6. No obstante, hay asuntos que por su propia naturaleza corresponden a la judicatura ordinaria, como resulta ser un proceso de tenencia de menores. Sin embargo, si en un caso se presenta algún impedimento de relación parental entre los padres y si dicha restricción es altamente lesiva como puede ser la separación de menores en edad de lactancia y formación inicial de la crianza de la madre, entonces la admisión del habeas corpus es viable. Esto se debe a que estaríamos ante presuntos hechos que sobrepasan los derechos legales ordinarios y lesionan bienes de naturaleza constitucional como son el derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto, seguridad moral y material, y a la integridad personal.

Análisis del caso concreto

7. Tal como se precisó supra, el presente caso no tiene por objeto dilucidar a cuál de los dos padres le corresponde la titularidad de la tenencia de los menores, ni evaluar en virtud de la normativa de familia los alegatos referidos al fondo de la controversia. Antes bien, de lo que se trata es de determinar si el emplazado con su conducta renuente ha actuado en desmedro de los derechos fundamentales de sus menores hijos.

8. De autos se advierte que, la parte demandante y el demandado siguen casados y, a la fecha, no existe un pronunciamiento judicial sobre la tenencia de los menores. En ese sentido, el colegiado no se pronuncia sobre este litigio que la judicatura ordinaria tendrá que definir.

9. Lo que la justicia constitucional entra a determinar es la protección de los derechos constitucionales invocados de los menores de edad, tomando en cuenta con cuál de los dos padres se encontraban hasta antes de que ocurrieran los hechos.

10. De los documentos obrantes en el expediente digitalizado se desprende que los menores se encontraban en España bajo el cuidado de su madre, Ana Gaivao Cordovil al momento en que el demandado, padre de los menores, viajó a dicho país con la intención de reunirse con ellos. Asimismo, del atestado policial

N.º 14433/24[11] se advierte que, el 24 de julio de 2024, la demandante denunció que sus menores hijos no se encontraban en su domicilio señalando que el demandado, sin su consentimiento, viajó con ellos con destino a la ciudad de Bogotá.

11. Visto así, ha quedado objetivamente comprobado que, los menores se encontraban bajo el cuidado de su madre, es decir, la recurrente, cuando el padre, durante su visita, procedió de manera unilateral a llevárselos.

12. Desde esta perspectiva, la afectación se ha consumado por lo que corresponde reponer las cosas al estado anterior, es decir, los menores deben retornar a vivir con la madre.

13. Ahora bien, este colegiado observa que, en el caso concreto hay un factor de especial relevancia constitucional: la edad de los menores (2 y 4 años al momento en que fueron trasladados por el padre), por lo que corresponde pronunciarse al respecto.

Derecho de los menores a la integridad personal, a tener una familia y a crecer en un ambiente de afecto y seguridad

14. En relación con la materia que es objeto de controversia, la Sentencia 01317-2008-PHC/TC dejó precisado lo siguiente:

> […] el derecho a la integridad personal tiene un vínculo de conexidad con la libertad individual […] [y] la institucionalidad familiar se constituye en un principio basilar que también influye de manera determinante en el desarrollo de la personalidad de los seres humanos que además se encuentra asociado al derecho de integridad personal.

15. En cuanto al derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, este se encuentra reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el "niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita de amor y comprensión; por lo que, siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material".

16. Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona

[11] Foja 60 – 61 del expediente (Tomo 1).

humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, consagrados en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú.

17. Así también, se ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, pues la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta ejerza un control arbitrario sobre el niño, y que le ocasione un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

18. En este sentido, este Tribunal ha manifestado que el niño necesita, para su crecimiento y bienestar, del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres. Por lo tanto, impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes entorpece su crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como viola su derecho a tener una familia (Sentencia 01817-2009-PHC/TC, fundamento 17).

El "interés superior del niño" y su calidad de sujeto especial de protección de menores en estado de lactancia e infancia

19. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial y prioritario del Estado. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado, al establecer que "la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente". Esto presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad, al ser sujetos que se encuentran en situación de indefensión. Por ello, requieren especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

20. El artículo 3, inciso 1, de la Convención Internacional sobre los Derecho del Niño, previene que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

21. A nivel interno, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe que:

> En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

22. Por su parte el Tribunal Constitucional, en la STC 04058-2012-PA/TC (caso López Falcón) estableció con calidad de doctrina jurisprudencial vinculante que el principio constitucional de protección del interés superior del niño tiene fuerza normativa superior tanto al momento de producción de normas, como al momento de su interpretación, siendo un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad y la propia familia del menor, "incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales"[12].

23. Ahora bien, como se ha señalado, al momento de la sustracción de los menores favorecidos, ellos tenían 2 y 4 años de edad y actualmente cuentan con 3 y 5 años. En atención a los derechos previamente expuestos y al principio del interés superior del niño, resulta fundamental destacar la relevancia de que los menores en edades tan tempranas no se encuentren separados de su madre.

24. Para ello, resulta pertinente lo expuesto por Aguilar Llanos[13], quien, en referencia a la antigua redacción del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, que establecía que los niños menores de tres años debían permanecer con la madre, señala lo siguiente:

> (…) Es claro y se debe reconocer ello, que los menores de esa edad requieren atención especializada por parte de la madre, incluso en el caso del período de amamantamiento, los cuidados de atención primaria de salud, sus primeras comidas, sus cuidados higiénicos, servicios éstos que por la división de funciones dentro del hogar que nos ha impuesto nuestra cultura, recae en la madre (…).

25. Este principio ha sido respaldado también por la doctrina nacional. Así, el autor Cornejo Chávez sostiene que, durante la primera infancia —etapa en la que los hijos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad—, la patria potestad recae de manera preferente en la madre, dado que la naturaleza ha conferido a la mujer aptitudes

[12] STC 04058-2012-PA, fundamento 19.

[13] Aguilar Llanos, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad*, (32), 191-197. (p. 194).

particulares para atender tanto el desarrollo físico e intelectual de los niños como su cuidado general[14].

26. A nivel de Derecho Comparado, conviene destacar lo señalado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México[15]:

> Estamos convencidos de que **fijar una edad en la que el hijo debe ser custodiado preferentemente por la madre, atendiendo a las necesidades del menor**, no tanto a los deseos o los derechos que esta última reclame, **es una decisión tomada de la psicología y la genética**, que nada tiene que ver con la discriminación por sexo, por más que el hombre se sienta desplazado, pero el plazo en que subsiste dicha dependencia no debiera rebasar los cinco o los siete años de edad (…).

27. En concordancia con lo anteriormente expuesto, resulta pertinente mencionar lo establecido en el inciso VI del artículo 282 del Código Civil Federal de México. Esto en tanto dicha disposición reconoce la especial necesidad de cuidado y atención que requieren los menores en su primera infancia según los siguientes términos:

> Artículo 282
>
> Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:
>
> (…)
>
> VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.
>
> **Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre**. (Énfasis agregado).
>
> (…)

28. Como se puede observar, en el presente caso estamos ante una situación especial en el que el vínculo materno-filial se convierte en una estructura

[14] Cornejo Chavez, H. (1982). Derecho Familiar Peruano.(p. 186).

[15] Soto Lamadrid, M. Á. (2011). Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa. En Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Ed.), *Alienación parental*. México. (p. 163).

fundamental para el desarrollo integral del niño. Por lo tanto, independientemente de la decisión que adopte el juez de familia, la justicia constitucional -que debe caracterizarse por su urgencia y función reparadora- debe resolver de forma tutelar. Esto es necesario para asegurar que en este periodo, mientras no haya una definición final del juez de familia, se garantice la permanencia de los menores en situación de infantes con la madre, sobre todo si los aludidos menores se encontraban con la madre y reconducidos de hecho por el padre.

29. Por las razones expuestas, corresponde estimar la demanda a fin de que los menores vuelvan a convivir con su madre, como venía sucediendo hasta la sustracción sin consentimiento de dichos menores.

