

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de
Derecho

Tesis

**El incumplimiento del régimen de visitas en la
jurisprudencia de la Corte Suprema de
Justicia 2016-2017**

Jhon Luis Romero Castañeda

Huancayo, 2019

para optar el Título Profesional de
Abogado



Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

Asesor

Abog. Hernan Ilizarbe Vargas

Agradecimiento

Extiendo un profundo agradecimiento a los familiares, docentes, compañeros de estudios y colegas de trabajo, quienes avivaron en mí el interés por la investigación de un hecho social tan importante para la formación de un ser humano, como lo es el régimen de visitas.

Dedicatoria

A mi madre Digna Jesús Castañeda Caso, por no permitirme desfallecer durante el tiempo que llevó mi formación profesional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Asesor.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Dedicatoria.....	iv
Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
Introducción.....	x
 CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	 12
1.1. Planteamiento del problema.....	12
1.2. Formulación del problema.....	14
1.2.1. Problema general.....	14
1.2.2. Problemas específicos.....	14
1.3. Objetivos.....	15
1.3.1. Objetivo general.....	15
1.3.2. Objetivos específicos.....	15
1.4. Justificación e importancia.....	15
1.4.1. Justificación teórica.....	15
1.4.2. Justificación práctica.....	16
1.4.3. Justificación metodológica.....	17
1.5. Hipótesis.....	17
1.5.1. Hipótesis general.....	17
1.5.2. Hipótesis específicas.....	17
 CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	 18
2.1. Antecedentes del problema.....	18
2.1.1. A nivel internacional.....	18
2.1.2. A nivel nacional.....	20
2.2. Bases teóricas.....	22
2.2.1. Patria potestad.....	22
2.2.2. Tenencia.....	26
2.2.3. Régimen de visitas.....	28
2.2.3.1. Definición.....	28
2.2.3.2. Determinación y sus formas.....	32
2.2.3.3. Incumplimiento y consecuencias.....	37
2.2.4. Síndrome de alienación parental.....	45
2.3. Definición de términos básicos.....	46

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	48
3.1. Método y alcance de la investigación	48
3.2. Diseño de la investigación	48
3.3. Fuente de información para su análisis.....	49
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	49
3.4.1. Técnicas de recolección de datos.....	49
3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.....	49
3.4.3. Técnicas de procesamiento de datos.....	49
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	51
4.1. Resultados del tratamiento y análisis de la información.....	51
4.2. Discusión de resultados	62
CONCLUSIONES	64
RECOMENDACIONES	66
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68
ANEXOS	70

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Análisis de la casación N° 1252-2015-Lima Norte.....	53
Tabla 2. Análisis de la casación N° 1769-2015-La Libertad.....	55
Tabla 3. Análisis de la casación N° 2309-2015-Lima Sur.	57
Tabla 4. Análisis de la casación N° 2702-2015-Lima.	59
Tabla 5. Análisis de la casación N° 4311-2016-Lima.	61

Resumen

El régimen de visitas es entendido como aquel derecho que permite que padres e hijos puedan tener un contacto con vistas a un adecuado desarrollo emocional y psicológico de los últimos. Este derecho es atribuido por regla al padre no favorecido con la tenencia y custodia del menor.

No obstante, pueden presentarse escenarios en los que el padre favorecido con el régimen de visitas no logra cumplirlo o que el padre a cargo de la tenencia no permite que se haga uso adecuado de ese derecho.

Si bien la normativa aplicable hace referencia al incumplimiento del régimen de visitas y sus consecuencias, no logra cumplir con todos los escenarios, como aquellos en los que el régimen de visitas es dispuesto mediante acuerdo conciliatorio o los casos de tenencia compartida, por lo que el juzgador muchas tienen que acudir a los principios que informan el derecho de familia, particularmente el principio del interés superior del niño, para cubrir los vacíos y deficiencias de la ley.

Palabras Clave: Patria potestad, tenencia, régimen de visitas, incumplimiento, desarrollo emocional y psicológico.

Abstract

The visiting regime is understood as the right that allows parents and children to have contact with a view to an adequate emotional and psychological development of the latter. This right is attributed by rule to the father not favored with the possession and custody of the minor.

However, scenarios may be presented in which the father favored with the visitation scheme fails to comply with it or the custodial parent does not allow adequate use of that right.

Although the applicable regulations refer to the breach of the visitation regime and its consequences, it fails to comply with all the scenarios, such as those in which the visitation regime is arranged through a conciliatory agreement or cases of shared ownership, so that the Many judges have to resort to the principles that inform the family law, particularly the principle of the best interests of the child, to cover the gaps and deficiencies of the law.

Keywords: Patria potestad, tenancy, visits regime, non-compliance, emotional and psychological development.

Introducción

El principio del interés superior del niño hace que el juzgador, frente a los diversos casos de familia en donde se encuentre de por medio algún derecho del niño o adolescente, así como el deber de los padres respecto a su guarda, ponga bastante atención y logre la satisfacción adecuada de los intereses del menor, por encima de los intereses de los padres.

Una de aquellas instituciones del derecho de familia es aquella referida al régimen de visitas, el cual se constituye como un derecho y deber del padre de tener un contacto con su hijo para lograr un adecuado desarrollo emocional y psicológico, aminorando cualquier efecto negativo de la separación física de los padres.

No obstante, ello, los dispositivos normativos aplicables como el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil, si bien han regulado la institución del régimen de visitas (particularmente el primer dispositivo citado), no han logrado adelantarse de forma adecuada y completa en cuanto a los escenarios en los cuales el régimen de visitas dispuesto se vea incumplido.

Así, para empezar, se tiene que dicho régimen puede llegar a ser establecido mediante sentencia judicial o por acuerdo conciliatorio, además de que el incumplimiento no solamente puede ser el resultado de la conducta omisiva del padre a cuyo favor se otorgó esta institución, sino que el padre a cargo de la tenencia puede realizar actos que no permitan que el régimen de visitas no pueda ser cumplido de forma correcta.

Aunado a ello, pueden presentarse casos en los que la tenencia sea compartida y, por tanto, el régimen de visitas puede ser establecido a favor de ambos padres en aquellos momentos en los que un padre no ejerce la tenencia directa.

El artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes ha dispuesto las consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas, pero no ha logrado diferenciar los diferentes supuestos que pueden presentarse, por lo que se hace necesaria la realización de esta investigación.

En razón a ello, se tiene que el capítulo I se abordarán los temas metodológicos referidos a la identificación de los problemas, objetivos, e hipótesis. En el capítulo II se identificarán los antecedentes de la investigación, así como los fundamentos teóricos de la misma. En el capítulo III se explicará la metodología utilizada para la investigación y el análisis de los resultados. En el capítulo IV se analizarán y discutirán los resultados obtenidas a partir de la muestra analizada. Finalmente, se dará cuenta de las conclusiones y recomendaciones que arrojará la presente investigación para la consideración del lector y lograr así la sensibilización que acabe en una propuesta legislativa o, en su defecto, en la precisión de las medidas a tomar frente a un caso de incumplimiento del régimen de visitas por intermedio de un pleno jurisdiccional.

Finalmente, nos queda advertir que el estudio de esta investigación debe realizarse con la mayor amplitud posible, y teniendo en consideración que cualquier medida sugerida siempre es en pro de la satisfacción de los intereses y necesidades del menor.

El autor.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Planteamiento del problema

El ordenamiento jurídico peruano establece que la determinación del régimen de visitas sea a partir de un proceso judicial o del común acuerdo entre los progenitores (por ejemplo, a través de un acta de conciliación extrajudicial).

En cuanto a la determinación judicial, ésta puede ser consecuencia de haber iniciado un proceso donde la pretensión sea exclusivamente la fijación de las reglas en las que el padre no guardador deberá pasar tiempo de calidad con su hijo. No obstante, esta determinación también puede ser accesorio a un proceso en el que se discute la separación y divorcio ulterior, o un divorcio por causal, esto es, por citar un par de ejemplos.

De su parte, los progenitores pueden también establecer un régimen de visitas de forma dialogada, para lo cual puede utilizar un procedimiento

conciliatorio y con todos los efectos que ostenta un acta de conciliación, esto es, la obligatoriedad y la cosa juzgada.

Ahora bien, respecto al cumplimiento del régimen de visitas determinado judicialmente (que se constituye en el punto de partida de la presente investigación), pueden suscitarse los siguientes inconvenientes:

- Que no se permita al progenitor, en cuyo favor se ha señalado un régimen de visitas, logre cumplirlo, o
- Que el padre a quien se le haya fijado tal régimen no lo haga efectivo.

En cualquier de los casos, se afecta los derechos fundamentales del menor (como la adecuada alimentación, educación, recreación, vivienda, salud, integridad, a la familia, entre otros que gozan de reconocimiento constitucional), generando grandes dificultades en su desarrollo integral por no tener uno de sus padres compartiendo sus experiencias y otorgando consejo.

En consonancia con lo anteriormente señalado, la presente investigación se centra en el aludido incumplimiento del régimen de visitas, así como en la identificación de los remedios cuando se identifique alguno de los incidentes también referidos.

Para ello, se analizarán las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia entre los años 2016 y 2017, esto es, sobre pretensiones como la tenencia y su variación, además del régimen de visitas y su correspondiente variación.

Del análisis de la aludida información jurisprudencial se identificarán cuáles son los remedios y, en su caso, (con ayuda de la doctrina y la legislación nacional y

comparada) se recomendarán métodos que permitan el cumplimiento del régimen de visitas establecidas, teniendo siempre como norte el interés superior del niño, niña o adolescente.

No debe dejarse de lado que el tema de la investigación, si bien será analizado desde un punto de vista estrictamente jurídico, sus implicancias trascienden el ámbito del derecho, pues impactan en los aspectos psicológicos del menor, muchas veces generando daños de naturaleza irreversible.

Aunado a ello, debe considerarse que el incumplimiento del régimen de visitas afecta gravemente los derechos fundamentales del menor, pues no les permitirá un desarrollo adecuado al no poder compartir experiencias de vida con alguno de sus padres. Los derechos afectados pueden ser: a la familia y la protección que ésta brinda, la alimentación, la salud, la paz y la tranquilidad, entre otros.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017?

1.2.2. Problemas específicos

a. ¿Cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció dicha institución y que han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017?

- b. ¿Cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció la tenencia y que han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017.

1.3.2. Objetivos específicos

- a. Identificar cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció dicha institución y que han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017.
- b. Identificar cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció la tenencia y que han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017.

1.4. Justificación e importancia

1.4.1. Justificación teórica

La justificación teórica se centra en el hecho de identificar los conceptos y categorías del derecho de familia, así como del derecho civil, procesal y penal que tienen son abordados en la presente investigación,

identificando su adecuado uso por parte de los operadores del sistema jurídico.

A partir de allí, se podrá concluir si las categorías doctrinarias en cuestión hallan contenido en la praxis judicial, además de ser convenientes de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente (como la adecuada alimentación, educación, recreación, vivienda, salud, integridad, a la familia, entre otros que gozan de reconocimiento constitucional).

1.4.2. Justificación práctica

Quizás la mayor importancia de la presente investigación gira en torno a:

- La identificación de la existencia de remedios en caso de incumplimiento del régimen de visitas.
- Caso contrario, la recomendación de los remedios necesarios que cumplan la función disuasoria respecto al incumplimiento del régimen de visitas.

El resultado de la investigación debe dar cuenta si nuestro sistema prevé los mecanismos mínimamente suficientes para abordar la problemática del incumplimiento de régimen de visitas, teniendo como norte la protección de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente (como la adecuada alimentación, educación, recreación, vivienda, salud, integridad, familia, entre otros que gozan de reconocimiento constitucional).

1.4.3. Justificación metodológica

Para el análisis del tema de investigación se utilizará el método de investigación de naturaleza descriptiva, dando cuenta de un panorama actual y recomendando las medidas para su corrección, teniendo en cuenta las diversas ramas del derecho.

Asimismo, se utilizarán y validarán distintos métodos de interpretación de las disposiciones normativas en discusión como lo es el método literal, sistemático y finalista, logrando una visión panorámica del fenómeno con relevancia jurídica, así como de la solución que pueda ser identificada o propuesta.

1.5. Hipótesis

1.5.1. Hipótesis general

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017 no ha determinado con claridad los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas.

1.5.2. Hipótesis específicas

- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017 no ha determinado con claridad los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció.
- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017 no ha determinado con claridad los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció la tenencia.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema

2.1.1. A nivel internacional

De la revisión de las distintas bases de datos depositarias de tesis de pre y posgrado no se ha logrado identificar un trabajo con la misma delimitación que aquel que se presenta.

No obstante, han sido identificados aquellos que guardan algún tipo de relación, como:

Echevarría (2011), “La guarda y custodia compartida de los hijos”, realizada en la Universidad de Granada. La investigación tiene como objetivo identificar la problemática actual del derecho de familia, la guarda y custodia compartida de los hijos, y refiere que la custodia compartida

implica una cooperación entre ambos progenitores, apartando el conflicto inicial que fue la separación para tener en cuenta los derechos de sus hijos, quienes son los más afectados en este tipo de situaciones y lo que plantea la tenencia o custodia compartida es velar por su desarrollo integral. metodología dogmática, documental, resultados de las pesquisas realizadas se obtiene que los padres aun habiendo decidido su situación legal, deben de asistir y atender a sus hijos en cumplimiento no solo de la sentencia judicial, sino que deben de hacerlo de forma propia con la finalidad de no ejercer presión negativa contra el hijo. La investigación concluye señalando que se debe procurar concientizar a los padres que tienen la custodia de los hijos para que permitan dar facilidades a fin de que el otro progenitor cumpla con las visitas regulares a sus hijos, teniendo apertura en el diálogo en tanto esto coadyuvara a la mejor relación entre padres en hijos.

