



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 74-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SUMILLA.- En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.

Lima, diecinueve de noviembre de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número setenta y cuatro – dos mil dieciocho, de conformidad con el Dictamen Fiscal número 150-2018-MP-FN-FSC de fojas setenta y uno del Cuadernillo de Casación y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación formulado por la demandada **Sandra Hanna Benzaquén Krajnik** (fojas mil setecientos setenta y nueve) contra la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número nueve, de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete (fojas mil setecientos nueve), emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declara fundada la demanda, en consecuencia, concedieron la tenencia de los dos hijos adolescentes de la pareja, de iniciales R.V.B. y M.V.B. al progenitor demandante.

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

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha tres de mayo de dos mil dieciocho (folios sesenta del Cuadernillo de Casación), declaró procedente el recurso formulado por las siguientes causales:

i) Infracción del artículo 197 del Código Procesal Civil.- La recurrente indica que no se han valorado adecuadamente las pruebas, en tanto el día de la audiencia celebrada el veintisiete de setiembre de dos mil quince, su hija estaba muy ofuscada y molesta por la discusión que tuvo con ella la noche previa, que ocasionó que la recurrente le confisque su teléfono celular. Indica que en el acta se aprecia que dicha discusión se suscitó y ocasionó que su hija declarara en los términos de la Audiencia, ello se



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 74-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

corroborar además con la drástica diferencia que existe respecto de las conclusiones derivadas de la evaluación practicada a la menor dos meses después de la referida entrevista; en el informe psicológico número 2429-2015-MCF-EM-PSI se concluyó que la menor la quiere, la considera competitiva y bastante preocupada por su familia y de otro lado según la última conclusión y sugerencia, la menor no está desvinculada de su madre porque la considera y quiere, solo que percibe que no es dialogante y trata de imponer sus decisiones sin tomar en cuenta lo que ella puede sentir. Agrega que, además no se ha tenido en cuenta que al momento de la entrevista con el Juez, su menor hija contaba solo con trece años de edad, es decir, empezaba su adolescencia, sus respuestas traslucen la rebeldía natural de esa etapa; para apreciar ello bastaba con que la Sala se remita a las páginas 4, 5 y 8 del acta correspondiente, donde la menor responde, a la pregunta de por qué le gustaría vivir con su papá, "(...) mi mamá nos pone horarios, como si fuéramos ladrones" y a la pregunta "¿A qué hora quisieras regresar a tu casa?", respondió: "(...) quiero quedarme a dormir algunas veces, si estamos cansados ya no regresar (...)" mi mamá me ha puesto más de trece vacunas y he leído que eso no te ayuda a crecer y me quiere poner el del papiloma humano que ha causado muchas muertes, siento que mi mamá no sabe lo que quiere hacer conmigo, no sé para qué me quiere seguir vacunando tanto si eso malogra mi organismo. Indica que, en mérito a lo antes mencionado se demuestra que la Sala ha infringido el artículo 197 del Código Procesal Civil, por cuanto ha sacado de contexto lo expresado por su hija, ignorando que en el momento de la entrevista la menor estaba ofuscada y molesta, que tenía trece años de edad y estaba imbuida de la rebeldía de la adolescencia, ha interpretado textualmente algunas de las declaraciones atribuyéndoles un valor descomedido, ignorando el resultado 5.3 del Informe Psicológico número 2429-2015-MCF-EM-PSI y la última conclusión y sugerencia del mismo informe, absurda e ilógicamente ha concluido que "la decisión" de su hija (de vivir con su padre) es tan vinculante como la de un adulto consciente y sereno. Precisa que, para valorar la opinión de su menor hija se debió tener en cuenta que esta no demostró tener la madurez y conciencia necesarias para comprender la trascendencia de "su decisión", la diferencia entre tener un progenitor permanente (la madre con quien vive) y un progenitor visitante. Indica que, no se ha tenido en cuenta todos los cambios que acarrea la adolescencia que afecta al menor y a quienes conviven con él. Indica que, a partir del año dos mil catorce su día a día, su convivencia con su hija empezó a complicarse a raíz de su adolescencia, en cambio el demandante está libre de la puja diaria para que la hija se levante a la hora adecuada, para asearse y