Efectos de la presente sentencia

30. La presente sentencia estima la demanda respecto al restablecimiento armónico, contínuo y solidario de las relaciones familiares entre la recurrente y sus menores hijos. En consecuencia, este Tribunal dispone que el demandado entregue a la madre, a los hijos menores favorecidos de iniciales F.M.G. y R.M.G.

31. En aplicación del principio de previsión de consecuencias, se ordena tanto a la parte demandante (madre) como a la parte demandada (padre), que sus hijos solo podrán salir del territorio nacional durante su minoría de edad, sea mediante permiso otorgado por el juez competente, o por permiso notarial en el que conste el consentimiento de ambos.

Por estos fundamentos, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus*, respecto a la afectación de los derechos invocados de los menores de iniciales F.M.G y R.M.G. por lo que reponiendo las cosas al estado anterior, se debe proceder a la entrega de forma inmediata a la madre hasta que se determine judicialmente la tenencia

2. **ORDENAR** a la madre beneficiaria que se abstenga de trasladar a los menores favorecidos del territorio nacional sin el consentimiento expreso del padre vía notarial o permiso judicial. Asimismo, deberá permitir que Don Fernando José Menéndez Zeppilli visite a sus hijos de manera constante y sin restricciones irrazonables ni desproporcionadas.

3. **EXHORTAR** al Poder Judicial a resolver de manera célere los procesos de tenencia como el presente, en los que se encuentren involucrados menores en situación de infantes, es decir, menores de cinco años de edad.

S.

GUTIÉRREZ TICSE

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE

De Iure ABOGADOS

2025 / J28 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 01267-2025-PHC/TC · Lima

Contacto paterno y divergencia sobre el test constitucional

Tribunal Constitucional · 27 de octubre de 2025

Localización: Fundamentos 4-8; voto de Hernández Chávez; voto singular

1. Decisión y alcance

Demanda improcedente. El pedido de interacción, visitas y salidas sin condiciones se remite al ámbito ordinario.

2. Lectura jurídica del caso

La fundamentación principal todavía utiliza el criterio histórico de agotamiento o desborde. Hernández Chávez coincide en la improcedencia, pero se aparta de ese argumento y aplica el replanteamiento del Exp. 01431-2024-PHC/TC. La coincidencia en el fallo no equivale a uniformidad en todas sus razones.

3. Aplicación y contraste

El expediente enseña a no construir una supuesta línea uniforme mediante la sola suma de decisiones improcedentes. Hay que distinguir el resultado, los fundamentos compartidos y las objeciones de los votos. Para una demanda posterior, la discusión se centra en la lesión constitucional acreditada, no en un derecho irrestricto del adulto a salidas.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, permite reconocer el criterio anterior que reaparece en la ponencia y que el voto concurrente cuestiona.

5. Límites de utilización

El voto singular de Gutiérrez Ticse reclama audiencia; no constituye una concesión de tenencia. La fecha de emisión es 27 de octubre de 2025, distinta de la primera firma digital.

Pendiente: D4 referencias completas en la bibliografía.

Firmado digitalmente por:
HANDA VARGAS DE PRETEL Miriam FAU
20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 18/11/2025 08:25:39-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 1581/2025

EXP. N.º 01267-2025-PHC/TC
LIMA
J.L.O.H. representado por JORGE LUIS ORTIZ ROMERO (PADRE) y OTRO

Firmado digitalmente por:
DOMINGUEZ HARO Helder FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 31/10/2025 13:30:16-0500

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2025, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Domínguez Haro y Ochoa Cardich, con la participación del magistrado Hernández Chávez, convocado para dirimir la discordia suscitada en autos, ha emitido la presente sentencia; el magistrado Gutiérrez Ticse emitió voto singular, el cual se agrega. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juvenal Zereceda Vásquez, abogado de don Jorge Luis Ortiz Romero, contra la Resolución 2, de fecha 9 de diciembre de 2024 [1], expedida por la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de julio de 2024, don Jorge Luis Ortiz Romero interpuso demanda de *habeas corpus*, por derecho propio y en favor de su hijo menor de edad de iniciales J.L.O.H., y la dirige contra doña Yulia Alexandra Huamaní Guardia.[2] Denuncia la vulneración de los derechos a la libertad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la integridad personal.

Solicita que se ordene a la emplazada – madre del menor favorecido – que permita la interacción, visita y salida del menor con iniciales J.L.O.H. con don Jorge Luis Ortiz Romero (su padre), sin condicionamiento alguno y en las condiciones de una relación normal de padre e hijo. Para dichos efectos, solicita al juez constitucional que disponga el cese del agravio producido y las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse cada vez que el suscrito va a recoger a su menor hijo al domicilio de la demandada. Asimismo, requiere que cada vez que vaya a recoger y entregar al menor, esté acompañado por un familiar para asegurar su integridad personal.

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/01267-2025-HC.pdf

Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICSE Luis Gustavo FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 17/11/2025 16:28:21-0500

[1] F. 222 del documento PDF del expediente.
[2] F. 3 del documento PDF del expediente.

Firmado digitalmente por:
HERNANDEZ CHAVEZ Pedro Alfredo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 04/11/2025 11:08:27-0500

Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar Augusto FIR 06626828 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 06/11/2025 14:01:00-0500

Refiere que, con fecha 4 de enero de 2020, la demandada sustrajo al menor favorecido del hogar conyugal y realizó una denuncia calumniosa en su contra, que fue archivada a nivel fiscal.

Manifiesta que, al haberse enterado que su menor hijo había sido ingresado por emergencias en el hospital, se apersonó al domicilio de la demandada sin recibir respuesta, lo que dejó constancia a nivel policial. Agrega que, al no conocer el paradero del menor, interpuso una denuncia policial en contra de la emplazada por violencia psicológica. Precisa que la emplazada lo denunció por el delito de acoso, consiguiendo el otorgamiento de medidas de protección; y, que retiró al menor del centro educativo al cual estaba acostumbrado a asistir y de sus terapias especializadas en el trastorno del espectro autista.

Señala que con fecha 14 de diciembre de 2020, interpuso una demanda de tenencia ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente 21500-2020-0-1801-JR-FC-02. Refiere que, en el referido proceso se le concedió un régimen de visitas provisional y progresivo respecto al menor favorecido, no obstante, en reiteradas ocasiones la emplazada viene incumpliendo el mismo, lo que ha dejado constancia a nivel notarial.

Menciona que la emplazada ya no permite que su madre, abuela paterna del menor favorecido, lo acompañe en las visitas realizadas, en atención a la medida cautelar concedida en el proceso de tenencia; y que, también procedió a iniciar un proceso de tenencia, el cual, ha sido acumulado en el Expediente 21500-2020-0-1801-JR-FC-02, retrasando la tramitación del mismo.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional – Sede Alzamora Valdez de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 1 de fecha 26 de julio de 2024[3] – aclarada mediante la Resolución 2 de fecha 2 de agosto de 2024[4] – admitió a trámite la demanda.

Doña Yulia Alexandra Huamani Guardia se apersona y contesta la demanda.[5] Señala que, junto con su menor hijo, se alejó del demandante debido a la situación insostenible en la que se encontraba su relación;

[3] F.121 del documento PDF del expediente.
[4] F. 138 del documento PDF del expediente.
[5] F. 147 del documento PDF del expediente.

y, que nunca le impidió que visite al menor. Alega que la situación denunciada por el demandante debe ser dilucidada en el proceso de tenencia accionado ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El *A Quo*, mediante sentencia, Resolución 6, de fecha 5 de noviembre de 2024, declaró improcedente la demanda[6], por estimar que lo solicitado por el recurrente excede el ámbito de protección de los procesos constitucionales de la libertad, en tanto que el proceso de *habeas corpus* no puede ser utilizado como una vía indirecta para ventilar aspectos que no son propios de la justicia constitucional.

La Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda consiste en que se ordene a doña Yulia Alexandra Huamani Guardia – madre del menor favorecido – que permita a don Jorge Luis Ortiz Romero (padre) la interacción, visita y salida del menor con iniciales J.L.O.H., sin condicionamiento alguno y en las condiciones de una relación normal de padre e hijo. Para dichos efectos, solicita al juez constitucional que disponga el cese del agravio producido y las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse cada vez que el suscrito va a recoger a su menor hijo al domicilio de la demandada. Asimismo, requiere que cada vez que vaya a recoger y entregar al menor, esté acompañado por un familiar para asegurar su integridad personal.