Arévalo (2015), “Suspensión provisional de la patria potestad por retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al Art. 125 y 112 del Código de la Niñez y Adolescencia – Ecuador”, realizada en la Universidad Nacional de Loja. La investigación tiene como objetivo el estudio de las circunstancias y sanciones que pueden determinarse cuando la persona que tiene la custodia de su hijo no presta las facilidades para que el otro cónyuge pueda visitar a sus hijos en privado o inculca mal ejemplo a su hijo de su otro progenitor. La metodología aplicada en esta investigación es de tipo descriptiva y una de sus principales conclusiones es que el progenitor que tiene la custodia del menor no brinda las facilidades para que el otro progenitor que no la tiene la custodia visite a su hijo, generando inconvenientes para un adecuado régimen de visitas.

Asimismo, se colige que es necesario que se establezca de manera clara en el Código de la Niñez y Adolescencia medidas sancionatorias contra el progenitor que obstaculice el régimen de visitas, evitando de esta manera una discriminación hacia el otro progenitor que no tiene la custodia.

Tamayo (2016), “Régimen de visitas como garantía de una paternidad y maternidad responsables”, realizada en Ecuador. Considera como objetivo general de elaborar un anteproyecto de ley reformativa al artículo 123 del Código de la Niñez y Adolescencia que incluya una sanción al progenitor que tiene la patria potestad e interfiera con el cumplimiento del régimen de visitas, y así proteger del principio de interés superior del niño, niña o adolescente en el ejercicio de la maternidad y paternidad responsable. En la investigación se utilizó el método inductivo-deductivo y una de sus conclusiones principales es que con la investigación se ha podido demostrar que el régimen de visitas cuyo marco legal está amparado por el Código de la Niñez y Adolescencia no tiene el reconocimiento jurídico necesario, por cuanto no se prevé las situaciones jurídicas que pueden surgir en caso de incumplimiento de este. Es decir, no existen parámetros legales de cómo proceder en casos de incumplimiento de esta obligación ya sea de parte del padre o de la madre del menor.

2.1.2. A nivel nacional

Chong (2015), “Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013”, elaborado en Perú. El objetivo de la investigación es determinar la probabilidad de que exista una relación directa y significativa entre la

tenencia compartida y el desarrollo integral del niño, niña o adolescente a nivel de las sentencias del Juzgado Transitorio de Familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013. La metodología aplicada en esta investigación es de tipo descriptiva y una de sus principales conclusiones es que la tenencia compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral según el desarrollo físico que presenta los niños y/o adolescente a nivel de las sentencias del aludido Juzgado.

López (2016), “Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de Lima: principio de interés superior del niño”, elaborado en la Universidad de Huánuco. El objetivo general de establecer cuáles son los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los Juzgados de Familia de Lima. La metodología fue básica, transversal, observacional, comparativa. Una de las conclusiones que arribó el investigador fue que la tenencia monoparental se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial, desvinculándola y provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia).

Castillo (2015), “La alienación parental como problema probatorio en los procesos de tenencia”, elaborado en la Universidad Señor de Sipán. El objetivo de la investigación es analizar el síndrome de alienación parental como problema probatorio en los procesos de tenencia. Con respecto a un marco referencial que integre planteamientos teóricos

relacionados con normas procesales que rigen los procesos de tenencia, legislación nacional y comparada, referente a los procesos de tenencia de los niños y adolescentes. Tiene como conclusión que el síndrome de alienación parental como problema probatorio en los procesos de tenencia constituye un campo nuevo de estudio. La legislación peruana no regula con norma clara y precisa sobre esta problemática, solo en el extranjero existen ensayos teóricos.

2.2. Bases teóricas

En el presente acápite se analizarán cada una de las instituciones del derecho de familia que se encuentran implicadas en el tema de investigación, de tal forma que se dispondrá de un panorama doctrinario, legal y jurisprudencial adecuado de los fundamentos del régimen de visitas y su incumplimiento.

2.2.1. Patria potestad

Varsi (2012) refiere que la patria potestad “es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y permanece hasta que estos adquieren plena capacidad” (p. 294).

De forma muy similar, Royo Martínez, citado por Gallegos (2008) señala que la patria potestad debe ser entendida como “el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados como media de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole” (p. 315).

Asimismo, López Del Carril (citado por Gallegos, 2008) “pone de relieve que la patria potestad es una institución ética y altruista fundada en el derecho natural biológico, propia y absoluta del derecho de familia como integrante del derecho privado, y es un derecho moral aunque desencadene derechos y obligaciones patrimoniales, pero su existencia y su sustento están fundadas en principios más elevados, más puros, sin descender a la condición contractual propia del egoísmo y no del altruismo” (p. 315.).

Ripert y Boulanger (citados por Gallegos, 2008) menciona que la patria potestad es el conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos” (p. 315).

Por su parte, el artículo 418 del Código Civil señala lo siguiente:

“Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.”

De su parte, la Resolución del 05 de marzo de 1998 recaída en el expediente N° 99-98 por la Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima señala lo siguiente:

“La patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres, precisamente, porque constituye, fundamentalmente, el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres.”

Puede colegirse que la patria potestad es un derecho y un deber de los padres para asegurar el cuidado físico, emocional y psicológico de sus hijos, así como la buena administración de su patrimonio. Este derecho fenece cuando el hijo adquiere la mayoría de edad o logra emanciparse.

Ahora bien, la patria potestad incluye una serie de derechos que a decir de Plácido (2010, p. 240) son:

- Velar por los hijos,
- Tenerlos en su compañía,
- Alimentarlos,
- Educarlos y procurarles una formación integral,
- Corregirlos moderadamente,
- Representarlos, y
- Administrar y usufructuar sus bienes.

De forma más exacta, el artículo 423 del Código Civil determina lo siguiente; “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer el 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. Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.

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 en lo dispuesto en el artículo 1004º.”

Aunado a ello el artículo 424 de la misma norma sustantiva prescribe el siguiente tenor:

“Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.”

En efecto, la patria potestad activa un abanico de deberes que asumirán los padres respecto a la guarda de sus hijos, así como a la administración de su patrimonio.

No obstante, en algunas ocasiones, existen deberes que permanecen en el tiempo, pese a que los hijos hayan adquirido mayoría de edad, como es

el caso de la alimentación, deber subsistente hasta que el hijo cumpla los 28 años de edad que estén logrando una formación exitosa de alguna profesión u oficio, además de aquellos hijos que por incapacidad física y/o mental no estén en condiciones de atender sus propias necesidades.

Cabe señalar que el derecho a la patria potestad, a decir de Suárez Franco (Gallegos, 2008, pp. 318 y 319) presente las siguientes características:

- La irrenunciabilidad. Pues no es un derecho que pueda ser dispuesto libremente por los padres.
- La imprescriptibilidad. Ya que no puede ser objeto de pérdida o adquisición por el decurso del tiempo.
- La intransmisibilidad. Pues no puede ser objeto de cesión a ninguna persona o institución.
- Es *intuitu personae*. Porque solamente puede ser ejercida por los padres.
- La temporalidad. Porque, por regla, está sujeta a un plazo de tiempo, esto es, hasta la fecha en que el hijo logre la mayoría de edad o se emancipe.

2.2.2. Tenencia

Al respecto, Varsi (2010) determina que la tenencia es “es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de los dos se ha de quedar el hijo” (p. 120).

El mismo autor (2012) refiere que la “tenencia es sinónimo de estar junto, tener al hijo a su lado. Una forma de convivencia inmediata de padre/hijo (p. 304).”

A decir de Sotomarino (2010) “[l]a tenencia constituye característica importante de la patria potestad; pese a involucrar, como indica D'ANTONIO, un elemento puramente material y fáctico, representa compartir la vida diaria. Con ello, es innegable que se moldea también el ejercicio real y cotidiano de la patria potestad” (p. 512).

Se tiene entonces que la tenencia, como instituto proveniente de la patria potestad, que es entendido como aquel derecho y deber del o los padres a través del cual pueden realizar una convivencia física y directa con el hijo.

Normalmente, y como consecuencia de la separación y/o divorcio, la tenencia es dispuesta a favor de uno de los padres, siendo que el otro se verá beneficiado con un régimen de visitas.

Sobre ello, Varsi (2010) refiere que “[c]omo es de verse, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica” (p. 644).

Respecto al ejercicio de este derecho y deber, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes determina lo siguiente:

“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.”

Colegimos que la tenencia puede ser determinada sea por acuerdo entre los padres, el cual puede constar en un acta de conciliación, o dispuesto mediante mandato judicial, contenido en una sentencia.

Debe precisarse que la tenencia puede ser variada, conforme a los alcances dispuestos por el artículo 82 del mismo Código citado.

2.2.3. Régimen de visitas

2.2.3.1. Definición

En cuanto al régimen de visitas, Varsi (2010) señala que “El régimen de visitas es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, determinando el desarrollo emocional y físico así como la consolidación de la relación paterno-filial. Visitar implica jurídicamente estar, supervisar, compartirse, en fin, responsabilizarse plenamente, por lo que es más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita” (p. 221).

Agrega el mismo autor que, respecto del padre que no ejerce la tenencia, “este derecho lo ejerce el padre que no goza de la tenencia de su hijo, de manera que se le faculta tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, recreación o de relación con el progenitor con quien vive” (p. 222).

No obstante, Varsi (2010) mantiene cierta reserva respecto a la nomenclatura del régimen de visitas, así señala que “[l]a denominación utilizada, régimen de visitas, se condice con el objetivo de la institución que es el de estar en contacto y plena comunicación con el menor, de allí que sea más conveniente denominarlo derecho a mantener las relaciones personales. Como dice, debe superarse el inconveniente conceptual con una denominación más real como es el derecho a la adecuada comunicación” (p. 224).

Podemos señalar que el régimen de visitas es el derecho y deber del padre que –por regla– no ha sido favorecido con la tenencia para poder tener un contacto directo con su hijo en las fechas, horas y espacios señalados, de tal forma que se contribuya con su adecuada formación emocional y psicológica.

A decir de Varsi (2010), el régimen de visitas incorpora los siguientes casos especiales:

- La comunicación, que puede ser física o escrita, telefónica o epistolar.

- El padre debe velar por el desarrollo de su hijo, por lo que tiene la facultad de vigilar y enterarse de su educación, formación y desarrollo integral.
- El régimen de visitas no indica una exclusividad de permitir al padre entrar y estar en el domicilio del menor, sino que también faculta al progenitor a externar al niño de dicho lugar, permitiendo una relación paterno-filial fluida y plena, espontánea e intensa, así como la correspondiente intimidad entre padres e hijos que no viven juntos” (p. 226).

Se concluye que el régimen de visitas permite el contacto directo con el hijo, logrando una adecuada comunicación con la posibilidad de externar al niño de su hogar en aras de promover el ejercicio de sus derechos, como es el caso de la recreación.

A decir de Varsi (2012), el régimen de visitas comprende las siguientes características:

“- Titularidad compartida. Es un derecho que le corresponde al visitado y al visitante (ambos beneficiados), debiendo la persona que tiene bajo su tenencia o guarda al menor (se le suele llamar gravado) dar las facilidades para su realización. Es un derecho que no es exclusivo de ninguna de las partes, aunque el interés superior del niño le otorgue una mejor posición al menor.

Como esencia del desarrollo de las relaciones humanas este derecho es de necesidad para quienes tienen vínculos familiares. De

esta manera, ninguno de los progenitores puede monopolizar el derecho de integración familiar. Sea el padre o la madre, quien goce del ejercicio directo de la patria potestad, le corresponde facilitar al otro la comunicación con la prole. Es así como el “otro progenitor” (aquel que no tiene al hijo día a día) tiene el derecho de mantener las relaciones personales que le permitan participar, cautelar y vigilar el derecho integral del hijo, mientras que el menor tiene el derecho al goce de esa mirada vigilante y ese cariño alterno de aquel familiar con quien no comparte la mayor parte de su vida.

- *Temporalidad y eficacia. El transcurso del tiempo es un factor que debilita las relaciones familiares, dado que aquellas personas que no se relacionan pierden el afecto y no permiten una integración real y natural. De allí que este derecho merece ser cautelado y ejercitado de manera rápida y perentoria.*

- *Indispensable. Dada su naturaleza de derecho, el mismo no puede ser cedido ni renunciado, pero puede ser reglamentado por casos especiales limitados o restringidos por la ley.*

- *Amplio. Teniendo como esencia las relaciones humanas, en general, y familiares, en especial este derecho les corresponde a todas aquellas personas que requieran relacionarse con otras, a efectos de lograr la consolidación de la familia (sea amplia o nuclear)” (p. 314).*

Por su parte, en cuanto a los requisitos para su establecimiento (Varsi, 2012, pp. 320 y 321) se señala lo siguiente:

- La existencia de una relación familiar con el menor o, de ser el caso, una relación afectiva.
- Demostración del cumplimiento de una obligación alimentaria.
- El interés del menor.
- La edad del menor.
- La opinión del menor.
- La calidad de quien lo solicita.

A este respecto, corresponde señalar que la confluencia de estos requisitos permitirá al juzgador (en su caso) disponer el régimen de visitas a favor de quien lo solicita.

Cabe agregar que, al amparo del artículo 88 del Código del Niño y del Adolescente, el régimen de visitas puede ser ejercido por los familiares consanguíneos hasta el cuarto grado, en caso se presente el fallecimiento de uno de los padres.

2.2.3.2. Determinación y sus formas

Sobre ello, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes refiere lo siguiente:

“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. Si alguno de los padres

hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

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 con las circunstancias, en resguardo de su bienestar.”