cambiarse para ir al colegio, libre de la pelea diaria para que la hija coma lo que debe comer pese al acné y a los rollitos abdominales que “*la atormentan*”; inocente de las acusaciones de abuso formuladas por el hecho de exigirle que tienda su cama, que limpie su dormitorio y no regrese tarde de la fiesta. Agrega que, son las ventajas propias de todo padre visitante: no carga el día a día, visita pero no convive. Indica que, es lógico que el padre visitante conserve su estatus de bueno y que sus visitas sean solo de alegría, juegos y novedades; a lo que sin duda hay que agregar la natural inclinación de las hijas por su progenitor y viceversa; en ese mini contexto es lógico que su hija haya expresado “*su decisión*” de vivir con su padre. Agrega que lo resuelto por la Sala resulta ilógico, en tanto que más allá de “la decisión” de su hija, no fundamenta en ninguna causal que justifica el privarla de la tenencia de sus hijos, sino que se remite únicamente a “la decisión” de su hija, como consta en los considerandos 9, 10 y 11 de la Sentencia de Vista, que en resumen hacen prevalecer la opinión expresada por ambos hijos. Indica que de haberse valorado adecuadamente la declaración de su hija que denotaba una molestia con la recurrente y todos los medios probatorios en conjunto habría confirmado la apelada.

ii) Infracción del inciso “a” del artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes.-

Sustentando que, conforme a la norma cuya infracción denuncia, el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, y frente a ello el Juez debe resolver el conflicto tomando en cuenta dos criterios con quien vivieron los hijos más tiempo; y con quién objetivamente es más favorable que vivan los hijos; condiciones que cumple la recurrente en tanto vive con sus dos hijos desde que nacieron hasta hoy y vivieron con el accionante solo hasta el año dos mil nueve y no se ha demostrado que su tenencia no sea favorable a sus menores hijos.

iii) Infracción del artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes.-

Arguyendo que la Sentencia de Vista ha concedido la tenencia de sus hijos al demandante de forma inmediata, sin prever un mecanismo transitorio para que la variación de la tenencia de sus hijos opere progresivamente; sin tener en cuenta que, conforme a la norma cuya infracción se denuncia la variación de la tenencia, el juez la ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario, para que se dé progresivamente de manera que no le produzca daño o trastorno, solo cuando la circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada ordenará que el fallo se cumpla de inmediato; mientras que en autos no está probado que ponga o haya puesto en peligro a sus hijos. Indica que, no existe razón que justifique que la



Sentencia de Vista haya concedido la tenencia de sus hijos al accionante de forma inmediata, sin prever algún mecanismo (transitorio o progresivo) de una tenencia (la de la recurrente) a la otra (la del accionante).

iv) Infracción del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; e, inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil.- Alegando que, la recurrida no ha sido motivada, por qué ha concedido la tenencia de sus hijos al demandante, de manera inmediata, pese a que existe un mandato contenido en el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes cuya infracción también ha denunciado.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución de las infracciones normativas tanto procesales y materiales, declaradas procedentes, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto del lter procesal. Es así que de fojas ciento cincuenta y ocho, se advierte que **Álex Rubén Vera Álvarez** interpone demanda de Tenencia y Custodia de sus hijos Micaela Vera Benzaquén y Rodrigo Vera Benzaquén, dirigiéndola en contra de Sandra Hanna Benzaquén Krajnik; con intervención del Ministerio Público.