2. Denuncia la vulneración de los derechos a la libertad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la integridad personal.

Análisis de la controversia

3. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los

[6] F. 185 del documento PDF del expediente.

derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus*.

4. El Tribunal Constitucional ha dejado claro – a través de su jurisprudencia – que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha dicho que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad.[7] Y también ha precisado que en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas, cabrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional.[8]

5. En consecuencia, no compete a esta Sala del Tribunal determinar a quién corresponde la tenencia sobre el menor de edad de iniciales J.L.O.H., reexaminar los criterios del juez ordinario a efectos de disponer o suplir medidas provisionales o definitivas al interior del proceso ordinario de familia (tenencia, régimen de visitas, etc.), ni mucho menos analizar cuestionamientos legales respecto de la tramitación del aludido proceso civil; salvo que exista un desborde en las posibilidades de respuesta de dicha judicatura, que no sucede en el caso de autos.

6. Al respecto, se advierte que la situación expuesta en la demanda, en puridad, está relacionada con el proceso judicial sobre tenencia que existe entre el demandante y la emplazada, puesto que se tiene conocimiento de que el menor se encuentra en poder de la madre, razón por la que corresponde que sea el juez ordinario quien tome las medidas judiciales pertinentes para garantizar la relación paternofilial entre don Jorge Luis Ortiz Romero y el menor favorecido.

[7] Sentencias 00862-2010-PHC/TC; 00400-2010-PHC/TC y 02892-2010- PHC/TC.
[8] Expediente 0005-2011-PHC/TC.

7. En efecto, de la revisión a la página web de Consulta de Expedientes Judiciales de las Cortes Superiores de Justicia del Poder Judicial[9], tenemos que, a la fecha, se encuentra en trámite el Expediente 021500-2020-0-1801-JR-FC-02 sobre la tenencia del menor de edad de iniciales J.L.O.H., iniciado por don Jorge Luis Ortiz Romero contra doña Yulia Alexandra Huamaní Guardia. Siendo que tampoco se habrían agotado las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria.

8. Por lo expuesto, corresponde que se aplique el artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional, pues los hechos y el petitorio no forman parte del contenido esencial de los derechos invocados

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

DOMÍNGUEZ HARO
OCHOA CARDICH
HERNÁNDEZ CHÁVEZ

PONENTE OCHOA CARDICH

[9] Consulta efectuada el 2 de junio de 2025.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 1581/2025

EXP. N.º 01267-2025-PHC/TC
LIMA
J.L.O.H. representado por JORGE LUIS ORTIZ ROMERO (PADRE) y OTRO

VOTO DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

Habiendo sido llamado a dirimir la presente discordia, me adhiero al sentido de la ponencia de mayoría, que resuelve declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus* de autos. No obstante, considero pertinente hacer las precisiones siguientes:

1. El objeto de la demanda es que se ordene a doña Yulia Alexandra Huamani Guardia – madre del menor favorecido – que permita a don Jorge Luis Ortiz Romero (padre) la interacción, visita y salida del menor con iniciales J.L.O.H., sin condicionamiento alguno y en las condiciones de una relación normal de padre e hijo. Para dichos efectos, solicita al juez constitucional que disponga el cese del agravio producido y las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse cada vez que el suscrito va a recoger a su menor hijo al domicilio de la demandada. Asimismo, requiere que cada vez que vaya a recoger y entregar al menor, esté acompañado por un familiar para asegurar su integridad personal. Alega la vulneración de los derechos a la libertad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la integridad personal.

2. En el fundamento 4 de la ponencia se menciona, respecto de la posibilidad de dilucidar ante la judicatura constitucional temas relativos a los procesos de familia, que "en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas, cabrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional". Discrepo de tal conclusión.

3. Considero que en el presente caso se ha acudido a la judicatura constitucional para resolver cuestiones que no corresponden, y que más bien este Tribunal Constitucional ya ha variado su posición respecto del ámbito de protección del denominado *habeas corpus* familiar, tal y como se puede apreciar en la STC 01431-2024-PHC/TC (fundamentos 10 y siguientes).

4. Conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del NCPCo, el *habeas corpus* procede, entre otros supuestos, ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos:

   (i) La integridad personal (numeral 1).
   (ii) El derecho a la protección de la familia frente a actos de violencia doméstica (numeral 21).

5. En ese orden de ideas, en la STC 01431-2024-PHC/TC se estableció que el Tribunal Constitucional no se encuentra habilitado vía el proceso *habeas corpus* para solucionar situaciones de agotamiento o desborde de la capacidad de respuesta de la judicatura ordinaria, sino para tutelar derechos fundamentales vinculados con el derecho a la libertad personal. En el caso del *habeas corpus* familiar, lo que se tutela es la integridad personal de los miembros del grupo familiar frente a situaciones tangibles de abuso real, no la mera alegación de abuso.

6. Así, los conceptos de agotamiento o desborde de la judicatura ordinaria resultan inadecuados para habilitar la vía constitucional, pues no pueden servir como habilitadores de una competencia de la que carece el Tribunal Constitucional. A modo de ejemplo, el desborde de las capacidades de respuesta de la judicatura ordinaria (por ejemplo, por vulneración del plazo razonable) no habilitan a este órgano de control de la constitucionalidad a decidir la inocencia o culpabilidad de las personas sometidas a un procesar penal, o a determinar sus condenas, sino a ordenar a las instancias judiciales a actuar respetando los derechos constitucionales vulnerados, emitiendo el fallo que corresponda conforme a derecho. Pero tal situación no sustituye la competencia ordinaria sobre la materia subyacente. Del mismo modo, las llamadas situaciones de agotamiento o desborde no pueden habilitar a este Tribunal Constitucional a tener competencia sobre una materia ordinaria vía el *habeas corpus*, sino que su competencia estará habilitada en la medida en que la controversia verse sobre la tutela de un derecho fundamental conexo con la libertad personal.

7. Evidentemente, esto no quiere decir que carezcan de protección los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niños o en el Código de los Niños y Adolescentes. Pero la defensa de los derechos ahí

contenidos deberá ejercitarse ante la judicatura ordinaria, y solo cuando se trate de la vulneración de los derechos protegidos por el *habeas corpus* podrá recurrirse a este proceso constitucional.

8. En suma, el Tribunal Constitucional ya estableció en la citada STC 01431-2024-PHC/TC que no es competente para conocer asuntos propios del derecho de familia, tales como cuestiones relativas a procesos de tenencia, unidad familiar, régimen de visitas, entre otros. Esto es así no solo porque existe una vía judicial específica para conocer tales conflictos, sino también porque la solución a la inacción del Estado no puede ser resuelta por un ejercicio irregular de competencias. El proceso de *habeas corpus* no es la vía idónea para resolver este tipo de controversias, que por su propia naturaleza suele requerir la actuación de múltiples y complejas pruebas. En ese sentido, se estableció que este Tribunal Constitucional debe respetar el principio de corrección funcional no solo para interpretar las funciones y competencias de los demás órganos constitucionales, sino también para interpretar sus propias funciones y competencias. En este caso, la resolución de controversias de familia no solo es competencia de la judicatura ordinaria, sino que esta se encuentra dotada de mejores herramientas jurídicas a su disposición, respecto de la judicatura constitucional, para asegurar que las disposiciones del derecho de familia sean garantizadas de manera efectiva. Este es el deber que tienen los jueces de familia, y el incumplimiento del mismo no puede ser suplido por órganos incompetentes o inadecuados para cumplir dicha función. De este modo, la posible ineficiencia en la administración de justicia debe ser canalizada y corregida mediante el uso de las herramientas propias del sistema jurídico.

9. En el caso concreto, considero que no existen elementos que acrediten que el menor de iniciales J.L.O.H. haya sido víctima de violencia física o de violencia doméstica, por lo que lo solicitado por el recurrente debe ser resuelto por las vías ordinarias.