De la cita se entiende que los padres tienen el derecho de visitar a sus hijos y lograr los fines ya señalados líneas arriba, para lo cual podrá determinarse un régimen de visitas de las siguientes maneras:

- Acuerdo entre las partes, o
- Por disposición judicial.

Respecto a la primera manera de determinar un régimen de visitas, tenemos que los padres pueden llegar a un acuerdo sobre tales efectos. Este acuerdo debe constar en un acta de conciliación.

Cabe la pregunta, ¿puede realizarse una transacción respecto al régimen de visitas? Al respecto, el artículo 1305 del Código Civil prescribe lo siguiente:

“Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.”

Teniendo en consideración que un derecho patrimonial es aquel que de alguna forma puede ser valuable dinerariamente, resulta evidente que el régimen de visitas no es un derecho de naturaleza patrimonial, por tanto, es intransigible.

Se tiene entonces que el régimen de visitas sólo puede ser objeto de acuerdo, siempre que conste en un acta de conciliación extrajudicial, pues a los efectos del artículo 7 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, si resulta ser una materia que pueda ser sometida a conciliación, juntamente con la tenencia.

Por su parte, en cuanto a la segunda manera de determinar el régimen de visitas, cualquiera de los padres (particularmente aquel que no fue beneficiado con el régimen de visitas, aunque no únicamente) puede iniciar un proceso judicial ante el juez de familia para que mediante sentencia se fije un régimen de visitas.

Sobre ello, el artículo 89 del Código de los Niños y Adolescentes determina lo siguiente:

“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.”

El artículo citado no solamente permite al potencial actor solicitar judicialmente un régimen de visitas definitivo, sino que podría pretender que el juez otorgue uno de naturaleza provisional, por lo que debemos entender que estamos frente a una medida cautelar de naturaleza anticipada que permitirá, una vez comprobados los requisitos establecidos por el Código Procesal Civil, permitir las visitas del padre demandante mientras el proceso judicial sigue su trámite correspondiente.

El trámite de la medida cautelar temporal sobre el fondo tiene su fundamento en el artículo 677 del Código Procesal Civil, cuyo tenor es el siguiente:

“Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.

Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53.”

Se advierte la posibilidad no sólo de obtener una sentencia que fije un régimen de visitas, sino una decisión que permita obtenerla de forma provisional mientras el proceso judicial sigue en giro, el cual –como es

sabido– puede llevar un tiempo considerable y mientras ello ser latente el peligro de generar un daño emocional y psicológico irreparable para el menor.

Debe considerarse que el régimen de visitas puede ejercerse tanto dentro del inmueble en el que el menor vive como fuera de éste, considerando a este último supuesto como externación, siempre que se en el marco del acuerdo conciliatorio o de la sentencia judicial correspondiente.

Finalmente, el artículo 90 del Código de los Niños y Adolescentes dispone lo siguiente:

“El Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique.”

De lo que se concluye que el régimen de visitas no solamente puede ser solicitado por el padre a quien no se le favoreció con la tenencia, sino por los parientes consanguíneos (hasta el cuarto grado) y afines (hasta el segundo grado), así como de los terceros no parientes. Todo ello en virtud del interés superior del niño.

Claro está, la regla es que la solicitud de régimen de visitas realizada por las personas descritas en el párrafo precedente deba ser interpuesta en los casos en los que exista incapacidad del padre para cumplir un régimen de visitas o éste haya muerto.

Finalmente, a decir de Varsi (2012, pp. 221 y 222) la tenencia puede ser determinada por acuerdo entre las partes, por sentencia judicial en un proceso en el que haya sido solicitada o de oficio en aquellos casos en los que, en aplicación del principio del interés superior del niño corresponde fijar un régimen de esta naturaleza (en los procesos de divorcio, por citar un ejemplo).

2.2.3.3. Incumplimiento y consecuencias

Sobre ello, Varsi (2010) refiere que “[l]a privación de las visitas solo debe tener lugar por causas graves, tomándose en consideración que tanto como un derecho de los padres es un derecho del hijo el estar con ellos, lo cual debe protegerse y, sobre todo, promocionarse” (p. 520). Agrega el mismo autor que “[p]ara el cumplimiento de este régimen se exige la demostración de una obligación esencial como son los alimentos o, en su defecto, acreditar su imposibilidad (innovación del artículo 88, del nuevo CNA), pues no puede pretenderse ejercer los derechos correlativos ni alegar un cariño cuya inexistencia se demuestra” (p. 521).

Ahora, el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes señala lo siguiente:

“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.”

Sobre ello, Varsi (2010) ha señalado que “[e]n nuestro medio falta robustecer esta institución, pues si bien el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 91) indica 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, es muy común que, decretado un régimen de visitas, muchas veces no es respetado por la parte que tiene la tenencia del menor, de manera tal que, como sucede en otras legislaciones, el no permitir el cumplimiento del régimen debería determinar un delito que podría denominarse no presentación del hijo” (p. 237).

Ahora bien, es preciso identificar que supuestos podría generar un incumplimiento del régimen de visitas, cuáles son aquellos que están regulados por la normativa peruana y cuáles sus consecuencias, y tratar de identificar consecuencias para aquellos supuestos no regulados por el derecho peruano, a partir de los diferentes métodos de interpretación jurídica, además del apoyo de la legislación comparada.

Respecto a los supuestos que podrían generar el incumplimiento del régimen de visitas

Como ya ha sido señalado, el régimen de visitas puede haber sido determinado mediante acuerdo conciliatorio o por decisión judicial. En tal sentido se tiene:

- El incumplimiento del acuerdo conciliatorio sobre régimen de visitas por parte del padre no favorecido con la tenencia.

- El incumplimiento del acuerdo conciliatorio sobre régimen de visitas por parte del padre favorecido con la tenencia (al no otorgar las facilidades y condiciones suficientes para que el cónyuge no favorecido con la tenencia pueda ejercer su derecho de régimen de visitas).
- El incumplimiento de la sentencia judicial sobre régimen de visitas por parte del padre no favorecido con la tenencia.
- El incumplimiento de la sentencia judicial sobre régimen de visitas por parte del padre favorecido con la tenencia (al no otorgar las facilidades y condiciones suficientes para que el cónyuge no favorecido con la tenencia pueda ejercer su derecho de régimen de visitas).

Respecto a los supuestos regulados por la normativa peruana

De la lectura del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes el único supuesto explícitamente regulado es:

- El incumplimiento de la sentencia judicial sobre régimen de visitas por parte del padre no favorecido con la tenencia.

El artículo señalado señala que la consecuencia por el incumplimiento son los “apremios de ley” o la variación de la tenencia.

Debemos tener en cuenta que, si el régimen de visitas es otorgado a favor del cónyuge no favorecido con la tenencia, entonces el hecho de que éste incumpla con el aludido régimen no podría dar lugar a la variación de

la tenencia, pues no la tuvo. Lo que nos permite colegir que, en vía de interpretación (pues el texto de la ley no es preciso), la variación de la tenencia es una consecuencia para aquel padre que no otorga las facilidades y condiciones suficientes para que el otro padre pueda ejercer libre y respetuosamente su derecho al régimen de visitas.

Aún más, queda por entender ¿a qué se refiere el legislador con los “apremios de ley”?

Bien podría ser un requerimiento del cumplimiento de su providencia o, en caso de resistencia, comunicar al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal basado en el tipo penal de desobediencia a la autoridad.

Al final, puede colegirse en este apartado que los dos supuestos de incumplimiento basados en la determinación judicial del régimen de visitas se encuentran regulados por el dispositivo normativo del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, uno de forma explícita, y el otro en vía de interpretación literal y lógica de la norma.

Respecto a los supuestos no regulados por la normativa peruana

Como el lector podrá colegir, existen dos supuestos de incumplimiento que no se encuentran regulados por la normativa peruana y se basan en el acuerdo conciliatorio sobre el régimen de visitas.

Al respecto, el artículo 1 de la Ley N° 24.270 sancionada en Argentina el 03 de noviembre de 1993 prescribe lo siguiente:

“Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.”

El artículo 2 de la citada Ley dispone:

“En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.”

Asimismo, el artículo 3 menciona lo siguiente:

“El tribunal deberá:

- 1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.*
- 2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.*

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.”

Por su parte, el numeral 72.3 del artículo 72 del Código Penal argentino señala:

“Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

(...)

3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.”

De las citas realizadas a las normas argentinas se concluye la posibilidad del ejercicio de la acción penal en aquellos casos en los que no se permita el ejercicio del derecho al régimen de visitas por cualquiera de los padres (sea por aquel beneficiado por el régimen de visitas como aquel beneficiado con la tenencia).

Sin embargo, la Ley N° 27.240, de naturaleza complementaria al Código Penal, también prevé las medidas de requerimiento necesarias antes de concretar la acción penal contra el padre renuente.

Claro que el supuesto normativo es subjetivamente más extenso, pues no sólo incorpora a los padres sino a cualquier tercero.

En España, la Ley 1/2000 sancionada el 07 de enero de tal año, prescribe en su artículo 776 lo siguiente:

“Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta ley, con las especialidades siguientes: 2.ª En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.

3.ª El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas.”

De la cita se deduce que el incumplimiento al régimen de visitas puede ser sancionado con multa coercitiva en contra de quien deba ejercer dicho derecho o la entrega del menor a favor de la autoridad. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que diere a lugar por el delito de desobediencia. Es de precisar que la multa, por su naturaleza, debe ser pagada a favor del Estado.

Ahora, retornando al análisis del tema de investigación, creemos que las medidas que el derecho comparado nos otorga salidas efectivas para lograr salvaguardar la necesidad de desarrollo emocional y psicológico del menor cuando se incumple el régimen de visitas. Así podríamos señalar lo siguiente:

- Cuando se trate del régimen de visitas dispuesto por acuerdo conciliatorio o determinado judicialmente, el incumplimiento por parte del padre beneficiado con tal derecho generará que el otro padre inicie un proceso para que el juez requiera su cumplimiento dentro de un plazo razonable, bajo apercibimiento de imponer multas coercitivas.
- Cuando se trate del régimen de visitas dispuesto por acuerdo conciliatorio o determinado judicialmente, el incumplimiento por parte del padre beneficiado con la tenencia generará que el otro padre inicie un proceso para que el juez disponga requiera que se otorguen las facilidades y condiciones suficientes, bajo apercibimiento de determinar la variación del régimen de visitas.

En los casos en los que el régimen de visitas haya sido determinado judicialmente o que no se cumpla con el requerimiento de otorgar las facilidades y condiciones suficientes, no habrá perjuicio respecto a la responsabilidad que diere lugar por el delito de desobediencia a la autoridad, esto es, de conformidad a lo señalado por el artículo 368 del Código Penal peruano.

2.2.4. Síndrome de alienación parental

A decir de Pineda (2018) “[e]l síndrome de alienación parental (SAP) es un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo.” (p. 109).

Se tiene que este síndrome se gesta en un contexto en el que los padres tienen dispuestas, las cuales pueden motivarse en la tenencia, régimen de visitas y/o prestación de alimentos, incentivando en la menor animadversión respecto a uno de los padres (generalmente, contra quien no tiene la tenencia o custodia del menor).

Este síndrome ha tenido un gran abordaje por parte de la jurisprudencia peruana, ubicando las principales sentencias:

- Casación N° 2067-2010-Lima.
- Casación N° 5138-2010-Huaura.
- Casación N° 5008-2013-Lima.
- Casación N° 3767-2015-Lima.

De las resoluciones citadas, nos llama la atención la sentencia N° 5138-2010-Huaura, a partir de la cual se otorga un régimen de visitas a favor de la madre (lo que permite entender que la tenencia la ejerce el

padre) y ordena que ambos padres acudan a terapias que les ayuden en su personalidad y permitan recuperar la confianza, restableciendo una buena relación familiar.

2.3. Definición de términos básicos

Advertimos al lector que, con base a la doctrina, legislación y jurisprudencia analizada, las definiciones establecidas corresponden estrictamente al autor de la presente investigación:

Derechos fundamentales: Son aquellas facultades que –generalmente– gozan de reconocimiento constitucional y que permiten a las personas poder desarrollarse de forma adecuada y digna. Para el objeto de la presente investigación, los derechos fundamentales que son materia de análisis están relacionados a la adecuada alimentación, educación, recreación, vivienda, salud, integridad y a la familia.

Interés superior del niño: Es aquel principio que determina que la satisfacción de las necesidades del menor debe estar por encima de cualquier interés particular.

Patria potestad: Es el derecho y deber por el cual se debe cuidar del hijo, así como de su patrimonio.

Régimen de visitas: Es el derecho y deber por el cual corresponde tener la presencia física y temporal sobre el menor para lograr la satisfacción de sus necesidades emocionales y psicológicas que le permitan un adecuado desarrollo.

Responsabilidad penal: Es la sujeción que tiene una persona respecto a los actos cometidos y calificados por la autoridad jurisdiccional como delitos, correspondiéndole una sanción o sanciones.

Sentencia judicial: Es la decisión emitida por el órgano jurisdiccional declarando un derecho, constituyendo una situación jurídica o imponiendo una condena.

Tenencia: Es el derecho y deber a estar en contacto directo con el menor para lograr los propósitos de la patria potestad.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Método y alcance de la investigación

El tipo de investigación que se adapta al presente trabajo es el descriptivo-ex post facto de corte transeccional.

El enfoque de la presente investigación será cualitativo, ya que se parte del análisis de los argumentos esgrimidos por la autoridad judicial en las sentencias emitidas en los procesos de régimen de visitas y tenencia, para luego proceder a su interpretación.

3.2. Diseño de la investigación

El diseño de investigación es no experimental a un nivel observacional y correlacional, de corte transversal o sincrónico.