1.1. Sustenta su pretensión indicando que la demandada en forma unilateral restringe la relación paterno filial, aunado a ello, presenta un carácter violento y toma pastillas para calmar la ansiedad, lo cual repercute en el trato que le da a los hijos a quienes les grita constantemente, además trabaja desde las siete hasta las veintiún horas, de lunes a jueves, por lo que, sus hijos en las tardes están descuidados, indica que sus hijos están en casa del recurrente todos los días desde las dieciocho horas hasta las veinte horas tiempo en el cual los apoya con las tareas y si hay tiempo juegan, luego del cual los retorna a la casa de su madre y los fines de semana, tiene externamiento y pernocta con sus hijos; desde el viernes a las diecisiete horas hasta el domingo a las veinte horas, en forma alternada con su cónyuge; sin embargo, a pesar de ese acuerdo verbal, depende del buen humor de la demandada para que se cumpla, con lo cual genera inestabilidad en sus hijos, quienes desean estar más tiempo con él, ya que su madre les infunde temor debido a sus reacciones violentas; además, los menores conviven con personas mayores (abuela y bisabuela) y con personas extrañas (enfermeras) teniendo poco espacio para su disposición.

SEGUNDO.- Tramitada la causa conforme a su naturaleza, el **Sétimo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, emite la sentencia contenida en la



Resolución número treinta y nueve, de fecha diecisiete de mayo de dos mil diecisiete (fojas mil quinientos sesenta y uno), que declaró infundada la demanda de tenencia y custodia a favor de los menores Micaela Vera Benzaquén y Rodrigo Vera Benzaquén (de 13 y 10 años de edad); se concede a Álex Rubén Vera Álvarez, padre de los menores, un régimen de visitas a fin de que pueda visitar (sin interferir en las tareas escolares ni en la salud) a sus menores hijos Micaela Vera Benzaquén y Rodrigo Vera Benzaquén, los días sábados y domingos y los días festivos en el horario comprendido entre las nueve horas hasta las veinte horas o en los días y horas que voluntariamente pacten los padres; ordenaron que para el cumplimiento del régimen establecido, las partes se otorguen las facilidades del caso que sean necesarias para su desarrollo, para lo cual deberán de observar una conducta adecuada, bajo apercibimiento de imponerse lo dispuesto en el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda; recomendándose a ambas partes ponderación, respeto y compostura a fin de que el régimen de visitas se desarrolle buscando el mayor beneficio para sus menores hijos. Se dispone que Sandra Hanna Benzaquén Krajnik y Álex Rubén Vera Álvarez, reciban Terapia Psicológica a efecto de modificar los aspectos problemáticos y mejorar las habilidades de padres separados respecto de la crianza de los hijos.

2.1. El A quo sustenta su decisión indicando:

- Que de lo expuesto en las declaraciones e informes psicólogos es de inferirse que ambos padres se encuentran vinculados afectivamente a sus hijos, ambos denotan interés de velar en el cuidado y en el desarrollo integral de su prole, que si bien es cierto que se detectan estilos de crianza diferentes por las características de los rasgos de personalidad de cada progenitor, lo razonable bajo el interés superior del niño es que ambos padres reciban terapia, consejería de un profesional para los fines de mejorar las pautas de crianza a fin de afianzar la relación materno y paterno filial y con sus menores hijos, no siendo oportuno en este momento el cambio de *status quo*, porque generaría un inapropiado conflicto emocional en los niños, de allí que no es suficiente la evidencia el distanciamiento entre la menor Micaela Vera Benzaquén respecto de su madre para estimar esta demanda, máxime cuando ambas se encuentran vinculadas afectivamente; léase la declaración cuando describe a su madre: “*que es buena persona cuando quiere*”, si bien presenta características de personalidad que tienden a influir de forma desfavorable



sobre el estilo de crianza, léase la versión del hermano menor Rodrigo: *“le dice para amenazarla pero no le ha pegado a mí una sola vez me amenazado”*, sin embargo entendemos que la demandada superaría con terapias psicológica dirigida a modificar los aspectos problemáticos y mejorar las habilidades maternas, abonando a su favor de no presentar psicopatología que altere su capacidad de discernimiento y control de su voluntad.

- Por otro lado habría que señalar, estando a los informes del equipo multidisciplinario que el menor Rodrigo Vera Benzaquén, siente afecto por ambos padres, por su minoría tiene mayor dependencia, si bien él sostiene que desearía vivir con su padre denota duda y esta situación es fuente de conflicto emocional para él. Refiere así porque el afecto lo ha volcado a su hermana y debido a ella, la sigue en sus decisiones la de vivir al lado de su padre.