S.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto singular por los siguientes argumentos que paso a exponer:

El presente caso

1. Se solicita que se ordene a doña Yulia Alexandra Huamani Guardia – madre del menor favorecido – que permita a don Jorge Luis Ortiz Romero (padre) la interacción, visita y salida del menor con iniciales J.L.O.H., sin condicionamiento alguno para asentar una relación normal de padre e hijo.

2. Para dichos efectos, el demandante solicita al juez constitucional que disponga el cese del agravio producido y se ejecuten las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse cada vez que el suscrito va a recoger a su menor hijo al domicilio de la demandada. Asimismo, requiere que cada vez que vaya a recoger y entregar al menor, esté acompañado por un familiar para asegurar su integridad personal, debido a las preexistentes disputas con la madre del menor.

3. Al respecto, los cuestionamientos formulados por la parte recurrente, relacionados con presuntas vulneraciones de los derechos a la libertad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la integridad personal, revisten relevancia constitucional.

4. En tal sentido, el presente caso merece un pronunciamiento de fondo, previa audiencia pública. Es pertinente otorgar a los actores las condiciones que se requieran, sobre todo en casos de relevancia social, complejidad, situación parental, entre otros criterios que el Colegiado debe tener presente.

5. Lo expuesto es compatible con la interpretación efectuada por este Tribunal Constitucional en la STC N° 30-2021-PI/TC, en la cual se señala que la convocatoria de vista de la causa en audiencia pública y el ejercicio de la defensa pueden hacerse de forma oral cuando corresponda expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y en aquellos casos en los que se considere indispensable.

Decisión

Por estas consideraciones, mi voto es porque **EL CASO TENGA AUDIENCIA PÚBLICA ANTE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**.

S.

GUTIÉRREZ TICSE

De Iure ABOGADOS

2026 / J29 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 02673-2024-PHC/TC · Huaura

Ejecución de visitas cautelares y competencia

Tribunal Constitucional · 23 de febrero de 2026

Localización: Fundamentos 4-9; voto de Hernández Chávez y fallo

1. Decisión y alcance

Demanda improcedente. Se rechaza utilizar el hábeas corpus como mecanismo sustitutivo de ejecución de visitas del proceso familiar.

2. Lectura jurídica del caso

La madre invocaba un régimen provisional de 2018 y obstáculos del padre y la abuela. La sentencia remite la ejecución al cauce correspondiente. Su fundamentación principal mantiene referencias al desborde; el voto de Hernández Chávez insiste en que la sentencia plenaria de 2025 abandonó ese habilitador de competencia.

3. Aplicación y contraste

La coexistencia de decisiones de protección y de tenencia exige reconstruir su alcance y vigencia, sin seleccionar una resolución aislada. Para el análisis jurisprudencial, este expediente muestra continuidad del resultado y discusión persistente sobre el fundamento. La impugnación debe dirigirse al acto y al remedio jurídicamente pertinentes.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, se emplea para comparar la formulación histórica con el voto que reclama aplicar el nuevo enfoque.

5. Límites de utilización

No se atribuye a toda la sala el razonamiento particular de Hernández Chávez. La improcedencia no resuelve el fondo de la tenencia ni declara inexistente todo incumplimiento de visitas.

Doctrina: D4. Referencias completas en la bibliografía.

Tribunal Constitucional

Sala Segunda. Sentencia 374/2026

EXP. N.° 02673-2024-PHC/TC
HUAURA
KATHERINE SOFÍA MUÑOZ RIVERO

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
HANDA VARGAS DE PRETEL Miriam FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 25/03/2026 12:34:43-0500

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
DOMINGUEZ HARO Helder FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 25/03/2026 05:59:53-0500

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de febrero de 2026, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Domínguez Haro y Ochoa Cardich, con la participación del magistrado Hernández Chávez, convocado para dirimir la discordia suscitada en autos, ha emitido la presente sentencia; el magistrado Gutiérrez Ticse emitió voto singular, el cual se agrega. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Katherine Sofía Muñoz Rivero contra la Resolución 8, de fecha 6 de mayo de 2024[1], expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de marzo de 2024, doña Katherine Sofía Muñoz Rivero interpone demanda de *habeas corpus* a favor de su hija menor de edad de iniciales R.S.A.V.M.[2] contra don Segundo Guillermo Vílchez Otero y doña Rosa Nancy Otero Mimbela, padre y abuela paterna de la menor, respectivamente. Alega la vulneración de los derechos a la libertad personal, a tener una familia y no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad, y del principio de interés superior del niño.

Solicita que los demandados cumplan con lo dispuesto en la Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018[3], emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Villa El Salvador[4], en la cual se estableció que podía realizar visitas a la favorecida en el domicilio paterno donde vive, y que se lleve a cabo con externamiento, a partir de las diez de la mañana para retornarla a las dos de la tarde del mismo día.

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2026/02673-2024-HC.pdf

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICSE Luis Gustavo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 04/03/2026 08:43:37-0500

[1] F. 218 del documento PDF del Tribunal.
[2] F. 7 del documento PDF del Tribunal.
[3] F. 106 del documento PDF del Tribunal.
[4] Expediente Judicial 01347-2017-77-3004-JR-FC-01

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
HERNANDEZ CHAVEZ Pedro Alfredo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 03/03/2026 17:18:26-0500

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar Augusto FIR 06626828 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 06/03/2026 10:25:22-0500

Recuerda que, con fecha 10 de julio de 2017, Segundo Guillermo Vílchez Otero interpuso denuncia[5] contra la recurrente por violencia familiar-maltrato psicológico, en agravio de la menor de iniciales R.S.A.V.M., en la que además solicitó la medida cautelar de tenencia temporal de su hija. Asimismo, menciona que con motivo de la denuncia se formó el Expediente 5371-2017, proceso en el cual, mediante auto, Resolución 1, de fecha 17 de julio de 2017[6], se le otorgó al demandado la medida cautelar de tenencia temporal por doce meses, se dictó medida de protección a favor de la menor y se suspendió por doce meses el régimen de visitas de la recurrente[7], ante lo cual interpuso recurso de apelación. Indica que la Sala Civil mediante auto de vista, de fecha 24 de abril de 2018[8], revocó el auto en el extremo referido a que se suspende el régimen de visitas de la denunciada a la menor agraviada por el plazo de doce meses y se prohíbe el acercamiento de la demandada Katherine Sofía Muñoz Rivero a la menor agradada; y, reformulándola, deja sin efecto dichas medidas de protección de carácter prohibitivo.

Con relación a la denuncia por violencia familiar presentada en su contra, indica que la Fiscalía (Carpeta Fiscal 772-2019) emitió la Resolución 4, de fecha 17 de noviembre de 2020[9], en la que se dispuso no ha lugar a formular denuncia penal contra la recurrente y que, a pesar de que el juzgado que ordenó la medida cautelar de tenencia temporal fue notificado de la resolución de la Fiscalía no ha cumplido con levantar las medidas de protección dictadas a favor de la menor.

Manifiesta que con fecha 26 de julio de 2017 presentó una demanda por tenencia y custodia contra su cónyuge ante el Segundo Juzgado de Familia de Villa El Salvador de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, a fin de que se le otorgue la tenencia de sus hijos G.A.V.M. y R.S.A.V.M. Precisa que, dentro del referido proceso, solicitó la medida cautelar de tenencia provisional de la menor, y que mediante Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018[10], se declaró infundada la solicitud de tenencia provisional. Precisa que en el segundo punto se estableció el régimen de visitas provisional, a fin de que la menor mantenga una relación de contacto con la recurrente y que en el tercer punto dispuso el externamiento de la menor.

[5] F. 40 del documento PDF del Tribunal.
[6] F. 44 del documento PDF del Tribunal.
[7] F. 53 del documento PDF del Tribunal.
[8] F. 57 del documento PDF del Tribunal.
[9] F. 72 del documento PDF del Tribunal.
[10] F. 106 del documento PDF del Tribunal.