3.3. Fuente de información para su análisis

Teniendo en consideración la naturaleza cualitativa de la presente investigación, el número de sentencias emitidas por la Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia en los procesos vinculados a la tenencia y al régimen de visitas en los años 2016 y 2017 es de cinco (5).

Las resoluciones judiciales han sido identificadas con ayuda del buscador incorporado en el portal web del Poder Judicial: <http://www.pj.gob.pe>, logrando obtener el número señalado en el párrafo precedente.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.4.1. Técnicas de recolección de datos

La técnica de recolección de datos a utilizar es el Análisis Documental sobre las sentencias judicial objeto de análisis.

3.4.2. Instrumentos de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos a utilizar es la Ficha de Registro de Datos.

3.4.3. Técnicas de procesamiento de datos

Teniendo en consideración que el enfoque de la investigación es cualitativo y que el instrumento de recolección es la Ficha de Registro de Datos, el procedimiento de análisis de la información se realizará a partir del estudio de cada sentencia judicial emitida por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia en la resolución de procesos relacionados a la tenencia y régimen de visitas en los años 2016 y 2017.

Con la ayuda de los métodos jurídicos de interpretación exegético y sistemático, de la extracción científico-normativa de la información se identificarán los elementos de la presente investigación, lográndose contrastar las hipótesis formuladas, de ser el caso.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El presente capítulo se trabajará sobre la base del objetivo general, a decir:

“Determinar cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017.”

Ahora bien, del análisis de la información jurisprudencial obtenida, corresponderá identificar aquellos elementos necesarios para lograr todo objetivo que la investigación se propone.

4.1. Resultados del tratamiento y análisis de la información

Los objetivos específicos refieren lo siguiente:

“Identificar cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció dicha

institución y que han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017.”

“Identificar cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre a cuyo favor se estableció la tenencia y que han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017.”

Del análisis de la casación N° 1252-2015-Lima Norte emitida el 04 de mayo de 2016, podemos identificar los siguientes resultados:

Tabla 1.*Análisis de la casación N° 1252-2015-Lima Norte.*

DATOS GENERALES DE LA SENTENCIA	
SENTENCIA	1252-2015-Lima Norte
AUTORIDAD JUDICIAL	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
MATERIA	Tenencia y custodia de menor
IMPUGNANTE	Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes
PRESENTACIÓN DE FUNDAMENTOS	
- “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.”	
DECISIÓN	
“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 (...).”	

Fuente: Elaboración propia

La resolución materia de análisis tiene como fundamento la pretensión de tenencia y custodia de menor, señalando que se ha emitido una sentencia de manera incongruente, pues ha dispuesto un régimen de tenencia diferente a aquel que ha sido pretendido por los litigantes, por lo que ordena se emita una nueva sentencia con arreglo a ley.

Por su parte, no puede advertirse alguna referencia al régimen de visitas, por lo que queda por suponer que dicho régimen será otorgado a favor de quien no obtenga la tenencia, salvo que la tenencia se haya dispuesto de forma compartida, lo que daría lugar a un régimen de visitas para ambos padres, sin que cause perjuicio en la custodia de alguno de ellos.

La afirmación dispuesta en el párrafo anterior no tiene un fundamento jurídico, por lo que sobre la base del principio de interés superior del niño damos cuenta de dichas reglas, esto es, que cuando la autoridad judicial emite una sentencia determinando solamente la tenencia, corresponde presumir que el régimen de visitas corresponderá al padre o pariente que no se ha visto favorecido con tal institución.

Del análisis de la casación N° 1769-2015-La Libertad emitida el 26 de abril de 2016, podemos identificar los siguientes resultados:

Tabla 2.
Análisis de la casación N° 1769-2015-La Libertad.

DATOS GENERALES DE LA SENTENCIA	
SENTENCIA	1769-2015-La Libertad
AUTORIDAD JUDICIAL	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia
MATERIA	Tenencia y custodia de menor
IMPUGNANTE	Ana María Silva Sánchez de Watanabe
PRESENTACIÓN DE FUNDAMENTOS	
- “SÉTIMO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional y dogmático, se advierte que si bien en principio la tenencia debe ser ejercida por los padres, ello debe estar en consonancia con el interés superior del niño y por tanto a su desarrollo y formación integral de su personalidad en el seno familiar. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, con mayor razón si en el presente caso la menor ha perdido a su madre pues ha fallecido y es el padre quien solicita su tenencia, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar violación a su derecho a tener una familia; que el mero transcurso del tiempo en caso de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volverse perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos.” - “OCTAVO.- Además, como se ha establecido cualquier decisión relativa a la separación del niño de sus padres o de su familia debe ser excepcional y estar justificada, y en el presente caso se ha determinado de autos que el demandante como un ingeniero, con un trabajo estable, un padre preocupado, amoroso y responsable; siendo ello así, no existiendo causa objetiva para sancionarlo con la privación de la convivencia con su pequeña hija, fruto del amor con la que en vida fue Yuriko Watanabe Silva; no presentándose por ende, las circunstancias excepcionales para que Ivanka sea separada de su familia natural; por consiguiente, se concluye que no se ha infringido norma alguna por lo que se debe desestimar las denuncias formuladas.” - “NOVENO.- Que respecto del régimen de visitas debe señalarse que de conformidad con el artículo 84 inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, para el que no obtenga la custodia del niño, niña o adolescente, dicho precepto normativo, resulta imperativo, inclusive en el caso que no se haya peticionado, conforme así lo han establecido ejecutorias supremas al respecto, pues ello obedece a una cabal comprensión del verdadero significado del Principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, siendo ello así, en vía de integración de la sentencia de vista se fija un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos, la demandada Ana María Silva Sánchez de Watanabe y su cónyuge, con la finalidad de afianzar los lazos parentales entre los abuelos y nieta, conforme se muestran en las fotografías de folios cincuenta y ocho a ciento tres, todo ello en armonía con al mejor interés de la niña Ivanka, debiendo el demandante permitir, respetar y hacer fluido el régimen de visitas, a fin de consolidar la personalidad de la pequeña Ivanka.”	
DECISIÓN	
“A) Por estos fundamentos de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ana María Silva Sánchez de Watanabe a fojas cuatrocientos noventa y nueve; en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fecha trece de octubre de dos mil catorce, de fojas cuatrocientos cuarenta y ocho, que revoca la sentencia apelada de fecha veintidós de julio de dos mil catorce de fojas trescientos sesenta y cuatro, que declara infundada la demanda sobre tenencia de la niña Ivanka Quevedo Watanabe; reformándola, declaran fundada la demanda; en consecuencia, ordenan que la demandada Ana María Silva Sánchez de Watanabe, entregue a la menor a su padre biológico, Josué Quevedo Villalobos, en el plazo de quince días, naturales, bajo apercibimiento de imponerse las medidas correctivas y disciplinaria, que el A quo, en ejecución de sentencia, establezca. B) INTÉGRESE la sentencia de vista, fijándose un régimen de visitas a favor de los abuelos por parte de madre, la demandada Ana María Silva Sánchez de Watanabe y su cónyuge, quien podrá visitar a su nieta Ivanka Quevedo de Watanabe en el hogar del demandante (sin externamiento) los martes, jueves y sábado desde las 3 de la tarde hasta las 6 de la tarde.”	

Fuente: Elaboración del autor.

Esta resolución suprema también se fundamenta en el análisis de la pretensión de tenencia, disponiendo que tal instituto debe ser otorgado a favor de quien es su padre biológico, quien a su vez ha demostrado responsabilidad y afecto respecto de la menor, por lo que corresponde que sea entregada a favor de éste.

De lo referido puede extraerse un sentido interpretativo importante, el vínculo biológico no tiene porqué ser una condición para determinar la tenencia, siendo la relación afectiva un fuerte elemento para que el juez establezca ese vínculo, aun cuando no el pretendiente no tenga una relación biológica con el menor.

Ahora bien, la sentencia también establece un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos, aun cuando ésta no haya sido solicitada en el trámite del proceso judicial. Es decir, en virtud del principio del interés superior del niño, el supremo tribunal ha hecho a un lado la congruencia procesal y ha dispuesto de un régimen de visitas a favor de los abuelos.

Lo señalado reafirma lo señalado en el análisis de la anterior sentencia, ya que la autoridad judicial (en afirmación del activismo judicial) extrajo una regla del principio de interés superior del niño para cubrir un espacio que los litigantes dejaron pasar (particularmente, quien no se ha visto favorecido con la tenencia).

Del análisis de la casación N° 2309-2015-Lima Sur emitida el 12 de abril de 2016, podemos identificar los siguientes resultados:

Tabla 3.*Análisis de la casación N° 2309-2015-Lima Sur.*

DATOS GENERALES DE LA SENTENCIA	
SENTENCIA	2309-2015-Lima Sur
AUTORIDAD JUDICIAL	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia
MATERIA	Tenencia y custodia de menor
IMPUGNANTE	María Kathia Reinoso Mogrovejo
PRESENTACIÓN DE FUNDAMENTOS	
- “4.11. Por lo que, estando a lo expuesto precedentemente, se acredita que si bien ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones favorables para ejercer la tenencia de los menores, sin embargo, no se pueda dejar de advertir que el tiempo del padre se ve limitado por su trabajo, lo cual no le permite prestarle un mayor nivel afectivo a sus hijos y de cuidado inmediato, menos atender personalmente sus necesidades educativas y de formación, y que han sido asumidas por familiares del citado demandado, mientras que la madre dispone del tiempo necesario para cubrir tales necesidades de manera personal, brindándoles seguridad, asistencia y protección, y de esta manera asegurar el desarrollo integral de los menores.” - “4.12. Ello, además encuentra respaldo en lo señalado en el Protocolo de Pericia Psicológica N° 000365-2014-PSC-VF, realizado a la demandante, en el cual se especifica que: “(...), la examinada presenta un vínculo afectivo desarrollado con sus hijos, se preocupa por ellos y su bienestar, ejerce su rol materno de forma positiva, cuidando brindarles seguridad, asistencia y protección. Reconoce en cada uno de ellos sus características individuales y denota esfuerzos por mantener el trato estrecho con los mismos a pesar de las circunstancias actuales”; y en la voluntad de los menores, en virtud de lo establecido en los artículo 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, quienes no han manifestado rechazo alguno a la madre, por el contrario también han demostrado apego hacia su progenitora, conforme así se aprecia por las declaraciones brindadas por estos, a folios ochenta a ochenta y uno.”	
DECISIÓN	
“5.1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante María Kathia Reinoso Mogrovejo, a folios cuatrocientos diecinueve, de fecha 15 de junio de 2015; en consecuencia: NULA la sentencia de vista del 15 de mayo de 2015, de folios trescientos ochenta y seis, emitida por la Sala Civil de Chorrillos de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur; actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia de primera instancia de fecha 10 de octubre de 2014, a folios doscientos cincuenta y ocho, que declaró fundada la demanda de folios cuatro y siguientes, y dispuso que la tenencia y custodia de los menores Carlos Alfredo Pérez Reinoso, Mauricio Alberto Pérez Reinoso y María Fernanda Pérez Reinoso, deberá ser ejercida por su madre María Kathia Reinoso Mogrovejo, con lo demás que contiene.”	

Fuente: Elaboración del autor.

En la resolución bajo análisis, la Sala Suprema determina que la tenencia sea asumida por la madre, teniendo en consideración que limitado tiempo que tiene el padre para cubrir las necesidades de los menores.

En razón a ello, se hace previsible que se fijará un régimen de vistas a favor del padre, el mismo que podrá ser determinado por el acuerdo de las partes o mediante sentencia judicial.

Sin embargo, como ya ha sido anotado, la autoridad judicial bien pudo establecer ese régimen de visitas y así evitar la incertidumbre (particularmente para el menor) de un nuevo proceso judicial, esto es, en caso los padres no puedan ponerse de acuerdo sobre ello en la vía conciliatoria.

Del análisis de la casación N° 2702-2015-Lima emitida el 06 de mayo de 2016, podemos identificar los siguientes resultados:

Tabla 4.*Análisis de la casación N° 2702-2015-Lima.*

DATOS GENERALES DE LA SENTENCIA	
SENTENCIA	2702-2016-Lima
AUTORIDAD JUDICIAL	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
MATERIA	Variación de tenencia
IMPUGNANTE	Alfredo Mario Chu Morales
PRESENTACIÓN DE FUNDAMENTOS	
- “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 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 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.”	
DECISIÓN	
“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.”	

Fuente: Elaboración del autor.

La resolución en análisis se fundamenta en la pretensión de variación de tenencia con motivo del incumplimiento del régimen de visitas establecido con anterioridad.

Se infiere que la madre viajó con la menor a los Estados Unidos en aparente incumplimiento del régimen de visitas, lo que llevó al padre a iniciar el proceso judicial para la variación de la tenencia, esto es, de conformidad al artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes.

Ahora bien, la Sala Suprema reconoce que el *ad quem* si hace un análisis de dicho incumplimiento, no obstante, aun así, se dispone que la tenencia deba ostentarla la madre, pues la menor ha pasado toda una vida con ella, y disponer un cambio de tenencia podría ser perjudicial para los intereses de la menor.

Asimismo, cabe identificar que la Sala contraría lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes en virtud del principio del interés superior del niño, niña y adolescente. No obstante, son los artículos IX y X del Título Preliminar del aludido Código los que permiten flexibilizar las reglas aplicables (particularmente, aquella contenida en el artículo 91 del Código) para lograr una solución más saludable al desarrollo de la menor, lo que en efecto ha sucedido.

Del análisis de la casación N° 4311-2015-Lima emitida el 17 de mayo de 2016, podemos identificar los siguientes resultados:

Tabla 5.
Análisis de la casación N° 4311-2016-Lima.