TERCERO.- Apelada esta decisión por el demandante, la **Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, emitió la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número nueve, de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete (fojas mil setecientos nueve), que revocó la sentencia de fecha diecisiete de mayo de dos mil diecisiete (fojas mil quinientos sesenta y uno), en cuanto declaró infundada la demanda sobre tenencia de sus dos menores hijos, incoada por Alex Rubén Vera Álvarez y se le concede a aquél un régimen de visitas, disponiendo además que ambos padres reciban terapia psicológica; y reformándola declararon fundada la demanda, en consecuencia, concedieron la tenencia de los dos hijos adolescentes de la pareja, de iniciales R.V.B. y M.V.B. al progenitor demandante, con quien vivirán bajo su cuidado; asimismo establecieron un régimen de visitas para mantener la relación materno-filial en el siguiente horario: - lunes a viernes, después de su horario de trabajo a partir de las siete y hasta las nueve de la noche, la madre podrá visitarlos y externarlos, con posibilidad de pernocte dos veces a la semana; previa comunicación al padre y en coordinación con los dos hijos; - fines de semana: el segundo fin de semana del mes y el cuarto fin de semana del mes, la madre podrá recoger a sus menores hijos y disfrutar con ellos con pernocte en su casa, de nueve de la mañana del sábado a cinco de la tarde del domingo inmediato siguiente, y al cabo de dicho horario los devolverá al hogar paterno, siendo los otros dos fines de semana, los que permanecerán en el hogar paterno; - fiestas familiares durante los años impares como el presente, a fin de año, pasarán la noche buena: 24 de diciembre con la madre, y navidad 25 de diciembre con el padre, y el fin de año el 31



de diciembre con la madre, y el año nuevo 01 de enero con el padre; cumpleaños de los hijos: en caso no tengan una celebración en común en la que ambos padres puedan departir con sus hijos, en los años pares los adolescentes los pasarán con su señora madre, y en los años impares lo pasarán con su señor padre; el día de la madre segundo domingo de mayo, lo pasarán con su señora madre, pues coincide con el régimen de fines de semana; y el día del padre tercer domingo de junio, lo pasarán con su señor padre ya que está dentro de su régimen de fines de semana; - vacaciones escolares: durante los meses de enero y febrero, cada padre podrá disfrutar de la compañía de sus hijos durante un mes: en los años pares el padre durante el mes de enero, y la madre durante el mes de febrero; en los años impares se invertirán los meses; asimismo durante las vacaciones de medio año: una semana con el padre y una semana con la madre: durante los años pares la primera semana será con el padre y la segunda con la madre, y en los años impares se invertirán las semanas; tales fechas podrán ser modificadas en función a la búsqueda de la mejor relación de los adolescentes con sus padres, y respetando la opinión de ambos, previa coordinación por escrito, vía correo electrónico o redes sociales y con la confirmación del caso; notificándose y los devolvieron.

3.1. Básicamente sustenta su decisión señalando: Que el Colegiado Superior no comparte el criterio esbozado por la *A quo* en el sentido que no debe variarse el *status quo* porque se asume que generaría un inapropiado conflicto emocional para los dos hijos, pues las habilidades maternas pueden ser mejoradas con terapia psicológica, ya que sin soslayar el hecho que tales terapias, en efecto, pueden mejorar en ambos casos –padre y madre-, las formas de relacionamiento con los hijos, no es menos cierto que existe una opinión clara y favorable a la variación de tenencia expresada por ambos adolescentes, teniéndose en cuenta además su edad actual (15 y 13 años de edad), sobre la posibilidad de vivir con el padre, con quien ambos afirmaron se sienten mejor atendidos y en confianza, y por el vínculo afectivo de mayor identificación con este.

CUARTO.- Habiéndose declarado **procedente** el recurso de casación por causal referida tanto a la **infracción normativa procesal¹ y sustantiva²**, es necesario señalar que la primera, es sancionada ordinariamente con nulidad procesal. La misma

¹ Inciso 5 del Artículo 139 de la Constitución del Estado; inciso 3 del artículo 122 y 197 del Código Procesal Civil.