Sin embargo, don Segundo Guillermo Vílchez Otero y doña Rosa Nancy Otero Mimbela no le permiten realizar visitas con externamiento de su menor hija, lo que contraviene lo dispuesto en la Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018, documento del cual tienen pleno conocimiento. Agrega que, ante el incumplimiento de lo dispuesto, el juez, mediante Resolución 8, de fecha 3 de marzo de 2020[11], ordenó remitir copias al Ministerio Público, a fin de que se inicie investigación por desobediencia y resistencia a la autoridad contra don Segundo Guillermo Vílchez Otero.

El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaura, mediante Resolución 2, de fecha 11 de marzo de 2022[12], admitió a trámite la demanda. Asimismo, dicho órgano jurisdiccional, mediante Resolución 4, de fecha 1 de abril de 2024[13], declaró improcedente la demanda, tras considerar que la controversia escapa al ámbito de tutela del proceso constitucional de *habeas corpus* y que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho reclamado a través de la presente demanda constitucional, ya que el órgano jurisdiccional que emitió la resolución del régimen de visita provisional (cuaderno cautelar) debe velar o cautelar el cumplimiento de su mandato, recurriendo a los mecanismos procesales y apercibimientos establecidos en ley.

La Sala Penal de Apelaciones de Huaura confirmó la resolución apelada con el argumento de que la resolución que dispone la tenencia compartida es de carácter provisional; que, debido a que la resolución data del año 2018 y conforme a la naturaleza del proceso de familia antes citado, es posible que, a la fecha, se haya emitido una resolución final; que, por tanto, emitir una resolución en el sentido que se solicita podría colisionar con lo dispuesto por el juez ordinario en el proceso correspondiente.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene a los demandados cumplir con la Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018, emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Villa El Salvador[14], en la cual se dispuso que la

[11] F. 124 del documento PDF del Tribunal.
[12] F. 163 del documento PDF del Tribunal.
[13] F. 186 del documento PDF del Tribunal.
[14] Expediente judicial 01347-2017-77-3004-JR-FC-01.

recurrente realice las visitas a la favorecida en el domicilio paterno donde ella vive, y se lleve a cabo con externamiento del hogar paterno a partir de las diez de la mañana para retornarla a las dos de la tarde del mismo día.

2. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad personal, a tener una familia y no ser separada de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad y del principio de interés superior del niño.

Análisis del caso concreto

3. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o de los derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus*.

4. El Tribunal Constitucional ha dejado claro a través de su jurisprudencia que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha dicho que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (Sentencias 00862-2010-PHC/TC; 00400-2010-PHC/TC y 02892-2010 PHC/TC). Y también ha precisado que en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas, se podrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional (Expediente 0005-2011-PHC/TC)[15].

5. En el caso *sub examine*, se aprecia que la demandante presentó la demanda de *habeas corpus* tras considerar que los demandados no vienen cumpliendo lo ordenado por el Segundo Juzgado de Familia de Villa El Salvador de la Corte Superior de Justicia de Villa El Salvador, con relación al régimen de visita con externamiento de la menor, disposición que fue ordenada mediante Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018[16],

[15] Sentencia recaída en el Expediente 00091-2022-PHC/TC.
[16] F. 106 del documento PDF del Tribunal.

en el proceso de tenencia seguido en el Expediente 01347-2017-77-3004-JR-FC-01. Sin embargo, antes de la emisión de dicha resolución, el Primer Juzgado de Familia Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, mediante Resolución 1, de fecha 17 de julio de 2017[17] —dentro del proceso por violencia familiar— dispuso que la menor favorecida quedara bajo la tenencia y cuidado de su padre, don Segundo Guillermo Vílchez Otero, y su abuela paterna, doña Rosa Nancy Otero Mimbela, la cual ha sido reconocida por la Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018.

6. Así las cosas, se aprecia que la Resolución 4, cuyo incumplimiento se alega, ha sido dictada en un cuaderno cautelar (incidente 77) dentro del proceso principal de tenencia de la menor que, a la fecha de emitida de resolución, se encontraba en trámite.

7. Sobre el particular, este Tribunal advierte que la recurrente pretende utilizar el proceso de *habeas corpus* para sustituir mecanismos de ejecución previstos en el proceso civil, dentro del cual la controversia deberá ser resuelta mediante el procedimiento pertinente, en donde se valorarán las circunstancias específicas del caso y se garantizará la tutela del interés superior del niño.

8. A mayor abundamiento, en el presente caso, de los hechos expuestos en la demanda y de las instrumentales que obran en el expediente, se advierte que no se está ante un supuesto de desbordamiento de las actuaciones de la jurisdicción ordinaria que justifique la intervención del juez constitucional en un proceso de familia.

9. Por consiguiente, corresponde aplicar el artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional, pues los hechos y el petitorio no forman parte del contenido esencial de los derechos invocados, máxime si no se ha acreditado en autos que exista algún riesgo inminente o que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

[17] F. 44 del documento PDF del Tribunal.

Tribunal Constitucional

Sala Segunda. Sentencia 374/2026

EXP. N.° 02673-2024-PHC/TC
HUAURA
KATHERINE SOFÍA MUÑOZ RIVERO

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

DOMÍNGUEZ HARO
OCHOA CARDICH
HERNÁNDEZ CHÁVEZ

PONENTE OCHOA CARDICH

De Iure ABOGADOS

Tribunal Constitucional

Sala Segunda. Sentencia 374/2026

EXP. N.° 02673-2024-PHC/TC
HUAURA
KATHERINE SOFÍA MUÑOZ RIVERO

VOTO DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, es decir, con declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus* de autos. Sin embargo, me aparto de su fundamentación por las siguientes razones:

1. El objeto de la demanda es que se ordene a los demandados cumplir con la Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018, emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Villa El Salvador, en la cual se dispuso que la recurrente realice las visitas a la favorecida R.S.A.V.M. en el domicilio paterno donde ella vive, y se lleve a cabo con externamiento del hogar paterno a partir de las diez de la mañana para retornarla a las dos de la tarde del mismo día.

2. En el fundamento 3 de la ponencia se menciona, respecto de la posibilidad de dilucidar ante la judicatura constitucional temas relativos a los procesos de familia, que "en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas, se podrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional". Discrepo de tal conclusión.

3. Considero que en el presente caso se ha acudido a la judicatura constitucional para resolver cuestiones que no corresponde, y que más bien este Tribunal Constitucional ya ha variado su posición respecto del ámbito de protección del denominado *habeas corpus* familiar, tal y como se puede apreciar en la STC 01431-2024-PHC/TC (fundamentos 10 y siguientes).

4. Conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del NCPCo, el *habeas corpus* procede, entre otros supuestos, ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos:

   (i) La integridad personal (numeral 1).

   (ii) El derecho a la protección de la familia frente a actos de violencia doméstica (numeral 21).

5. En ese orden de ideas, en la STC 01431-2024-PHC/TC se estableció que el Tribunal Constitucional no se encuentra habilitado vía el proceso *habeas corpus* para solucionar situaciones de agotamiento o desborde de la capacidad de respuesta de la judicatura ordinaria, sino para tutelar

derechos fundamentales vinculados con el derecho a la libertad personal. En el caso del *habeas corpus* familiar, lo que se tutela es la integridad personal de los miembros del grupo familiar frente a situaciones tangibles de abuso real, no la mera alegación de abuso.

6. Así, los conceptos de agotamiento o desborde de la judicatura ordinaria resultan inadecuados para habilitar la vía constitucional, pues no pueden servir como habilitadores de una competencia de la que carece el Tribunal Constitucional. A modo de ejemplo, el desborde de las capacidades de respuesta de la judicatura ordinaria (por ejemplo, por vulneración del plazo razonable) no habilitan a este órgano de control de la constitucionalidad a decidir la inocencia o culpabilidad de las personas sometidas a un proceso penal, o a determinar sus condenas, sino a ordenar a las instancias judiciales a actuar respetando los derechos constitucionales vulnerados, emitiendo el fallo que corresponda conforme a derecho. Pero tal situación no sustituye la competencia ordinaria sobre la materia subyacente. Del mismo modo, las llamadas situaciones de agotamiento o desborde no pueden habilitar a este Tribunal Constitucional a tener competencia sobre una materia ordinaria vía el *habeas corpus*, sino que su competencia estará habilitada en la medida en que la controversia verse sobre la tutela de un derecho fundamental conexo con la libertad personal.