DATOS GENERALES DE LA SENTENCIA	
SENTENCIA	4311-2015-Lima
AUTORIDAD JUDICIAL	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia
MATERIA	Variación de tenencia
IMPUGNANTE	Rosa Silvia León Roldán
PRESENTACIÓN DE FUNDAMENTOS	
- “4.6. En este contexto, la Sala Superior se equivoca al considerar que el juez de primera instancia ha emitido un pronunciamiento extra petita al disponer un régimen de visita más amplio a favor de la demandante, pues si bien es cierto, ese extremo no había sido materia de pretensión; empero, el órgano jurisdiccional tiene el deber de salvaguardar el derecho de los niños involucrados en este tipo de procesos, más aún si existe una norma imperativa internacional, que ha sido reconocida en sede nacional que obliga al juez a establecer un régimen de visitas a favor del padre o la madre que no obtenga la tenencia de sus hijos conforme los dispone el artículo 84 inciso c) del CNyA. Asimismo, la disposición 88 en el último párrafo del CNyA, prescribe que: “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 Adolescente y podrá variarlo de acuerdo con las circunstancias, en resguardo de su bienestar.” - “4.7. Siendo esto así, de la revisión de autos y de las pruebas actuadas, se aprecia que, si bien es cierto, la madre concilió un régimen de vistas, este es limitado, y ya no resulta conveniente para el desarrollo integran y bienestar de los hijos, estando a las conclusiones de las evaluaciones psicológicas, realizadas a ambos menores, y al tenor de las entrevistas sociales realizadas, que dan cuenta de la afectación emocional que vienen padeciendo por la separación de sus progenitores, agravado por la conducta obstruccionista del padre, que no propició el acercamiento necesario con la madre para evitar tales problemas, por lo que, lo resuelto por el Juez de Primera Instancia, resultará más favorable a los derechos del adolescente Alex Víctor Flores León y de la niña Ximena Alexandra Flores León, para lo cual necesitan un régimen de visitas amplio, inclusive con externamiento, a favor de la madre, en estricta observancia del principio del interés superior del niño.”	
DECISIÓN	
“5.1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante rosa Silvia León Roldán; en consecuencia: CASARON la sentencia de vista del 11 de setiembre de 2015, en cuanto declara nulo el extremo impugnado de la sentencia del 14 de noviembre de 2014, por consiguiente, sin efecto el régimen de visitas dispuesto por el A quo, manteniendo vigencia el régimen de visitas que conciliaron. 5.2. Actuando en sede instancia: CONFIRMARON la sentencia de primera instancia del 14 de noviembre de 2014, que dispone un régimen de visitas con externamiento para la demandante, con lo demás que ahí contiene.”	

Fuente: Elaboración del autor.

La resolución citada nuevamente se sitúa en la controversial posición de determinar un régimen diferente a aquel que es materia de análisis. No obstante, logra fundamentarlo de mejor manera en los artículos 84 y 88 del Código de los Niños y Adolescentes, los mismos que señalan que dicho régimen puede ser

variado teniendo en consideración las necesidades del menor, así como el principio del interés superior del niño.

De la muestra analizada, ésta es la sentencia que se acomoda de mejor al objeto de la presente investigación (aunque no resulta ser exacto), dando cuenta que el régimen de visitas puede estar sujeto a variación cuando el interés superior del niño lo condicione. Tal modificación puede darse en beneficio de quien fue favorecido con tal institución (cuando el menor precise de mayor atención por parte de dicho pariente) o en su perjuicio (cuando la asistencia del pariente no sea saludable).

En tal sentido, la Sala Suprema confirma la sentencia de primera instancia, la misma que establece un régimen de visitas más amplio a favor de la madre, lo que incluye externamiento.

4.2. Discusión de resultados

Tanto para la tenencia como para el régimen de visitas, las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia siempre han sostenido su razonamiento en la mejor satisfacción de las necesidades psicológicas, afectivas y materiales del menor, teniendo como norte el principio del interés superior del niño.

En razón a ello, las Salas Civiles Supremas han emitido pronunciamientos más allá de los cauces de las pretensiones de las partes, lo que calificaría a sus decisiones como sentenciad con incongruencia de naturaleza extra petita. Sin embargo, el principio antes aludido permite que el supremo tribunal emita un pronunciamiento que supere lo pretendido en el proceso, siempre que logre un mayor beneficio a los intereses del menor.

En circunstancias normales, un pronunciamiento extra petita es contrario a un estado constitucional de derecho, por lo que su nulidad es el único remedio.

No obstante, a criterio de la Corte Suprema de Justicia, cuando el interés superior del niño esté de por medio, la congruencia puede hacerse flexible y permitir otorgar mejores condiciones a favor del menor.

Por otra parte, en algún momento las Salas Civiles Supremas señalan tímidamente que el impedimento de uno de los padres al cumplimiento del régimen de visitas podría dar a lugar al establecimiento de un régimen más favorable para el padre perjudicado.

Además, debe señalarse que, en la muestra analizada, la jurisprudencia de las Salas Civiles (Permanente y Transitoria) de la Corte Suprema de Justicia no otorgan bastante claridad respecto a los remedios que podrían utilizarse frente al incumplimiento del régimen de visitas por el padre favorecido o frente al impedimento del cumplimiento por el otro padre.

Aun así, la muestra da cuenta de la preocupación que existe en nuestro supremo tribunal respecto a otorgar mejores condiciones a los menores en aquellos casos en los que los padres no puedan vivir juntos, sea por que se separaron, divorciaron y uno de ellos falleció.

Finalmente, es de precisar es posible establecerse un régimen de visitas a favor de familiares no progenitores o padres, siempre que ello colabore en la satisfacción afectiva y desarrollo de la personalidad del menor.

CONCLUSIONES

1. La tenencia es el derecho y deber por el cual el padre tiene una relación directa y física con el hijo respecto al cumplimiento de los deberes que pueda generar la patria potestad.
2. El régimen de visitas es el derecho y deber por el cual el padre no beneficiado con la tenencia puede estar en presencia directa, física y temporal con su hijo para colaborar en su desarrollo emocional y psicológico.
3. Pueden presentarse casos en los que el régimen de visitas sea incumplido por parte del padre a cuyo favor se dictó. Asimismo, pueden presentarse circunstancias en las que el padre que ostenta la tenencia no permita al otro padre (favorecido con el régimen de visitas) cumplir con el programa dispuesto mediante acuerdo conciliatorio previo o por determinación judicial.
4. El único dispositivo normativo que se pronuncia respecto al incumplimiento del régimen de visitas es el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual establece de forma poco clara cómo proceder frente al incumplimiento del régimen de visitas dispuesto, ya que sólo se sitúa en aquellos en los que dicho régimen ha sido determinado judicialmente.
5. El aludido dispositivo normativo no hace referencia explícita a los siguientes supuestos:
 - Que se trate del incumplimiento del régimen de visitas dispuesto mediante acta de conciliación.

- Que sea el padre favorecido por la tenencia quien no permita el cumplimiento del régimen de visitas.
6. Asimismo, el citado artículo 91 no permite tener claridad respecto a aquel escenario en el que deba variarse la tenencia, ya que en principio refiere a los “apremios de ley” y luego menciona la variación.

Es decir, si estamos frente a un escenario de incumplimiento del régimen de visitas dispuestos judicialmente, entonces se entenderá que existe una resistencia del padre (o madre) a cumplirlo. Frente a dicha resistencia, la ley menciona que deberá actuarse los “apremios de ley” pero también menciona a la variación de la tenencia. Por tanto, frente al incumplimiento (que reiteramos, es una resistencia al mandato judicial), ¿debemos entender que uno de esos “apremios” es la variación? ¿o existen otros?

7. Tampoco refiere si, en caso de incumplimiento del régimen de visitas, existen consecuencias de naturaleza administrativa, civil o penal.
8. Puede identificarse que las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia otorgan gran importancia al principio del interés superior del niño al momento de emitir un pronunciamiento sobre pretensiones referentes a la tenencia y el régimen de visitas, siempre buscando una mejor satisfacción de los intereses del niño, niña y/o adolescente.
9. Con base en ello, también la Corte Suprema de Justicia pueden flexibilizar el principio de congruencia procesal, llegando al extremo de emitir un pronunciamiento extra petita si con ello se logra una mejor satisfacción de los intereses del niño, niña y/o adolescente.

RECOMENDACIONES

1. Frente a la falta de precisión de las disposiciones normativas se recomienda la modificación del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, bajo la siguiente fórmula:

“El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente o por acuerdo conciliatorio dará lugar a los apremios de ley, incluyendo la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso.

En caso el Juez lo crea conveniente, y teniendo en consideración las circunstancias del caso, se podrá disponer el pago de una multa no mayor a 50 URP sobre quien incumplió el Régimen de Visitas, sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que se diera lugar.”

De esta forma se logran cubrir los siguientes espacios:

- Se disponen medidas respecto al incumplimiento de un acuerdo conciliatorio en el que se hayan fijados las reglas del régimen de visitas.
 - Se dispone la multa para el caso en el que sea el progenitor (padre o madre) favorecido con el régimen de visitas quien haya incumplido. Pues no sería consecuente que la variación de la tenencia sea una medida para aquellos casos en los que el cónyuge que tiene la custodia no sea el incumplidor.
 - Se deja a salvo cualquier responsabilidad que se haya generado al respecto.
2. No obstante, lo señalado anteriormente, se tiene en cuenta que la modificación normativa puede llevar a complejos y largos procesos ante la autoridad legislativa, por

lo que también sugerimos la aclaración del panorama de los “apremios de ley” a partir de un Pleno Casatorio.

El debate podría dar a lugar a acuerdo en el siguiente sentido:

1. *“El incumplimiento del Régimen de Visitas al que se refiere el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes puede llevar, entre otros, a la variación de la tenencia.*
2. *El padre incumplidor del régimen de visitas (y en cuyo favor fue establecido este instituto) podrá ser denunciado por resistencia o desobediencia a la autoridad de conformidad al artículo 368 del Código Penal.”*

Si bien no se cubren algunos espacios como aquel en el que incumplimiento provenga de un acuerdo conciliatorio, un acuerdo plenario en tal sentido puede ayudar a los magistrados a determinar claramente sus apercibimientos (o “apremios”).

Asimismo, se genera un desincentivo al incumplimiento del régimen de visitas o al no otorgamiento de las facilidades para su cumplimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, Benjamín. (2014).** *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Aguilar, Benjamín. (2017).** *Manual práctico para abogados de divorcio: un enfoque legal, doctrinario y casuístico jurisprudencial*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Albaladejo, Manuel. (2013).** *Curso de derecho civil: derecho de familia*. Madrid, España: Edisofer.
- Belluscio, Augusto. (2004).** *Manual de derecho de familia*. Tomos I y II. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Bossert, Gustavo. (2004).** *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Canales, Claudia. (2014).** *Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Coello, María. (2010).** Comentario al artículo 282. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 245-258.
- Gallegos, Yolanda. (2008).** *Manual de derecho de familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Hawie, Ilian. (2015).** *Manual de jurisprudencia de derecho de familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Hinostroza, Alberto. (2008).** *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Peralta, Javier. (2008).** *Derecho de familia en el Código Civil*. Lima, Perú: Idemsa.

Pineda, José. El síndrome de alienación parental en la legislación y jurisprudencia nacional. *Vox iuris*, 36(2), 107-120.

Plácido, Alex. (2010). Comentario al artículo 418. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 112-119.

Silva, José. (2016). *Código Civil. Jurisprudencia actualizada al 2016*. Lima, Perú: Ediciones Legales.

Sotomarino, Roxana. (2010). Comentario al artículo 420. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 341-356.

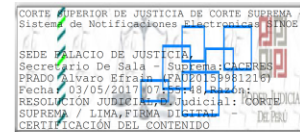
Varsi, Enrique. (2010). Comentario al artículo 423. En: *Código Civil Comentado*. Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 131-146.

Varsi, Enrique. (2012). *Tratado de derecho de familia*. Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

ANEXOS

Anexo 1: Casación 1252-2015-Lima Norte.....	71
Anexo 2: Casación 1769-2015-La Libertad	79
Anexo 3: Casación 2309-2015-Lima Sur	96
Anexo 4: Casación 2702-2015-Lima.....	108
Anexo 5: Casación 4311-2015-Lima.....	125

Anexo 1: Casación 1252-2015-Lima Norte



**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**

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

**CASACIÓN 1252-2015
LIMA NORTE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

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

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

**CASACIÓN 1252-2015
LIMA NORTE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

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

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

**CASACIÓN 1252-2015
LIMA NORTE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

(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

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

**CASACIÓN 1252-2015
LIMA NORTE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

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

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

**CASACIÓN 1252-2015
LIMA NORTE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

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

Anexo 2: Casación 1769-2015-La Libertad

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

La tenencia y el Interés superior del niño:

La tenencia es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo 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

Lima, veintiséis de abril de dos mil dieciséis.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número 1769 – 2015, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, emite la siguiente resolución:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Que se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada **Ana María Silva Sánchez de Watanabe** a fojas cuatrocientos noventa y nueve, contra la sentencia de segunda instancia de fecha trece de octubre de dos mil catorce, de fojas cuatrocientos cuarenta y ocho, que **revoca** la sentencia apelada de fecha veintidós de julio de dos mil catorce de fojas trescientos sesenta y cuatro, que declara **infundada** la demanda sobre tenencia de la niña Ivanka Quevedo Watanabe, de dos años y tres meses de edad; fija un régimen de visitas a favor del demandante Josué Quevedo Villalobos; **reformándola**, declararon **fundada** la demanda; en consecuencia, ordenaron que la demandada Ana María Silva Sánchez de

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

Watanabe, entregue a la menor a su padre biológico, Josué Quevedo Villalobos, en el plazo de quince días naturales, bajo apercibimiento de imponerse las medidas coercitivas y disciplinarias, que el *A quo*, en ejecución de sentencia establezca.