² Artículo 82 y 84 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes.



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.

QUINTO.- 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 justa³. 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”*⁴.

SEXTO.- 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.

SÉTIMO.- Uno de los contenidos esenciales del Derecho al Debido Proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y

³ Hurtado Reyes, Martín, La casación Civil, Una aproximación al control de los hechos, Lima, Idemsa 2012, p. 299

⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente número 1434-2006-PA/TC, del 27 de febrero de 2008)



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 esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...)”⁵.*

7.1. En concordancia con lo señalado, el mismo Tribunal establece 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 vengán 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 vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)”⁶.*

OCTAVO.- Antes de analizar los argumentos sobre los cuales reposan las infracciones denunciadas, es menester tener cuenta que el demandante básicamente solicitó la tenencia y custodia de sus menores hijos bajo la premisa que la demandada en forma unilateral está restringiendo la relación paterno filial, además presenta un carácter

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente número 04348-2005-PA/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento dos.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente número 4295-2007-PHC/ TC, del 22 de setiembre de 2008, fundamento cinco.



violento y toma pastillas para calmar la ansiedad, lo cual repercute en el trato que le da a los hijos a quienes le grita constantemente, además trabaja desde las siete horas hasta las veintiún horas de lunes a jueves, por lo que los hijos en la tarde están descuidados.

NOVENO.- 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 y la paterna⁷ 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 único para el aprendizaje experiencial, el cuál marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez”*⁸.

DÉCIMO.- Es así que todas las medidas que se tomen en relación a los menores 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 PRIMERO.- 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,

⁷ 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.

⁸ Alberto Arocena, Gustavo. Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes”. Buenos Aires: Astrea, 2010. pág. 2-3.



psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que este demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres. Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un “menor maduro”, este debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos, de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, debe realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate.

DÉCIMO SEGUNDO.- 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 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”.*

DÉCIMO TERCERO.- Al respecto y conforme lo ha recogido el *Ad quem*, en la declaración de la adolescente M.V.Q. a fojas cuatrocientos treinta y nueve, a las preguntas: **a)** ¿cómo es la relación con tu mamá? Sostiene que: *“no quiero vivir ahí con mi mamá, no puedo dormir en las noches, una de las empleadas de mi abuela me trataba mal, me decía “ya viene la loca”;* **b)** ¿cómo te corrige tu mamá? *Refiere: “que me dice que me va a romper la cara, mi mamá me ha comprado unos muebles nuevos y vinieron mis primos que habían ensuciado un poco los muebles y mi abuela empezó a levantar la voz y mi mamá también me dijo que era una malcriada;* **c)** ¿por qué te gustaría vivir con tu papá? *Responde: “que en su casa duermo bien, me ayuda, es mi cocinero, hace todo por mí; siempre me cuida, está mi abuelo al que quiero un montón, quiero estar más cerca de ellos, es más cómodo para mí, estoy más cerca del Club Rinconada;* **d)** ¿Tienes algo más que agregar? *Responde: “que gane mi mamá o pierda mi papá quien está perdiendo no son ellos, si no yo”.*



13.1. Asimismo, en la declaración del adolescente R.V.B. corriente a fojas cuatrocientos cuarenta y ocho, a la pregunta: **a)** ¿Si le has dicho a Micaela con quien quieres vivir? Responde: *“Que sí que quiero vivir con mi papá, porque mi papá me ha dicho que si vivo con él va a contratar una nana, que todos los días voy a ir a la casa de mi mamá nunca lo va a impedir y es cumpleaños de mi abuela voy a ir donde ella, eso nos ha dicho a los dos; b)* ¿Estás contento viviendo con tu mamá? Responde: *“Que si, pero me gustaría vivir con mi papá”.*

13.2. Ahora, según los informes psicológicos números 062-2016-MCF.EM-PSI y 063-2016-MCF.EM-PSI de fojas seiscientos noventa y uno y seiscientos noventa y cuatro, se concluye que los menores quieren a ambos progenitores y no existe desvinculación afectiva hacia la madre ni alineación parental y se sugiere a ambos progenitores anteponer sus diferencias y tratar de llevar relaciones cordiales en pro de la estabilidad emocional de sus hijos.