7. Evidentemente, esto no quiere decir que carezcan de protección los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niños o en el Código de los Niños y Adolescentes. Pero la defensa de los derechos ahí contenidos deberá ejercitarse ante la judicatura ordinaria, y solo cuando se trate de la vulneración de los derechos protegidos por el *habeas corpus* podrá recurrirse a este proceso constitucional.

8. En suma, el Tribunal Constitucional ya estableció en la citada STC 01431-2024-PHC/TC que no es competente para conocer asuntos propios del derecho de familia, tales como cuestiones relativas a procesos de tenencia, unidad familiar, régimen de visitas, entre otros. Esto es así no solo porque existe una vía judicial específica para conocer tales conflictos, sino también porque la solución a la inacción del Estado no puede ser resuelta por un ejercicio irregular de competencias. El proceso de *habeas corpus* no es la vía idónea para resolver este tipo de controversias, que por su propia naturaleza suele requerir la actuación de múltiples y complejas pruebas. En ese sentido, se estableció que este Tribunal Constitucional debe respetar el principio

de corrección funcional no solo para interpretar las funciones y competencias de los demás órganos constitucionales, sino también para interpretar sus propias funciones y competencias.

9. En este caso, la resolución de controversias de familia no solo es competencia de la judicatura ordinaria, sino que esta se encuentra dotada de mejores herramientas jurídicas a su disposición, respecto de la judicatura constitucional, para asegurar que las disposiciones del derecho de familia sean garantizadas de manera efectiva. Este es el deber que tienen los jueces de familia, y el incumplimiento del mismo no puede ser suplido por órganos incompetentes o inadecuados para cumplir dicha función. De este modo, la posible ineficiencia en la administración de justicia debe ser canalizada y corregida mediante el uso de las herramientas propias del sistema jurídico.

10. En el caso concreto, considero que no existen elementos que acrediten que el menor de iniciales R.S.A.V.M. haya sido víctima de violencia física o de violencia doméstica. Por tanto, la controversia debe ser resuelta por la judicatura ordinaria.

S.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ

Tribunal Constitucional

Sala Segunda. Sentencia 374/2026

EXP. N.° 02673-2024-PHC/TC
HUAURA
KATHERINE SOFÍA MUÑOZ RIVERO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto singular por los siguientes argumentos que paso a exponer:

El presente caso

1. El objeto de la demanda es que se ordene a los demandados (abuela paterna y padre del menor) cumplan con lo dispuesto en la Resolución 4, de fecha 3 de enero de 2018 emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Villa El Salvador, en la cual se dispuso que la recurrente (madre del menor) realice las visitas a la favorecida en el domicilio paterno donde ella vive, y se lleve a cabo con externamiento del hogar paterno a partir de las diez de la mañana para retornarla a horas dos de la tarde del mismo día.

2. Al respecto, los cuestionamientos formulados por la parte recurrente, relacionados con presuntas vulneraciones de los derechos a la libertad personal, a tener una familia y no ser separada de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad, revisten relevancia constitucional. Especialmente, cuando se trata de un caso donde el favorecido es un menor de edad, pues debe primar el principio de interés superior del niño.

3. En tal sentido, el presente caso merece un pronunciamiento de fondo, previa audiencia pública. Es pertinente otorgar a los actores las condiciones que se requieran sobre todo en casos de relevancia social, complejidad, situación parental, entre otros criterios que el Colegiado debe tener presente.

4. Lo expuesto es compatible con la interpretación efectuada por este Tribunal Constitucional en la STC N° 30-2021-PI/TC, en la cual se señala que la convocatoria de la causa en audiencia pública y el ejercicio de la defensa pueden hacerse de forma oral cuando corresponda expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y en aquellos casos en los que se considere indispensable.

Decisión

Por estas consideraciones, mi voto es porque **EL CASO TENGA AUDIENCIA PÚBLICA ANTE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

S.

GUTIÉRREZ TICSE

2026 / J30 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 04252-2025-PHC/TC · Arequipa

Conflicto de tenencia, violencia y conciliación

Tribunal Constitucional · 24 de julio de 2026

Localización: Fundamentos 4-7 y fallo

1. Decisión y alcance

Demanda improcedente. La determinación de tenencia y el incumplimiento de acuerdos conciliatorios se consideran materias de la judicatura ordinaria.

2. Lectura jurídica del caso

El expediente registra procesos de tenencia y violencia familiar, así como intentos de renovar un acuerdo. El fundamento 4 cita la reformulación de 2025; el fundamento 6 conserva, sin embargo, una referencia al desborde de la justicia ordinaria. La lectura crítica debe registrar esa coexistencia, no suprimirla para producir una doctrina artificialmente uniforme.

3. Aplicación y contraste

En el trabajo de investigación conviene citar ambos pasajes y explicar la tensión. En el trabajo procesal, la alegación debe identificar qué derecho protege el remedio solicitado y qué medidas corresponden al juez de familia. El rechazo constitucional no determina cuál propuesta parental es materialmente mejor.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 132-134, permite comprender el antecedente doctrinal de la fórmula que subsiste en parte del texto. La observación de su coexistencia con el criterio de 2025 es análisis editorial.

5. Límites de utilización

Es la resolución de 2026 más reciente incorporada en este tomo. La cobertura del año es parcial: no equivale a inventario exhaustivo de todas las decisiones emitidas hasta el cierre.

Doctrina: D4. Referencias completas en la bibliografía.

Firmado digitalmente por:
OTAROLA SANTILLANA Janet
Pilar FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 31/07/2026 16:58:03-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Primera. Sentencia 1282/2026

EXP. N.° 04252-2025-PHC/TC
AREQUIPA
A.B.H.C REPRESENTADO POR LISBETH EVELIN CHOQUEHUANCA CONDORVILCA (MADRE)

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
MORALES SARAVIA Francisco Humberto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 30/07/2026 16:49:31-0500

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de julio de 2026, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Hernández Chávez, Morales Saravia y Monteagudo Valdez, emite la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lisbeth Evelin Choquehuanca Condorvilca contra la Resolución 11-2025, de fecha 21 de julio de 2025[1], expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de mayo de 2025, don Carlos Hernán Butrón Sanca abogado de doña Lisbeth Evelin Choquehuanca Condorvilca interpuso demanda de *habeas corpus* a favor de su menor hija de iniciales A.B.H.C.[2] y la dirigió contra don Alexander Bernardo Herrera Cari. Alegó la vulneración de los derechos a la integridad personal y a la educación, en conexidad con el derecho a la libertad personal.

El recurrente solicitó que la menor favorecida sea entregada, de manera inmediata, a su madre doña Lisbeth Evelin Choquehuanca Condorvilca.

Alegó que, con fecha 5 de mayo de 2025, el demandado sustrajo a la menor de su institución educativa sin el consentimiento de su progenitora. Señaló que intentó contactarlo por diversos medios, sin obtener respuesta alguna. Precisó que, con fecha 7 de mayo de 2025, se interpuso denuncia al padre de la menor en la comisaría de Campo de Marte-Paucarpata por la comisión del delito de sustracción de menor, por lo que se ordenó realizar una constatación en el domicilio del demandado. Refirió que, en respuesta a dicha denuncia, aquel indicó que la menor beneficiaria estaba bajo su custodia, negándose a entregarla. Agregó que, mediante la diligencia de constatación

[1] F. 264 del documento pdf del Tribunal
[2] F. 17 del documento pdf del Tribunal

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2026/04252-2025-HC.pdf

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
MONTEAGUDO VALDEZ Manuel FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 31/07/2026 16:20:06-0500

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
HERNANDEZ CHAVEZ Pedro Alfredo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 31/07/2026 09:20:10-0500

policial en el colegio, se acreditó que la menor no asistió a clases desde el martes 6 de mayo de 2025.