II. ANTECEDENTES.

1. DEMANDA.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

Por escrito de fojas diez, **Josué Quevedo Villalobos** interpone demanda contra Ana María Silva Sánchez de Watanabe, abuela materna de dicha niña, a fin de solicitar la tenencia de su menor hija Ivanka Quevedo Watanabe que a la fecha de la demanda tenía un año y seis meses. Funda su pretensión en lo siguiente: **1)** El accionante señala que producto de su relación con Yriko Watanabe Silva, procrearon a su hija, Ivanka Quevedo Watanabe, quien nació con fecha ocho de abril del año dos mil doce, precisando que, ambos padres han ejercido la patria potestad sobre su hija desde su nacimiento, pues en ningún momento han cedido el cuidado de su menor hija a otra persona, es por ello que, señala que, en ningún momento los padres entregaron a su menor hija a su abuela materna, la ahora demandada; **2)** Que con fecha, catorce de Junio del año dos mil trece, falleció la madre de su menor hija, luego de una penosa enfermedad (cáncer), precisando que, al momento del fallecimiento de Yuriko Watanabe Silva y madre de su menor hija, se encontraba viviendo en la casa de sus padres, debido a los cuidados que esta necesitaba por su enfermedad, pero resaltando el accionante que siempre la visitaba y estaba pendiente de ella y su menor hija; y, **3)** Que luego del fallecimiento de la madre de su hija, alega el actor que, consideró pertinente esperar unos días para que su hija se quede en la casa de su abuela, debido al

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

dolor causado por la muerte repentina de su hija, mientras preparaba su hogar para recibir a su hija; sin embargo, cuando llegó el momento de peticionar a la demandada, entregue a su hija, ella se negó a entregar a la niña, llegando al extremo de no permitir al accionante ver a su hija; que la conducta de la demandada es ilegítima, pues la demandada no tiene la patria potestad ni tampoco derecho a la tenencia sobre su hija.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante escritos de fojas ciento cuatro, **Ana María Silva Sánchez de Watanabe**, abuela de la menor contesta la demanda, sosteniendo lo siguiente: **1)** La demandada refiere que su hija, y madre de su nieta, nunca vivió con el actor, pues desde que quedó embarazada su hija, ella ya tenía cáncer y desde que nació su nieta, siempre estuvo bajo su cuidado, siendo falso que haya apoyado moral y económicamente a su hija, pues por el contrario, maltrataba a su hija. Además, desde el nacimiento de su nieta Ivanka, ha asumido el rol de madre de dicha niña y al fallecer su hija, el accionante nunca le dijo que se haría cargo de su hija; **2)** Asimismo alega la demandada que, el actor nunca le ha requerido la entrega de su menor hija, ni mucho menos suplicado, siempre ha visitado a su hija, pero hace meses que no lo hace, pues reside en la ciudad de Lima, viniendo a Trujillo cada cierto tiempo, considerando que su accionar no es ilegal ni ilegítimo, pues lo que hace es cuidar y amar a la pequeña Ivanka, además cuenta con los cuidados necesarios acorde con su edad; **3)** Alega que su nieta sufriría con el actor, pues el demandante trabaja todo el día y para viajando lo que impediría hacerse cargo de su hija; además la niña está acostumbrada a los cuidados que le brinda la demandada, debiendo tener en cuenta asimismo la corta edad de su nieta, lo cual amerita cuidados especiales; y, **4)** Indica que debe tenerse en cuenta que es un hombre agresivo, a tal grado que su hija Yuriko solicitó ayuda psicológica ante la Casa de Refugio de la Mujer en El Sante de Chimbote, donde vivieron un tiempo, debido a la labor

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

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015

LA LIBERTAD

TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

empresarial de su esposo, agrega que cuando vivía su hija, él la llamaba constantemente a pesar que esas llamadas perturbadoras era nocivas para su salud e inclusive cuando la bautizaron a su nieta, hizo problemas debido a que es un fanático religioso, es por ello que, indica que el informe psicológico presentado es de favor.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Se ha establecido como punto controvertido, determinar si el demandante, Josué Quevedo Villalobos, reúne las condiciones materiales y morales para ostentar la tenencia de su hija, Ivanka Quevedo Watanabe, de un año y meses de edad.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas trescientos sesenta y cuatro, su fecha veintidós de julio de dos mil catorce, declara **infundada** la demanda de tenencia y custodia del menor, fija un régimen de visitas a favor del demandante Josué Quevedo Villalobos; tras considerar que: **1)** De lo expuesto por ambas partes, se puede advertir claramente que, dicha niña ha vivido toda su corta vida bajo el cuidado conjunto de su madre y abuela hasta el catorce de Junio del año dos mil trece, pues por la enfermedad de la madre de dicha niña, los abuelos paternos ostentaban su cuidado; y, a continuación desde dicha fecha y debido a la muerte de su madre, a la actualidad, la niña Ivanka, se ha desarrollado bajo el cuidado exclusivo de la demandada, su esposo e hijos, conforme se aprecia de todas las muestras fotográficas de folios cincuenta y ocho y ciento tres; y, **2)** Que, valorando los medios probatorios aportados por las partes de manera conjunta y razonada, de conformidad con lo previsto por el artículo 197 del Código Procesal Civil y por sobre todo, teniendo como guía, el Interés Superior de la niña Ivanka, conforme lo prescribe la Convención sobre los Derechos del Niño, se aprecia con suma claridad que, dicha niña ha vivido toda su corta vida

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

bajo el cuidado de su madre y abuela, la ahora demandada, hasta cuando tenía un año de edad y luego ha continuado viviendo bajo el cuidado de la demandada hasta la fecha, advirtiéndose que dicha permanencia ha sido favorable, encontrándose en buen estado de salud, desarrollándose en un ambiente familiar adecuado, recibiendo amor y cariño de sus abuelos maternos y hermanos de la madre de dicha niña, pues además debe tenerse en cuenta que, por la corta edad de Ivanka, causaría un perjuicio emocional severo a la niña, si se dispone que pase a vivir abruptamente al hogar del padre, máxime si conforme a lo relatado en el informe social de su propósito, él labora en la ciudad de Lima, lo cual, acarrearía que dicha pequeña quede bajo el cuidado de los abuelos paternos durante el periodo laboral del accionante, es por ello que, en el caso concreto y conforme a todo lo expuesto en el presente considerando, el demandante no ha acreditado tener las mejores condiciones para ostentar la tenencia de su hija Ivanka, pese a haber demostrado cumplir con su obligación alimentaria, que legalmente le corresponde.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

Josué Quevedo Villalobos, mediante escrito de páginas trescientos ochenta y dos, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que: **1)** El Juez, ha aplicado de manera incongruente el artículo 84 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes, pues la misma debe de interpretarse de manera integral con los demás párrafos del mismo artículo, así como del artículo 83, ya que la misma es una norma que se aplica en caso de conflicto de tenencia entre padres y los criterios que se señalan son exclusivamente para el caso de conflicto entre padres, pero en el presente caso no estamos ante un único padre con derecho a la patria potestad y la tenencia contra un abuela que no tiene ningún derecho legal; y, **2)** Que, la convivencia de su menor hija con la demandada, no es la más conveniente pues le ocasionará un daño psicológico que afecte su

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

personalidad, al pensar que su padre nunca la quiso; asimismo indica que, actualmente labora en la ciudad de Trujillo, tal como lo señaló en el Informe Social.

Ana María Silva Sánchez de Watanabe, mediante escrito de páginas cuatrocientos seis, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el extremo en que fija un Régimen de Visitas regulado a favor del demandante Josué Quevedo Villalobos, alegando que el régimen de visitas ha establecido tres situaciones para que se produzca las visitas, siendo que, atendiendo a la primera situación planteada su nieta tendrá que recibir sus alimentos en su presencia e igualmente su aseo se tendría que realizar ante su presencia, en cuanto a la segunda situación la edad de tres años no es la apropiada, mejor sería que ello se produjera cuando tenga cinco años, debido a que aún la niña no conoce bien a su padre y el lugar que la llevará será igualmente desconocido. Que lo más conveniente sería que las visitas sean únicamente los sábados en casa de los abuelos maternos hasta que cumpla cinco años, luego de esta edad podría llevarla a su casa y devolverla oportunamente.

6. SENTENCIA DE VISTA.

Los Jueces Superiores de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad expiden la sentencia de vista de fecha trece de octubre de dos mil catorce, de fojas cuatrocientos cuarenta y ocho, que **revoca** la sentencia apelada que declara infundada la demandada, **reformándola** la declaran **fundada**, fundamentando la decisión en lo siguiente: **1)** Que el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño 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 padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

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 o 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; 2) Que es necesario referirse al seno familiar como espacio natural donde el niño aprende sus primeros conocimientos. En efecto, la familia se constituye en el primer centro de socialización del ser humano, donde adquiere los primeros conocimientos, costumbres, valores, de allí la importancia de tener modelos parentales positivos. “Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí (esto configura la denominada “relación jurídica de la patria potestad”) y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de Familia; 3) El *Ad quem* no comparte el fundamento del *A quo* en el sentido que disponiendo que Ivanka pase a vivir con su progenitor se le cause un severo daño emocional; por el contrario, es una niña pequeña que está construyendo lazos de afectividad, está descubriendo sentimientos y emociones y qué mejor que a la edad que actualmente tiene, pueda compartir su existencia con su progenitor demandante, más aún si el propio Juzgador ha advertido la empatía que existe entre ambos (padre e hija) en la audiencia de conferencia con menor, de folios doscientos noventa y seis y que el propio *A quo*, ha dejado constancia en la sentencia apelada; 4) Así, encontramos un padre preocupado, amoroso y responsable, no existiendo causa objetiva para sancionarlo con la privación de la convivencia con su pequeña hija, fruto del amor con la que en vida fue Yuriko Watanabe Silva; no presentándose por ende, las circunstancias excepcionales para que Ivanka sea separada de su familia natural, en este caso representada por su señor padre y menos para protegerla, pues no se ha probado en autos que el padre haya desarrollado alguna conducta en perjuicio de la pequeña niña, siendo el derecho de ésta a crecer y desarrollarse en el seno de su familia; 5) Es

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

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015

LA LIBERTAD

TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

pertinente señalar que la patria potestad se encuentra definida en el artículo 418 del Código Civil, como el deber y derecho que tiene todos los padres de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores, así se configura como un típico caso familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente relacionada con la obligación (deber) entre las partes no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos. Por su parte la tenencia, siendo uno de los atributos de la Patria Potestad, es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. Por ello, en principio correspondería que la menor esté con su padre, el demandante, a quién le corresponde la patria potestad de su menor hija.

**III. CAUSALES POR LAS CUALES SE HA DECLARADO
PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN.**

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha veintidós de junio de dos mil quince, de folios cincuenta y seis del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana María Silva Sánchez de Watanabe, por las siguientes causales:

A) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, el cual regula el Principio del Interés Superior del Niño, alegando que en el presente caso, no se ha tenido en cuenta que la niña Ivanka Quevedo Watanabe, nunca ha vivido con el padre, desde que nació ha vivido con su familia materna, no existe descuido, maltrato por parte de su familia, no se ha tenido en cuenta el interés superior de la niña, tantas veces invocado en la sentencia de vista, y efectivamente un niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, y la niña ha crecido y sigue creciendo en un ambiente de bienestar y afecto de su familia materna ya que desde que nació siempre ha estado a su lado, siendo errónea la apreciación de la Sala que el impedirle o negarle

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

crecer al lado de sus padres va a entorpecer 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.

B) Infracción normativa del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, señala que la Sala en su creencia errónea de que la tenencia es un atributo que solo recae en los progenitores de un menor, en virtud de la patria potestad, ha tomado una decisión absurda y sin tener en consideración el interés superior de la niña, al pretender desarraigarla abruptamente del hogar donde vive desde que nació y ordena la entrega al padre en quince días. Agrega que la Sala al expedir la sentencia de vista ha incurrido en causal de nulidad, toda vez que considera que la institución familiar de tenencia fija la relación exclusiva entre padre e hija más no entre abuela–nieta, y que al otorgarle la tenencia al padre, desconociendo la relación abuela–nieta con quienes ~~está~~ desde su nacimiento, significaría desconocer los derechos de la niña y no darle la oportunidad de tener la relación paterno – filial de la menor

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 principio del interés superior del niño, así como la esencia de la figura de la tenencia y custodia, consagrados por los artículos IX del Título Preliminar y 81 del Código de los Niños y Adolescentes, al momento de determinarse por parte de la administración de justicia, la tenencia de la niña, a la fecha de tres años de edad, disputada por el padre biológico y la abuelita materna.

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

PRIMERO.- Ante todo, es menester precisar 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, tomando 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.

SEGUNDO.- Que, se procede entonces, al análisis de la infracción contenida en los *ítems A) y B)* del numeral 3 de la presente resolución, referente a las infracciones normativa del artículo IX del Título Preliminar y 81 del Código de Niños y Adolescentes, es pertinente señalar que en cuanto al interés superior del niño, que 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: *"el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda 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: *"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*

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por consiguiente, estando a tal principio, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, es que debe emitirse la presente decisión.

TERCERO.- Que, asimismo respecto a la tenencia, este concepto hace referencia a "tener consigo a sus hijos" cuando el padre o la madre lo solicitan, implica la proximidad física de algo o alguien, según la doctrina es el deber de convivencia o unidad de domicilio. Se trata de una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres. De acuerdo con la ley, la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, es decir, que sólo puede ser ejercida por el padre y la madre, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos.