13.3. Según la pericia psicológica número 2128-16-SJR-EM-PSI de fojas mil trescientos ochenta y cinco, practicada sobre la demandada Sandra Benzaquén Krajnik, concluye: *“la evaluada se encuentra vinculada afectivamente a sus hijos, no obstante, presenta características de personalidad que tienden a influir de forma desfavorable sobre el estilo de crianza, alterando con ello las relaciones afectivas con sus hijos, aspecto sobre el cual no se muestra consciente. Aunque sus objetivos y motivaciones maternas tienen a ser positivas, suele ser exigente, crítica, reactiva y de poco empatía en su actuación como madre, lo cual tiene un impacto desfavorable en la relación materno filiar, particularmente con su hija”.*

13.4. Lo antes acotado, denota que los menores hijos del demandante, tienen conocimiento de las rivalidades de sus padres y el estado de este proceso judicial y expresan con claridad ante su progenitor y los órganos de auxilio (asistente social y psicólogos) su deseo de residir en compañía de su padre, es así que conforme lo ha recogido la Sala Superior, a la luz de los hechos y las pruebas actuadas, los menores han confirmado su deseo de vivir al lado de su señor padre.

DÉCIMO CUARTO.- 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 los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la



Constitución Política del Perú, concordante con el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, por consiguiente, la decisión adoptada por el Colegiado se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria concordada con el artículo 197 del Código Procesal Civil, 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 debido proceso en su vertiente a la motivación de las resoluciones judiciales, 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 QUINTO- En cuanto a la infracción normativa material de los artículos 82 y 84 del Código de los Niños y los Adolescentes, es necesario tener en cuenta que la estructura del Código de los Niños y Adolescentes y las normas que regulan la tenencia y custodia del niño y de los adolescentes, prevista por el artículo 81⁹ del Código acotado, establece las condiciones de hecho para solicitar la tenencia y custodia de un menor, y más que un derecho de los padres que están separados, implica el derecho de los hijos a mantener con el padre o la madre (que no ejerce la patria potestad o no vive con él) una relación afectiva necesaria para garantizar el desarrollo integral del niño o el adolescente, por lo que es facultad del juez -aun cuando hubiera acuerdo entre los padres, si resultara perjudicial para el niño, niña o adolescente- disponer las medidas necesarias siempre en salvaguarda del interés superior del niño, es decir, lo que resulte más conveniente a los intereses de los menores.

15.1. En el presente caso, tenemos que la demandada alega la vulneración de esta norma, ya que de forma inmediata y prescindiendo de la asesoría del equipo multidisciplinario, se ordenó la tenencia de sus hijos. No obstante, dicho argumento carece de asidero, ya que conforme ha quedado establecido en autos, los menores expresaron su voluntad de vivir en el hogar de su padre y, en atención a la Convención

⁹ Artículo 81.- Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.



de los Derechos del Niño que en su artículo 12 regula: “1) *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten 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*”. Lineamiento que ha sido observado por el Ad Quem, toda vez que se ha privilegiado la voluntad de los adolescentes cuyas edades a la fecha de evaluación oscilaban entre los once y trece años y a la data cuentan con trece y dieciséis años, conforme se aprecia de las partidas de nacimiento de fojas seis y siete, además de acuerdo a lo señalado en la pericia psicológica practicada sobre el demandante, a fojas mil trescientos setenta: “*el evaluado se encuentra vinculado afectivamente a sus hijos, con interés a participar activamente en su vida y velar por su desarrollo integral. Al momento del examen expresa ansiedad y preocupación por el bienestar de sus hijos ya que los percibe maltratados y dañados por la forma de la crianza de la madre*” de lo cual se evidencia un estado de atención y cuidado constante frente a las necesidades de sus hijos, situación que se corrobora con la pericia psiquiátrica practicada sobre el demandante, obrante a fojas setecientos noventa y nueve, que concluye: “*salud mental sano, no presenta signo de trastorno mental alguno que lo aleje de la realidad, personalidad dentro de los parámetros normales, se encuentra clínicamente normal*”; todo lo cual denota que la conducta del padre favorece al cuidado de sus hijos y no generaría daño o trastorno alguno a los menores, máxime si el demandante acredita haber mantenido permanente contacto y preocupación por sus hijos y pese a las limitaciones impuestas por la demandada en la crianza de éstos, demuestra ser parte activa en su desarrollo, lo que ha originado que los menores demuestren mayor comodidad y tranquilidad en dicho seno y prevalezca la convivencia con su padre.