El Segundo Juzgado Constitucional de Arequipa, mediante Resolución 1, de fecha 13 de mayo de 2025[3], admitió a trámite la demanda de *habeas corpus.*

Don Alexander Bernardo Herrera Cari, mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2025[4], se apersonó al proceso y contestó la demanda. Solicitó que esta sea declarada improcedente, puesto que la menor no se encuentra privada de su libertad. Aseveró que justificó la ausencia de la menor a la institución educativa. Señaló que, mediante mensajes de textos con fechas 5, 6 y 7 de mayo de 2025 avisó a la demandante que iba a recoger a la menor de la institución educativa. Sostuvo que, mediante Acta de Conciliación de fecha 8 de agosto de 2024[5], se acordó que la tenencia absoluta y cuidado legal de la menor lo ejerce el demandado hasta el mes de diciembre de 2024, mientras que la demandante podrá ejercer un régimen de visitas de manera libre y con externamiento, previo acuerdo con el demandado. Precisó que, con el fin de renovar el mencionado acuerdo, convocó a la progenitora a una conciliación, sin éxito alguno[6], motivo por el cual interpuso una demanda de tenencia signada en el Expediente 6025-2025-0-0412-JR-FC-02 ante el Segundo Juzgado de Familia de Paucarpata.

Señaló que tomó conocimiento, por la directora de la institución educativa, que la demandante había solicitado el traslado de la menor del nivel inicial a la ciudad de Andahuaylas, Apurímac; aseveró que, de esta manera, se habría acreditado la intención de la madre de sustraer a la menor. Agregó que, tanto su menor hija como él mismo, son víctimas de violencia psicológica, a causa de la incursión violenta de la madre en su domicilio a altas horas de la noche en compañía de sus familiares y su pareja, quienes realizan ruidos fuertes, profieren amenazas e insultos, motivo por el cual interpuso una denuncia ante la comisaría de Paucarpata.

El Segundo Juzgado Constitucional de Arequipa, mediante Sentencia 157-2025, Resolución 5-2025, de fecha 13 de junio de 2025[7], declaró infundada la demanda por cuanto no se ha acreditado que la menor se

[3] F. 20 del documento pdf del Tribunal
[4] F. 28 del documento pdf del Tribunal
[5] F. 44 del documento pdf del Tribunal
[6] F. 46 del documento pdf del Tribunal
[7] F. 208 del documento pdf del Tribunal

encuentre privada de su libertad personal, siendo el trasfondo de la controversia un asunto de familia relativo a la tenencia de la menor de iniciales A.B.H.C; razón por la cual se trata de asuntos que no compete dilucidar a la judicatura constitucional, sino al juez de familia correspondiente. En el extremo de la vulneración al derecho a la educación, declaró improcedente la demanda, pues, al no haberse acreditado la privación de la libertad personal, el derecho a la educación no puede considerarse conexo a la libertad personal, razón por la cual no se puede emitir un pronunciamiento sobre el particular.

La Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Arequipa, de oficio, corrigió la apelada, declarándola improcedente, debido a que el análisis de fondo efectuado por el *a quo* corresponde luego de superarse la procedencia de la demanda; en este sentido, al tratarse de un caso que, en primer lugar, debe ser de conocimiento de la justicia ordinaria, solo una vez obtenida una resolución firme, se habilitará la vía constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que la menor favorecida sea entregada, de manera inmediata, a su madre doña Lisbeth Evelin Choquehuanca Condorvilca.

2. Alega la vulneración de los derechos a la integridad personal y a la educación, en conexidad con el derecho a la libertad personal.

Análisis del caso

3. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus*.

4. El Tribunal Constitucional ha dejado claro que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura

ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha manifestado que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad[8]. Por otro lado, en la STC 01431-2024-PHC/TC se estableció que el Tribunal Constitucional no se encuentra habilitado vía el proceso *habeas corpus* para solucionar situaciones de agotamiento o desborde de la capacidad de respuesta de la judicatura ordinaria, sino para tutelar derechos fundamentales vinculados con el derecho a la libertad personal.

5. Se advierte que la situación expuesta en la demanda, en puridad, está relacionada con los procesos judiciales sobre tenencia y violencia familiar que existen entre la demandante y el emplazado, puesto que se tiene conocimiento de que la menor se encuentra en poder del padre, razón por la que corresponde que sea el juez ordinario quien tome las medidas judiciales pertinentes para garantizar la relación maternofilial entre doña Lisbeth Evelin Choquehuanca Condorvilca y su menor hija. Máxime si, de los instrumentos que obran en autos, tales como el acta por falta de acuerdo[9], se tiene que los progenitores se encuentran dentro de un nuevo proceso de conciliación, para renovar lo establecido en el Acta de Conciliación de fecha 8 de agosto de 2024[10], en el cual se acordó que el demandado ejercería la tenencia de la menor hasta diciembre de 2024.

6. En consecuencia, no compete a este Tribunal Constitucional determinar a quién corresponde la tenencia sobre el menor de edad de iniciales A.B.H.C, reexaminar los criterios del juez ordinario a efectos de disponer o suplir medidas provisionales o definitivas al interior del proceso ordinario de familia (tenencia, régimen de visitas, etc.), ni mucho menos analizar cuestionamientos legales respecto de la tramitación del aludido proceso civil; salvo que exista un desborde en las posibilidades de respuesta de dicha judicatura, que no sucede en el caso de autos. En suma, se advierte que existe un conflicto familiar entre el demandante y la demandada que ha generado controversia respecto a la tenencia de su menor hija.

[8] Cfr. la STC 00862-2010-PHC/TC; STC 00400-2010-PHC/TC y STC 02892-2010-PHC/TC.
[9] F. 46 del documento pdf del Tribunal
[10] F. 44 del documento pdf del Tribunal

7. Por lo expuesto, corresponde que se aplique el artículo 7, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, pues la determinación de la tenencia o el incumplimiento de los acuerdos de la conciliación entre los padres es materia que compete a la judicatura ordinaria.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ
MORALES SARAVIA
MONTEAGUDO VALDEZ

PONENTE HERNÁNDEZ CHÁVEZ

Bibliografía doctrinal y normativa

Publicaciones consultadas directamente. Las referencias doctrinales se ordenan por autor. Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2026.

D1 · Aguilar Llanos, Benjamín (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. Derecho & Sociedad, (32), 191-197.

https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425

D2 · Garay Molina, Ana Cecilia (2021). La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto. Ius vocatio, 4(4), 73-98. DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.542.

https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/iusVocatio/article/view/542

D3 · Pariasca Martínez, Jorge (2022). La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente. Llapanchikpaq: Justicia, 4(4), 41-53. DOI: 10.51197/lj.v4i4.591.

https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/lj/article/view/591

D4 · Ramírez Huaroto, Beatriz María Lourdes (2018). Derecho de familia y procesos constitucionales: apuntes teóricos y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Pensamiento Constitucional, 23, 119-155.

https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20950

Normativa de referencia

Perú. Ley 31590. Ley que regula la tenencia compartida, modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Publicada en El Peruano el 26 de octubre de 2022.

Consultar publicación oficial

Las disposiciones constitucionales, convencionales y legales transcritas por las sentencias forman parte de sus textos históricos. Este apartado no pretende sustituir una edición normativa consolidada. Las obras citadas por los jueces o por los autores, pero no consultadas directamente para los comentarios, no se presentan como bibliografía propia de esta edición.

Registro de fuentes judiciales

Cada entrada identifica la copia efectivamente reproducida. El enlace permite recuperar el archivo; la huella SHA-256 permite cotejar la descarga original, anterior a la eliminación de marcas editoriales.

J01 · Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia · Acuerdos 3 y 8

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1997 (sin fecha diaria precisada en la copia).

Fuente oficial. Selección de páginas del archivo: 5, 6, 19.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 0750d83b9b9a7d2df3bfaf633ef7497887711c23572f173e8677b702c64439ca

J02 · TC · Exp. 01817-2009-PHC/TC · Lima

Tribunal Constitucional · 7 de octubre de 2009.

Fuente oficial. Archivo completo: 19 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: ee10724cd86c892d08bf39d866226455427aa49f5222a90a0578d06015793993

J03 · III Pleno Casatorio Civil · Casación 4664-2010 · Puno

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 18 de marzo de 2011.