CUARTO.- Que la Constitución Política del Perú en sus artículos 1 y 2 inciso 1, consagra el derecho del niño a tener una familia, derecho constitucional implícito que encuentra sustento en principio derecho de dignidad de la persona humana, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar. De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad bienestar sobre el niño que le ocasione un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual *"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 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, 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."*; derecho reconocido también en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8° 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.

QUINTO.- Que, a la luz de la doctrina es necesario referirnos que la familia se constituye en el primer centro de socialización del ser humano, donde adquiere los primeros conocimientos, costumbres, valores, de allí la importancia de tener modelos parentales positivos; sobre el tema Belluscio señala: *"Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí, esto configura la denominada "relación jurídica de la patria potestad" y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de Familia(...)"*¹, en ese sentido, se advierte que la familia natural o nuclear de todo individuo está formado por padre, madre e hijos.

¹ BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. citado por VARSÍ ROSPOGILIOSI, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Grijley, p 257

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

SEXTO.- Que así también lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Fornerón e Hija contra Argentina de fecha veintinueve de Abril de dos mil doce, la misma que establece: "(...) **el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.** En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. **En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.** Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia"; de la misma manera el Tribunal Constitucional en el **EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC, Lima del 7 de octubre de 2009**, señala: "(...) 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 (...). 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".

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

**CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR**

SÉTIMO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional y dogmático, se advierte de autos que si bien la tenencia en principio debe ser ejercida por los padres, ello debe estar en consonancia con el interés superior del niño y por tanto a su desarrollo y formación integral de su personalidad en el seno familiar. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, con mayor razón si en el presente caso la menor ha perdido a su madre pues ha fallecido y es el padre quien solicita su tenencia, 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; que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volverse perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos.

OCTAVO.- Además, como se ha establecido cualquier decisión relativa a la separación del niño de sus padres o de su familia debe ser excepcional y estar justificada, y en el presente caso se ha determinado de autos que el demandante como un ingeniero, con un trabajo estable, un padre preocupado, amoroso y responsable; siendo ello así, no existiendo causa objetiva para sancionarlo con la privación de la convivencia con su pequeña hija, fruto del amor con la que en vida fue Yuriko Watanabe Silva; no presentándose por ende, las circunstancias excepcionales para que Ivanka sea separada de su familia natural; por consiguiente, se concluye que no se ha infringido norma alguna, por lo que se debe desestimar las denuncias formuladas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015
LA LIBERTAD
TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

NOVENO.- Que respecto al régimen de visitas debe señalarse que de conformidad con lo previsto por el artículo 84 inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, para el que no obtenga la custodia del niño, niña o adolescente, dicho precepto normativo, resulta imperativo, inclusive en el caso que no se haya peticionado, conforme así lo han establecido uniformemente ejecutorias supremas al respecto, pues ello obedece a una cabal comprensión del verdadero significado del Principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; siendo ello así, vía integración a la sentencia de vista se fija un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos, la demandada Ana María Silva Sánchez de Watanabe y su cónyuge, con la finalidad de afianzar los lazos parentales entre abuelos y nieta, conforme se muestran en las fotografías de folios cincuenta y ocho a ciento tres, todo ello en armonía con el mejor interés de la niña Ivanka, debiendo el demandante permitir, respetar y hacer fluido el régimen de visitas, a fin de consolidar la personalidad de la pequeña Ivanka.

VI. DECISIÓN.

A) Por estos fundamentos de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Ana María Silva Sánchez de Watanabe a fojas cuatrocientos noventa y nueve; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha trece de octubre de dos mil catorce, de fojas cuatrocientos cuarenta y ocho, que **revoca** la sentencia apelada de fecha veintidós de julio de dos mil catorce de fojas trescientos sesenta y cuatro, que declara infundada la demanda sobre tenencia de la niña Ivanka Quevedo Watanabe; **reformándola**, declaran **fundada** la demanda; en consecuencia, **ordenan** que la demandada Ana María Silva Sánchez de Watanabe, **entregue a la menor** a su padre biológico, Josué Quevedo Villalobos, en el plazo de quince días

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

CASACIÓN NRO. 1769 – 2015

LA LIBERTAD

TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR

naturales, bajo apercibimiento de imponerse las medidas coercitivas y disciplinarias, que el *A quo*, en ejecución de sentencia establezca.

B) INTÉGRESE la sentencia de vista, fijándose un régimen de visitas a favor de los abuelos por parte de madre, la demandada Ana María Silva Sánchez de Watanabe y su cónyuge, quien podrá visitar a su nieta Ivanka Quevedo Watanabe en el hogar del demandante (sin externamiento) los días martes, jueves y sábado desde las 3 de la tarde hasta las 6 de la tarde.

C) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Josué Quevedo Villalobos con Ana María Silva Sánchez de Watanabe, sobre tenencia y custodia del menor; y los devolvieron. Interviene como ponente el Juez Supremo señor **De la Barra Barrera**. Por licencia de la señora Jueza Suprema del Carpio Rodríguez, integra esta Sala Suprema el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta.

SS.

TELLO GILARDI

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

YAYA ZUMAETA

DE LA BARRA BARRERA

Ec/sg

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

23 A60. 2016

Anexo 3:Casación 2309-2015-Lima Sur

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

Lima, doce de abril de dos mil dieciséis.-

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

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

1.- MATERIA DEL RECURSO:

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

2.- AUTO CALIFICATORIO DE CASACIÓN:

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

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

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

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

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

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

3.- CUESTION JURÍDICA A DEBATIR:

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

4.- FUNDAMENTOS:

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

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

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

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

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

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

² DIARIO OFICIAL "EL PERUANO": Sentencias en Casación, Lunes 31 de marzo de 2008, páginas 23300 a 23301.
³ LANDA ARROYO, César. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Academia de la Magistratura. Lima, volumen 1, 2012.

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

tener presente los antecedentes del caso, así tenemos:

a) María Kathia Reinoso Mogrovejo interpone demanda sobre tenencia y custodia de sus menores hijos Carlos Alfredo, Mauricio Alberto y María Fernanda Pérez Reinoso, de diez y cuatro años de edad, respectivamente, dirigiéndola contra Carlos Enrique Pérez Medina; y que fuera amparada mediante sentencia de fecha 10 de octubre de 2014, a folios doscientos cincuenta y ocho.

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

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

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

⁴ Artículo 74 Código de los Niños y Adolescentes.- Deberes y derechos de los padres.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:
e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

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

⁵ Ley N° 27337.

⁶ Tenencia y custodia de menores.

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

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

4.9. En ese sentido, se observa que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales⁸, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior⁹.

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

⁹ Ídem, párrafos 101 y 102.

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

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

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

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

¹⁰ Folios 120.

¹¹ Folios 130.

¹² Folios 80.

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

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

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

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

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

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

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

¹⁶ Folios 209.

¹⁷ Folios 234.

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

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

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

5.- DECISIÓN:

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

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

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

**CASACIÓN N° 2309 – 2015
LIMA SUR**

5.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por María Kathia Reinoso Mogrovejo contra Carlos Enrique Pérez Medina, sobre Tenencia y Custodia de menor; y, los devolvieron.- Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

SS.

TELLO GILARDI

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

Cgh/Lrr.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

29 AGO. 2016

Anexo 4: Casación 2702-2015-Lima

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORTE SUPREMA
Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala - Suprema: CACRES
PRADO, Alvaro Efraín. (FAD20159981216)
Fecha: 15/05/2017 19:53:09 Razón:
RESOLUCION JUDICIAL, 01 Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL
CERTIFICACION DEL CONTENIDO

LIMA

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.

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: -----

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.-----

Esta Sala Suprema mediante la Resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince (folios 41 del cuadernillo de casación) ha declarado procedente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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 dirimientes, 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 Cam¹. 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

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

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

SEGUNDO.- La demandada a través de su apoderado contesta la demanda², 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, porque 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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 siete³, 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 apersona 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

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

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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 meritarse 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 ocho⁴, 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 nueve⁵, 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 quince⁶, 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

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

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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 procesal⁷ y sustantiva⁸**, 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.

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

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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 justa⁹. 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)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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.

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

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

*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.

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

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

*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 padres¹⁵. 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 trate¹⁶.-----

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. Op. Cit. Pág. 94-96.

¹⁶ Cfr. De la Válgoma. Op Cit. Pág. 123-136.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

*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-Lima¹⁸.-----

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 demandada¹⁹ y la entrevista a la menor²⁰

¹⁷ Makianich. Óp. Cit. Pág.. Pág. 98-99.

¹⁸ Folio 1167

¹⁹ Folio 1226

²⁰ Folio 1260

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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 Honorem* 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 castellano²¹, Oficina que comunicó que dicho servicio sería convocado en el próximo ejercicio presupuestal²², 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 quince²³, 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-PSQ²⁴ y el Informe Social²⁵ 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

16.1. Ahora, según el Acta de Audiencia Única de fecha veintiuno de mayo de dos mil siete²⁷, 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 años²⁸ 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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

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

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

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

Anexo 5: Casación 4311-2015-Lima

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

CASACIÓN N° 4311-2015

LIMA

Variación de Tenencia de Menores

Derecho a la Motivación de las Resoluciones Judiciales. No se configurará un supuesto de afectación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en especial al principio de congruencia procesal, cuando según el caso, esté de por medio el principio del interés superior del niño, niña y de los adolescentes; supuestos en los cuales el primero debe flexibilizarse, para satisfacer en mayor medida los valores contenidos en el segundo.

Artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

Lima, diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con el acompañado, vista la causa número cuatro mil trescientos once - dos mil quince, en audiencia pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

1.- ASUNTO:

En el presente proceso, sobre pretensión de variación de tenencia y otro, es objeto de examen, el recurso de casación interpuesto por la demandante Rosa Silvia León Roldan¹, contra la sentencia de vista del 11 de setiembre de 2015², en cuanto declara nulo el extremo impugnado de la sentencia del 14 de noviembre de 2014³, por consiguiente sin efecto el régimen de visitas dispuesto por la A quo, manteniendo vigencia el régimen de visitas que conciliaron.

2.- ANTECEDENTES:

DEMANDA:

2.1. Rosa Silvia León Roldan interpone demanda contra Wilmer Alexis Flores Gonzales⁴, postula como pretensión la variación de tenencia de sus dos menores hijos Alexis Víctor y Ximena Alexandra Flores León, y la pensión de alimentos, ascendente a la cantidad de tres mil quinientos soles (S/ 3,500.00), que el demandado deberá cumplir para sus dos menores hijos.

¹ A folios 803.

² A folios 728.

³ A folios 633.

⁴ Ver folios 41 escrito del 20 de mayo de 2011.

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

CASACIÓN N° 4311-2015

LIMA

Variación de Tenencia de Menores

2.2. Alega que contrajo matrimonio con el demandado el 04 de agosto de 2005, producto del cual procrearon a sus hijos Alexis Víctor y Ximena Alexandra Flores León de cinco (05) y diez (10) años de edad, a la fecha de la demanda; y cuando decidieron separarse suscribieron un acta de conciliación sobre la tenencia, régimen de visitas y alimentos de sus hijos; sin embargo, el demandado ha incumplido con dicho acuerdo, al no permitirle ver a sus hijos, acreditando tales afirmaciones con las constataciones policiales que adjunta, llegando a ver a su hijo Alexis solo por la ventana.

2.3. Agrega que el demandado ha venido haciendo comentarios negativos sobre su persona, los que han ocasionado problemas emocionales en sus hijos; ordenándoles dejar de verla, tal como lo demuestra con los protocolos de pericias psicológicas practicados a los niños y a ella. Asimismo, su ex cónyuge, al tener como trabajo la condición de marino mercante, tiene que ausentarse del país a menudo, lo cual no le permite velar de manera adecuada por el bienestar de sus hijos, dejándolos al cuidado de personas extrañas, como la señora Carmen Cristina Reluz Flores, quien por orden del demandado le impide ver a sus hijos.

2.4. Añade que respecto a la pensión de alimentos, se le debe fijar una pensión que suma los gastos de medicinas y atención médica, colegios y movilidad escolar, vestimenta, recreación, talleres y en cuanto a la alimentación de sus hijos, ella se hará cargo.

CONTESTACION:

2.5. Wilmer Alexis Flores Gonzales, contesta la demanda y la contradice en todos sus extremos⁵. Sostiene que viene cumpliendo el acuerdo arribado con su ex cónyuge ante el Centro de Conciliación, permitiéndole que vea a sus hijos los días domingos, grabando sus visitas con las cámaras instaladas por su persona en su hogar. Asimismo, refiere que los menores mantienen una comunicación

⁵ Ver folios 183.

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

CASACIÓN N° 4311-2015

LIMA

Variación de Tenencia de Menores

constante con su madre, y siempre ha tratado que sus hijos tengan una buena relación con ella. Refiere que cuenta con la ayuda de su hija mayor Carmen Cristina para el cuidado de sus hijos y adicionalmente con una persona que se dedica al cuidado del hogar.

2.6. De otro lado, de forma contraria a lo afirmado por la demandante, sostiene que ella ha maltratado físicamente a su hija Ximena, a quien le dedica poca atención, pues cuando acude a visitarlos, se sienta en el mueble a leer periódicos o revisar su celular, lo que prueba con los videos adjuntados; en igual sentido, es falso, que por su trabajo de marino mercante, desatienda a sus hijos, toda vez que al año solo viaja tres meses, y actualmente trabaja en provincia, lo que le permite regresar a verlos o hacer que ellos viajen, lo que demuestra con videos y fotos; y cuando viaja, diariamente se comunica con ellos vía skype; y si bien es cierto, que la demandante ha interpuesto denuncias en la Comisaría de San Miguel, pero es el caso, que todas han sido archivadas por la Fiscalía Provincial de Familia.

