CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 171-2018

UCAYALI

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

> **SUMILLA.-** El proceso de tenencia y custodia de menor, más que un derecho de los padres que están separados, implica el derecho de los hijos a mantener con el padre o la madre una relación afectiva necesaria para garantizar el desarrollo integral del niño o el adolescente, por lo que es facultad del juez disponer las medidas necesarias siempre en salvaguarda del interés superior del niño.

Lima, veinte de agosto de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número ciento setenta y uno – dos mil dieciocho, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por **Jackeline Georgina Figueroa Chávez de Salazar** (fojas 1296) contra la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número diez, de fecha treinta de octubre de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali (fojas 1277) que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de Tenencia y Custodia de fojas ciento treinta y uno interpuesta por Jorge Luis [redacted] contra Jackeline Georgina [redacted] respecto de la niña [redacted] de dos años de edad; establecer un régimen de visitas a favor de Jackeline Georgina [redacted] respecto de la niña [redacted] de dos años de edad, régimen que se efectivizará los fines de semana desde el día viernes a partir de las seis de la tarde hasta las seis de la tarde del día domingo, con externamiento del hogar paterno, sin perjuicio de que ambos progenitores se pongan de acuerdo en horarios más amplios y flexibles para la realización de las visitas, con lo demás que contiene.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala Suprema por resolución de fecha tres de mayo de dos mil dieciocho (fojas 82 del cuadernillo de casación) declaró procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **i) Infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú concordante con el inciso 6 del artículo 50 e inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil,** refiere que la resolución cuestionada no se encuentra justificada interna ni externamente, el fallo que confirma la resolución número ochenta y ocho no surge de las premisas expuestas, es manifiestamente arbitraria, el iter lógico seguido en la resolución incurre en serias falencias que han llevado a descartar la integral valoración probatoria introducida legítimamente al proceso, denotando así insuficiencias en el camino discursivo escogido, concretamente en lo que se refiere a los diagnósticos médicos, informes psicológicos y sociales practicados a las partes, omitiendo otros medios probatorios advertidos por el Fiscal Superior en su dictamen; no existe argumento alguno respecto a las premisas que podrían llevar a tal conclusión, como las siguientes: **a)** Que el cuadro de faringitis, desnutrición y anemia sea consecuencia del descuido de la madre, más aún cuando son diagnósticos de favor realizados por médicos particulares no especialistas; **b)** Que los indicadores de personalidad, caracterizada por un estilo de vida esquizoide, dependiente con tendencia compulsiva, sean negativos, que sea un peligro para su menor hija, que la inhabiliten para ejercer la tenencia. No existe análisis de los documentos que determine el verdadero significado y alcance de los diagnósticos. Nada de lo dicho en la sentencia justifica la conclusión de que la recurrente haya incumplido con sus deberes de madre, descuidando, maltratando o abandonando a su menor hija y el hecho que la menor se encuentre afectada en su salud no significa de modo alguno que ello sea consecuencia de descuido de la madre ni que ello sea motivo para considerar que no está capacitada para ejercer la tenencia de la menor, más aún si está acreditado que ella vivió todo el tiempo de su vida al lado de la madre,

encontrándose separada del padre desde antes del nacimiento, como él mismo lo ha reconocido en su demanda, pero sin embargo, ha sido inexplicablemente omitido. De los informes de las visitas sociales demuestran que la recurrente puede brindar un lugar adecuado para el buen funcionamiento del hogar y que no se aprecia incompatibilidades para que la recurrente cumpla con su rol materno, no significando ningún peligro para su menor hija; **ii) Infracción normativa procesal del artículo 197 del Código Procesal Civil**, sostiene que no se han valorado los medios probatorios en forma conjunta y razonada, la sola mención de documentos y de su contenido, no es valoración, es evidente que la conclusión surge de la apreciación subjetiva de un solo documento, el protocolo de Pericia Psicológica número 000422-2017-PSC-VF. Las sentencias de mérito se han dictado con insuficientes medios probatorios a fin de hacer prevalecer los principios rectores del interés superior del niño, como tampoco existe pronunciamiento del Fiscal Provincial de Coronel Portillo, en general, no se han actuado los medios probatorios que resultan pertinentes al caso en concreto para emitir una decisión judicial acorde a los principios del debido proceso y tutela judicial, tales como la evaluación psicológica de la recurrente con el equipo técnico como lo dispone la ley, no se han recabado los Expedientes número 567-15 del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Coronel Portillo sobre ofrecimiento de pago por consignación de pensión alimenticia y número 1393-2015 del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Coronel Portillo sobre Alimentos, omisiones que fueron advertidas por el Fiscal Superior en el Dictamen número 129-2017-MP-FN-PFSC del veintiocho de setiembre de dos mil diecisiete; y, **iii) Infracción normativa material del artículo 81 e incisos a) y b) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes en concordancia con el principio de interés superior del niño,** alega que estas disposiciones no han sido aplicadas, no se ha tomado en cuenta que de la copia de la partida de nacimiento de su menor hija se evidencia que nació el tres de noviembre de dos mil catorce, que a la fecha de interposición de la demanda contaba con