Fuente oficial. Archivo completo: 96 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: d54dbe7caf2570c881baa6579c0c307a499be167a7cab03f89e01bf490d97df4

J04 · TC · Exp. 01905-2012-PHC/TC · Ica

Tribunal Constitucional · 17 de octubre de 2012.

Fuente oficial. Archivo completo: 6 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 50446ee60a7181ae497ab7727cf3f5ebdb3dd9a80c02d0b0978374b67132d2b1

J05 · Casación 1961-2012 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 10 de setiembre de 2013.

Fuente oficial. Archivo completo: 17 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 923197dd8b9416f65ea199e3cca71360121d22d789ff97bd77b64fddab9d2087

J06 · Casación 1384-2012 · Ucayali

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 18 de marzo de 2014.

Fuente oficial. Archivo completo: 13 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 42e4e7eea5082cb2cdd4e4f1b0c08bd5d4f06356c2da5f272c87fafe165bc2b6

J07 · Casación 3016-2015 · Tacna

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 29 de marzo de 2016.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 11 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: d3a63421b212d12d2bb34278e7d0d4808ce927536a83dde1b84c128d876bcfeb

J08 · Casación 1252-2015 · Lima Norte

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 4 de mayo de 2016.

Fuente oficial. Archivo completo: 7 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 360267dbd470d38d95cb3bc9f1e29ff7008a4e8d61d57ba64c7b6d1e963d1cd2

J09 · Casación 2702-2015 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 6 de mayo de 2016.

Fuente oficial. Archivo completo: 16 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: d774954ad15493bc1c14aabe838b13514c3262d0186fcde79a02a4320ee960e8

J10 · Casación 3767-2015 · Cusco

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 8 de agosto de 2016.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 14 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: c5472ff8cc4e430d0ddeccff7359bf3d79ee654c828793d616e1c5c85019548b

J11 · Casación 1303-2016 · Cajamarca

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 6 de marzo de 2017.

Fuente oficial. Archivo completo: 12 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 7736c487894beb06a3fc1058a911c537a0e165d7cb84ff75a386a87eca291896

J12 · Casación 2606-2016 · Lima Este

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 23 de marzo de 2017.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 15 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: a9266a6ff7101808ae624e8edd561e0db7fe8ddfb4289c64d8f97e3d670cd5b5

J13 · Casación 3496-2016 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 18 de julio de 2017.

Fuente oficial. Archivo completo: 22 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 8abb195cb265d3a5c8e85a3a638d3d0afec723436b6cf4bf0a87945c207c1920

J14 · Casación 4253-2016 · La Libertad

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 10 de mayo de 2018.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 12 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 9ac7a9dae559810bdca11a88332cfc5e920145144303df42cbb5f0be847bd0c7

J15 · Casación 37-2017 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 8 de junio de 2018.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 13 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 9ebd552941b9b2bb7be9cf26cff7e46e24ccb4991ac2b496a6f6f20dcd26bf52

J16 · Casación 3023-2017 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 17 de setiembre de 2018.

Fuente oficial. Archivo completo: 8 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 7f733bb154ca35a844e887c2176840775e48526cfeec8921f2cea9992dde01fd

J17 · TC · Exp. 04937-2014-PHC/TC · Junín

Tribunal Constitucional · 15 de enero de 2019.

Fuente oficial. Archivo completo: 26 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 94b206a28684b00ce403bb72a266b6f6950923a488ed23da6060412e8337f74f

J18 · Casación 1440-2018 · Callao

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 8 de marzo de 2019.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 22 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 77726f9b726a06846dbaa42f390fc553371847e77e36e4cddee395e6835779c0

J19 · Casación 2154-2018 · Arequipa

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 13 de junio de 2019.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 16 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 0272f7d5e3348ac21902bb39066fed1b9685f3117836b188e7497f0622a29c7a

J20 · Casación 3962-2018 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 24 de junio de 2019.

Fuente oficial. Archivo completo: 12 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: ff663075f890859f0a6b4baf3022c3b429457f8f56d79f5a6da68aa9d10db6d7

J21 · Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia · Temas 1 y 3

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 28 de mayo de 2021.

Fuente oficial. Selección de páginas del archivo: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: ea5104d258b843e51ac0dbab342ed8301cd9eda3ece66141719f3cc382c2fba6

J22 · TC · Exp. 01227-2021-PHC/TC · Cajamarca

Tribunal Constitucional · 14 de octubre de 2022.

Fuente oficial. Archivo completo: 5 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 94c48aa2a282c1a7bb78639b654f89cfc9ff1546f2dfff61c37ff788a730c1b3

J23 · Casación 4811-2021 · Lima Norte

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 4 de julio de 2024.

Repositorio jurídico no oficial (LP Derecho). Archivo completo: 72 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 72adb804c8fec8a039a74f4cacc79e4af61e7b09eef43f8f145c4db888436134

J24 · TC · Exp. 01618-2023-PHC/TC · Piura

Tribunal Constitucional · 17 de julio de 2024.

Fuente oficial. Archivo completo: 5 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: bf926c0af24280e80af53062b4417647f78e81af5bd48a97e4cbed715d8de5b2

J25 · TC · Exp. 02970-2023-PHC/TC · Tacna

Tribunal Constitucional · 11 de octubre de 2024.

Fuente oficial. Archivo completo: 5 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 9e308c7b302c34bfc360e9372a55d8667770a3e9873b2ff5eb621187765004fc

J26 · TC · Exp. 01431-2024-PHC/TC · Lima

Tribunal Constitucional · 30 de junio de 2025.

Fuente oficial. Archivo completo: 10 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: d73baf8ffd6ead669a8fceddb42734a263f461a8aafef94acecdb10c85226c0e

J27 · TC · Exp. 04750-2024-PHC/TC · Lima

Tribunal Constitucional · 17 de setiembre de 2025.

Fuente oficial. Archivo completo: 19 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 043764936f244f669948e644cfa98bd7f252ba6b26504ff172fe030ceb8b0702

J28 · TC · Exp. 01267-2025-PHC/TC · Lima

Tribunal Constitucional · 27 de octubre de 2025.

Fuente oficial. Archivo completo: 10 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 14c389ab58d6ff8dc7aae7bce4ebec008f0a140324e914977d5df8fbdf45cb8e

J29 · TC · Exp. 02673-2024-PHC/TC · Huaura

Tribunal Constitucional · 23 de febrero de 2026.

Fuente oficial. Archivo completo: 11 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 7daa39ebf5c070e537854629062b27733076f514e7c7942a330b9864db616220

J30 · TC · Exp. 04252-2025-PHC/TC · Arequipa

Tribunal Constitucional · 24 de julio de 2026.

Fuente oficial. Archivo completo: 5 páginas.

Abrir documento judicial de origen

SHA-256: 3380b1a401a83db673827832c25b8e636ddb0669eca020538b33583f67cd6d6a

Tenencia y régimen de visitas

Jurisprudencia peruana comentada · 1997-2026

Una selección de sentencias peruanas sobre cuidado de los hijos, tenencia compartida, régimen de visitas y protección de los vínculos familiares. Los documentos judiciales completos se acompañan de comentarios jurídicos y referencias doctrinales verificables.

El orden cronológico permite seguir cambios de criterio y reformas normativas. Los índices y marcadores facilitan la consulta por problema: escucha del niño, motivación, visitas y alimentos, familia extensa, ejecución y límites del hábeas corpus familiar.

Incluye el III Pleno Casatorio Civil por su incidencia procesal y los acuerdos pertinentes de los plenos jurisdiccionales de 1997 y 2021. La cobertura de 2026 es parcial. Cada ficha distingue el fallo, los votos y la valoración editorial.

Estudio De Iure Abogados

Editor

Abogado Daniel Efrain Valderrama Chacaltana

Responsable de la edición y compilación

Tacna, Perú

WhatsApp: 956226278

deiureabogados70@gmail.com

https://deiureabogados.net.pe

Edición de consulta · No es una publicación oficial