2.7. Finalmente precisa, que el matrimonio terminó porque descubrió que la demandante mantenía una relación extramatrimonial con su progenitor, es decir su padre, por ello se acordó la tenencia a su favor y se le concedió el régimen de visitas que viene cumpliendo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

2.8. La sentencia del 14 de noviembre de 2014⁶, de conformidad con la opinión del Fiscal, declaró infundada la demanda de variación de tenencia, improcedente la demanda de alimentos; y dispuso un régimen de visitas más amplio, con externamiento para la progenitora.

2.9. Consideró que desde la firma del Acuerdo conciliatorio a la fecha de la demanda habían transcurrido treinta y seis fines de semana, de los cuales tres

⁶ Ver folios 633.

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

CASACIÓN N° 4311-2015

LIMA

Variación de Tenencia de Menores

4
fines de semana no se llevó a cabo la visita de la demandante por causa imputadas al demandado y dos fines de semana se realizó en forma parcial, por causas imputadas a terceros que no facilitan la comunicación, existiendo responsabilidad compartida con el demandado; los demás fines de semana no han sido cuestionados, ni la demandante ha realizado acciones legales para su cumplimiento, pese a que es plausible de ejecución forzada bajo los apremios del artículo 181 del Código de los Niños y Adolescentes – en adelante CNA –, por lo que, concluye que la causa expuesta por la accionante en su escrito de demanda no resulta amparable.

2.10. Asimismo, de los hechos y medios probatorios aportados por la demandante tampoco califican para el supuesto de hecho regulado en el artículo 82 del CNA, esto es que se encuentre en riesgo la integridad física o psicológica de los niños; por el contrario, de los informes psicológicos y entrevista a los menores se advierte que desean seguir viviendo con su padre, y dicha opinión no ha sido manipulada; que si bien es cierto, existe información negativa respecto de la conducta realizada por la progenitora, ello puede ser superado a través de terapias psicológicas y los apercibimientos de ley contra el progenitor, pues resulta natural que exista afectación emocional producto de los conflictos familiares acontecidos y en los que han sido involucrados los niños, pero que no constituyen falta grave que ponga en peligro la integridad psicológica de los menores, máxime si de acuerdo con los psicológicos en ambos niños existe vinculación afectiva con la progenitora y se puede revertir la información negativa que tienen sobre ella.

2.11. A lo que se suman las condiciones positivas del padre, evidenciados en los informes psicológico y psiquiátrico que se le practicó, frente a las limitaciones evidenciadas en la madre⁷, las cuales pueden ser superadas con terapias psicológicas a efectos que revierta la afectación emocional y para que el progenitor evite transmitir emociones negativas que aún puede sentir respecto

⁷ Ver folios 518.

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

CASACIÓN N° 4311-2015

LIMA

Variación de Tenencia de Menores

de la progenitora, facilite y coadyuve en el restablecimiento afectivo de la progenitora y sus hijos. Siendo que en caso el progenitor incumpla el deber referido y no facilite el contacto materno filiar, la progenitora tendrá expedito su derecho para revertir la tenencia a su favor.

2.12. De otro lado, conforme al artículo 84 literal "c" del CNyA, en el que se establece la acumulación legal, según la cual el Juez fijará un régimen de visitas para el padre que no obtenga la tenencia, aunque no haya sido solicitada por las partes; que, ello no resulta siendo contrario al interés superior del niño, debiendo otorgarse el mismo en determinados días y con externamiento, a fin que los menores no se vean afectados por la ausencia de la figura materna, con quien presentan afinidad, por lo que se deberá fijar un régimen de visitas, como derecho impostergable de los menores, a favor de su progenitora, Rosa Silvia León Roldán, debiendo tenerse en cuenta los siguientes factores: edad de los menores, la frecuencia, la duración de las visitas y considerando las actividades que realizan los niños (estudios, actividades extracurriculares, recreo y descanso).

2.13. En cuanto, a la tenencia compartida, la accionante no ha tenido en cuenta que conforme al artículo 166 del CNyA, se puede modificar o ampliar la demanda antes de que esta sea notificada; por lo que la pretensión es improcedente, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer conforme a ley; y sobre la pretensión de alimentos, al haberse desestimado la pretensión principal, también se debe desestimar el pedido accesorio.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

2.14. La Sala Superior en la sentencia de vista del 11 de setiembre de 2015⁸, declara nulo el extremo impugnado, por consiguiente sin efecto el régimen de visitas dispuesto por la A quo, manteniendo vigencia el régimen de visitas que conciliaron.

⁸ Ver folios 728.

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

CASACIÓN N° 4311-2015

LIMA

Variación de Tenencia de Menores

2.15. Consideró que, existe un régimen de visitas previo, realizado por acuerdo de ambas partes, constituyendo por tanto la sentencia apelada, un pronunciamiento extra petita, por cuanto no obedeció a la firme voluntad de la demandante, ni fue requerido por los menores, y tampoco se fijó como punto controvertido, incluso la fiscalía no ha emitido pronunciamiento al respecto. En consecuencia, la recurrida contiene un acto procesal viciado, que carece de los requisitos para la obtención de su finalidad, como lo precisa el artículo 171 del Código Procesal Civil; por consiguiente, conforme al artículo 176 del Código Procesal mencionado, ese acto deviene en nulo.

RECURSO DE CASACIÓN:

2.16. Este Tribunal Supremo, por auto de calificación del recurso de casación, del 13 de noviembre de 2016⁹, lo declaró procedente por las siguientes causales:

1) Infracción del artículo IX del Título Preliminar y del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

Aléga que la Sala emite un fallo, sin tener en cuenta que el informe psicológico indica que está apta para el adecuado trato a sus hijos, y que en atención a ello y al interés superior del niño y adolescente, se dispuso variar el régimen de visitas por uno más adecuado para sus hijos. Añade que los roles parentales no son derechos absolutos, sino limitados por los propios derechos de los niños y adolescentes, esto representa su interés superior; todo lo cual, no ha sido tomado en cuenta por la instancia de mérito.

2) Infracción de los artículos VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado; 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 50 inciso 6) y 122 numeral 4) del Código Procesal Civil. Sostiene que en virtud al principio de congruencia procesal el Juez debe dictar sus resoluciones de acuerdo al sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes, y en el caso de la apelación corresponde al Juez Superior resolver en función a los agravios, los

⁹ Ver folios 45 del cuadernillo de casación.

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

**CASACIÓN N° 4311-2015
LIMA**

Variación de Tenencia de Menores

errores de hecho y de derecho que sirven de sustento a la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente, toda vez que la infracción prevista en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, determina la emisión de sentencias incongruentes. En el caso de autos la Sala no se ha ceñido a los fundamentos de la pretensión impugnatoria que expuso la recurrente; por lo que, la recurrida debe ser declarada nula.

Añade que los errores cometidos revisten total trascendencia que ameritan la nulidad de la recurrida, en tanto de haberse aplicado correctamente el artículo 88 del CNyA se habría confirmado lo resuelto por el Juez de primera instancia.

3.- CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE:

Determinar si la decisión contenida en la sentencia de vista, que declara nulo el extremo referido a la disposición de un régimen de visitas más amplio, a lo pactado en el acuerdo conciliatorio extrajudicial, ha contravenido lo dispuesto en las normas antes precisadas, y por tanto, si debe ser revocada, confirmando la de primera instancia, o de lo contrario, reiterar la decisión de segunda instancia.

4.- FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

4.1 Según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (finalidad nomofiláctica y uniformizadora, respectivamente); finalidad que se ha precisado en la Casación número 4197-2007-La Libertad¹⁰ y Casación número 615-2008-Arequipa¹¹; por tanto, este Tribunal Supremo sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir con pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes.

¹⁰ Diario Oficial El Peruano: Sentencias en Casación, lunes 31 de marzo de 2008, páginas 21689 a 21690.

¹¹ Diario Oficial El Peruano: Sentencias en Casación, Lunes 31 de marzo de 2008, páginas 23300 a 23301.

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

**CASACIÓN N° 4311-2015
LIMA
Variación de Tenencia de Menores**

4.2. De acuerdo con la naturaleza de las disposiciones jurídicas denunciadas, se aprecia que estas están relacionadas con (i) el principio del interés superior del niño; (ii) la figura del régimen de visitas; (iii) el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en el que está comprendido el principio de congruencia procesal; lo que a continuación se analizará.

4.3. Teniendo en cuenta los principios antes mencionados, se iniciará el análisis, por el principio - derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que está contenido en el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Perú, así como también se encuentra su desarrollo en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en los artículos 50 inciso 6) y 122 numeral 4) del Código Procesal Civil. Es ampliamente conocido, que el principio – derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, contiene el principio de congruencia procesal, por el cual toda respuesta judicial tiene que observar la relación de identidad que debe haber entre lo pedido y lo resuelto; y en su fase interna debe respetar que el silogismo jurídico construido para resolver el caso debe ser correcto, y en su manifestación externa se debe verificar que las premisas sean validas.

4.4. Sin embargo, en los procesos de familia, dicho principio debe ceder – flexibilizarse, en atención a la especial naturaleza de la controversia y concediéndole mayor peso al principio del interés superior del niño, en función a que las medidas que se adopten resulten más adecuadas a su desarrollo integral y bienestar, garantizando la plena vigencia de sus derechos fundamentales; máxime si en estos casos, el régimen de visitas, más que un derecho del padre, resulta ser un derecho de los hijos de mantener el contacto personal y afectivo con el progenitor con el que no vive; de forma tal, que el Juez evalúe el impacto de su decisión en aras de resolver un problema humano; tal y como se ha establecido el III Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaído en la Casación N° 4664-2010 Puno.

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

**CASACIÓN N° 4311-2015
LIMA**

Variación de Tenencia de Menores

4.5. Ciertamente el principio del interés superior del niño, está previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en nuestro ordenamiento interno, reconocido en el artículo IX del Título Preliminar del CNyA, por el cual el Estado y la sociedad en su conjunto deben considerarlo vital en la toma de decisiones, y tienen el deber de considerar lo "más beneficioso para el niño" sobre cualquier otro interés. En esta misma línea de argumentos, el régimen de visitas de un niño, está contemplado en el artículo 9 numeral 3) de la Convención antes mencionada, por medio del cual se exige la garantía que todo niño que está separado de uno o de ambos padres, tiene el derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4.6. En ese contexto, la Sala Superior se equivoca al considerar que el Juez de primera instancia ha emitido un pronunciamiento *extra petita* al disponer un régimen de vista más amplio a favor de la demandante, pues si bien es cierto, ese extremo no había sido materia de pretensión; empero, el órgano jurisdiccional tiene el deber de salvaguardar el derecho de los niños involucrados en este tipo de procesos, más aún, si existe una norma imperativa internacional, que ha sido reconocida en sede nacional que obliga al Juez a establecer un régimen de visitas a favor del padre o la madre que no obtenga la tenencia de sus hijos conforme los dispone el artículo 84 inciso c) del CNyA. Asimismo, la disposición 88 en el último párrafo del CNyA, prescribe que: "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".

4.7. Siendo esto así, de la revisión de autos y de las pruebas actuadas, se aprecia que, si bien es cierto, la madre concilió un régimen de vistas, este es limitado, y ya no resulta conveniente para el desarrollo integral y bienestar de los hijos, estando a las conclusiones de las evaluaciones psicológicas, realizadas a

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

**CASACIÓN N° 4311-2015
LIMA
Variación de Tenencia de Menores**

ambos menores¹², y al tenor de las entrevistas sociales realizadas¹³, que dan cuenta de la afectación emocional que vienen padeciendo por la separación de sus progenitores, agravado por la conducta obstruccionista del padre, que no propició el acercamiento necesario con la madre para evitar tales problemas, por lo que, lo resuelto por el Juez de Primera Instancia, resultará más favorable a los derechos del adolescente Alex Víctor Flores León y de la niña Ximena Alexandra Flores León, para lo cual necesitan un régimen de visitas amplio, inclusive con externamiento, a favor de la madre, en estricta observancia al principio del interés superior del niño.

4.8. En consecuencia, se ha acreditado la afectación a las normas denunciadas; por lo que, sobre la base de los fundamentos jurídicos que anteceden, se debe proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396, primer párrafo, del Código Procesal Civil, revocar la sentencia impugnada y confirmar la sentencia de primera instancia.

5. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

5.1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante Rosa Silvia León Roldan¹⁴; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista del 11 de setiembre de 2015¹⁵, en cuanto declara nulo el extremo impugnado de la sentencia del 14 de noviembre de 2014¹⁶, por consiguiente sin efecto el régimen de visitas dispuesto por la A quo, manteniendo vigencia el régimen de visitas que conciliaron.

¹² Ver folios 124 a 129 del cuaderno cautelar.

¹³ Ver folios 61 y 117 del cuaderno cautelar.

¹⁴ A folios 803.

¹⁵ A folios 728.

¹⁶ A folios 633.

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

**CASACIÓN N° 4311-2015
LIMA
Variación de Tenencia de Menores**

5.2. Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia de primera instancia del 14 de noviembre de 2014¹⁷, que dispone un régimen de visitas con externamiento para la demandante, con lo demás que ahí contiene.

5.3. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Rosa Silvia León Roldan con Wilmer Alexis Flores Gonzales, sobre variación de tenencia; y los devolvieron. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **Tello Gilardi.-**

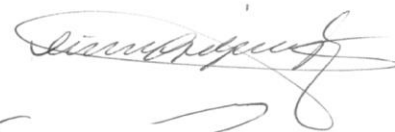
SS.

TELLO GILARDI



DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ



CALDERÓN PUERTAS



DE LA BARRA BARRERA



Bti./Lrr.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

17 OCT. 2016

¹⁷A folios 633.