ocho meses de edad y que evidentemente era menor de tres años, por lo que, no correspondía otorgarle la tenencia al padre, más aún cuando por su conducta, este no garantiza que su menor hija mantenga contacto con la recurrente, como ha venido ocurriendo desde que tiene la tenencia provisional que le fuera otorgada desde que la niña tiene un año y diez meses, sin considerar el interés superior del niño. Además, no existe en autos documento alguno que demuestre directa y objetivamente que la recurrente haya incumplido con sus deberes de madre, maltratando, abandonando o descuidando a su menor hija. No existe motivo justificado para apartar a la menor del lado de su madre, más aún si está acreditado que la menor ha vivido el mayor tiempo al lado de la madre y además el padre ha sido demandado por Violencia Familiar, medios probatorios que no han sido evaluados.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Jorge Luis [redacted] (fojas 131), interpone demanda de tenencia y custodia contra Jackeline Georgina [redacted] con la finalidad que se reconozca a su favor la tenencia y custodia de su menor hija [redacted] de nueve meses de edad a la fecha de interposición de la demanda. El accionante fundamenta su pretensión señalando que contrajo matrimonio civil con la demandada el dieciséis de diciembre del año dos mil diez y producto de dicha relación conyugal nació su menor hija; señala que debido a cambios en el estado de ánimo y conductual de la demandada, esta ha venido ejerciendo violencia física y psicológica contra su primer hijo habido en su primer compromiso, su menor hija y el demandante, prueba de ello son las demandas sobre violencia familiar interpuestas por el padre de su primer hijo; asimismo sostiene que debido a la violencia familiar ejercida contra su persona, cuando visitaba a su menor hija, la demandada se encuentra procesada e investigada por el delito de lesiones leves por violencia familiar, habiendo optado el accionante por llevar a su

menor hija a su domicilio, donde al ser evaluada por un especialista sobre su estado de salud debido a su inapetencia y bajo peso se ha determinado según informe médico que su menor hija padecía de desnutrición aguda y faringitis aguda, entre otras cosas; por cuyas razones solicita se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hija.

SEGUNDO.- Admitida la demanda mediante la Resolución número uno, de fecha seis de agosto de dos mil quince y luego de haberse corrido traslado de la demanda, es que la demandada **Jackeline Georgina Figueroa Chávez de Salazar** (fojas 224), absuelve el traslado de la demanda planteada señalando esencialmente que la relación conyugal con el demandante no prosperó debido a razones de violencia familiar del que fue víctima en forma reiterada y sistemática así como su menor hijo por parte del demandante quien luego de que contrajo matrimonio asumiría una conducta perjudicial de maltrato físico y psicológico en su contra, asimismo sostiene que el accionar del demandante obedece a su negativa de volver con él debido a su comportamiento violento y agresivo así como en represalia frente a las continuas denuncias que le formulara por tal concepto y que conllevara a sendas denuncias e investigaciones como sentencias en su contra.

TERCERO.- Tramitada la causa conforme a su naturaleza, el Juez de la causa mediante sentencia contenida en la Resolución número ochenta y ocho, de fecha dos de junio de dos mil diecisiete (fojas 968) declaró fundada la demanda instaurada por Jorge Luis [redacted] sobre tenencia y custodia y en consecuencia declara un régimen de visitas a favor de la demandada respecto de su menor hija con externamiento del hogar paterno. De los fundamentos fácticos de dicha resolución el *A quo* llega a establecer lo siguiente:

i. La niña desde su nacimiento ha vivido al lado de su progenitora Jackeline Georgina [redacted] llegándose a dicha conclusión en

atención a lo alegado por ambas partes durante el decurso del proceso; **ii.** Del Certificado Médico expedido por la Clínica San Lucas de fecha veintinueve de julio del dos mil quince se establece que la menor padece de faringitis aguda, desnutrición aguda y anemia, se tiene en cuenta además que la niña para su edad no tiene el peso ni la salud adecuada lo que resulta atribuible a la demandada por la falta de atención y cuidado, quien por lo demás no ha desvirtuado el delicado estado de salud de su hija durante su permanencia con ella no obstante que percibían una pensión de alimentos del padre de su hija, por lo que el juzgado considera que la menor no debe permanecer al lado de su progenitora; **iii.** Esta situación se corrobora además con el Protocolo de Pericia Psicológica practicado por el Instituto de Medicina Legal a la demandada por el que se establece que presenta un nivel de conciencia conservada, sin indicadores de psicopatología mental y con indicadores de personalidad caracterizada por un estilo de vida esquizoide y dependiente con tendencia compulsiva; y, **iv.** Asimismo, de las copias de los actuados a nivel policial y fiscal se muestra en la demandada un comportamiento violento y de descuido respecto de la crianza de su hijo Mateo Sebastián López Figueroa a quien ha agredido física y psicológicamente, de lo que el juez concluye que el demandante se encuentra en mejores condiciones que la demandada para dedicarse al cuidado de su menor hija no obstante la edad de la misma, por cuya razón determina un régimen de visitas con externamiento a favor de la demandada respecto de su menor hija con la finalidad que se mantengan los vínculos afectivos y filiales entre la madre y su menor hija.