DÉCIMO SEXTO.- Finalmente en cuanto al artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, tenemos que la demandada denuncia específicamente la infracción del inciso a), que establece que el Juez deberá tener en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, empero, de autos se advierte que según la pericia psicológica practicada sobre la demandada a fojas mil trescientos ochenta y cinco, es una persona proactiva,



organizada, exigente, crítica, emocionalmente reactiva e impulsiva y de poca empatía en su actuación de madre, lo cual tiene impacto desfavorable en la relación materno filial particularmente con su hija, lo cual demuestra que la convivencia con la madre no ha sido beneficiosa, en consecuencia, no se configura el supuesto que describe el inciso a) del artículo 84 del referido cuerpo normativo.

DÉCIMO SÉTIMO.- Abunda sobre el particular que a efectos de salvaguardar y afianzar la relación de los menores con su madre, la Sala Superior ha dictado las medidas necesarias a efectos que madre e hija mantenga comunicación, estableciendo un régimen de visitas amplio y sin restricciones que pueda mantener la relación materno filial de forma adecuada.

DÉCIMO OCTAVO.- Finalmente, en cuanto al escrito presentado el quince de noviembre de los corrientes por la demandada, mediante el cual pone en conocimiento que el ambiente al que llevó el demandante a los menores durante el régimen de visitas acordado, es decir, la casa del abuelo de los niños no era precisamente la más favorable; no incide sobre la decisión adoptada, toda vez que según las declaraciones del demandante Álex Rubén Vera Álvarez el cinco de setiembre de dos mil dieciocho, vertidas en la DIRINCRI LA MOLINA-CIENEGUILLA, al responder a la pregunta tres precisó: “(...) *anteriormente vivía en la casa de mi padre Julio Cesar Vera Vera signado como Calle Omega Nro. 180 Urb. Rinconada del Lago – La Molina, de donde me retiré a raíz de todos estos problemas que se viene investigando*”, versión que se corrobora con la declaración de Julio Cesar Vera Vera, vertida el siete de setiembre de dos mil dieciocho en las oficinas de la DIRINCRI LA MOLINA-CIENEGUILLA con la presencia del representante de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de La Molina y Cieneguilla, puesto que en su respuesta a la pregunta quince, refiriéndose al ahora demandante sostiene: “*empecé a sospechar que quería adueñarse de mi inmueble cuando casi a fines de julio del año en curso se fue de mi casa, se llevó las llaves de la puerta de la casa y el control remoto del garaje, lo cual hasta ahora no me los ha devuelto, a pesar de querer contactarlo por vía telefónica me cortó todo tipo de comunicación*”; con lo que se evidencia que el demandante domicilia en un lugar distinto al que compartía con el abuelo de los adolescentes y que los mantiene fuera de ese entorno.



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 la demandada **Sandra Hanna Benzaquén Krajnik** (fojas mil setecientos setenta y nueve) contra la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número nueve, de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete (fojas mil setecientos nueve), emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la sentencia de primera instancia, y reformándola declaró fundada la demanda, en consecuencia, concedieron la tenencia de los dos hijos adolescentes de la pareja, de iniciales R.V.B. y M.V.B. al progenitor demandante

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad, en los seguidos por Alex Vera Rubén Álvarez contra Sandra Hanna Benzaquén Krajnik sobre Tenencia y Custodia de Menor; y *los devolvieron*. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA

AROS / MMS / MQL / JMF