CUARTO.- Mediante sentencia de vista contenida en la Resolución número diez, de fecha treinta de octubre de dos mil diecisiete la **Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali** (fojas 1277) confirma la sentencia de primera instancia por la que resuelve declarar fundada la demanda sobre tenencia y custodia de menor. De los fundamentos

de dicha resolución se llega a establecer que el *ad quem* ha establecido lo siguiente:

i. De la revisión de la resolución recurrida y el fundamento de la misma, se tiene que esta se encuentra arreglada a ley, al haber valorado los medios probatorios en forma conjunta y razonada, siendo que el Instituto de Medicina Legal de la División Médico Legal del Ministerio Público de Yarinacocha, ha emitido el Protocolo de Pericia Psicológica número 000422-2017-PSC-VF de fecha diez, dieciocho y veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, practicada a la demandada Jackeline Georgina [redacted] en cuyas conclusiones señala: *"(…) No presenta indicadores de afectación emocional compatible a maltrato psicológico. Presenta sentimientos de frustración e impotencia. Rasgos de personalidad compulsiva, esquizoide, inmadura emocionalmente y dependiente"*; en ese sentido, si bien la conducta de la madre no constituye una situación de riesgo para el desarrollo integral de la menor; sin embargo, la Sala Superior establece que de la evaluación de la citada Pericia psicológica, se tiene que la demandada no se encontraría en condiciones de tener la custodia de la menor; **ii.** Asimismo, si bien se debe tomar en cuenta la opinión del niño, como dispone la ley, en el caso de autos ello no debe ser determinante, dada su capacidad limitada de discernimiento por la edad que tiene la menor; **iii.** No existe vulneración al derecho de motivación ni al debido proceso en la sentencia de primera instancia, porque durante el proceso las partes han hecho valer sus derechos, presentando los medios probatorios pertinentes para acreditar sus afirmaciones; y, **iv.** Asimismo en aplicación del control de convencionalidad, la Sala Superior determina que la Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes con el ordenamiento jurídico peruano.

QUINTO.- En el presente caso, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de infracción de normas de derecho material y procesal, teniendo en cuenta ello, es de advertirse que conforme lo dispone el

artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara fundado el recurso de casación por la causal de infracción normativa de orden procesal se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita un nuevo fallo, mientras que si se declara fundado el recurso por la causal de infracción normativa material, la Sala Suprema actuando en sede de instancia deberá resolver el conflicto según su naturaleza. Es por ello, que la revisión de las causales por las que ha sido declarado procedente el recurso de casación debe comenzar por el análisis de la infracción normativa de naturaleza procesal.

SEXTO.- Habiéndose declarado procedente la causal por infracción normativa de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú en concordancia con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 50 e inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, es menester precisar que esta causal debe ser analizada en primer término, en atención a los efectos nulificantes de los actos procesales señalados en ellas, toda vez que de resultar ser amparable, carecería de objeto pronunciarse respecto de la causal por infracción normativa material denunciada.

SÉTIMO.- Al respecto, debe precisarse que el debido proceso que consagra el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú está concebido como la correcta observancia de todas las garantías, principios y normas de orden público que regulan el proceso como instrumento adecuado para la emisión de las decisiones jurisdiccionales justas. Entre las garantías que debe observarse en relación al debido proceso se considera la adecuada motivación de las resoluciones judiciales, la misma que se encuentra prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y que resulta esencial en las decisiones judiciales, en atención a que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, pues solo a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia,

evitándose con ello arbitrariedades y además permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico, las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto, los errores que puede haber cometido el juzgador.

OCTAVO.- Asimismo se debe destacar que el Código Procesal Civil en materia probatoria ha conferido ciertas facultades al juez para que la etapa probatoria del proceso civil sea una auténtica comunidad de esfuerzos de este y de las partes, pues como informa el artículo 197 de la referida norma procesal, el principio de la unidad de la prueba establece que la prueba debe ser apreciada en su conjunto dado que la certeza no se obtiene con una evaluación aislada y fragmentaria sino aprehendido en su totalidad, de tal modo que unidas lleven al ánimo del juez, la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos discutidos en la *Litis*.

NOVENO.- La estructura del Código de los Niños y Adolescentes y las normas que regulan la tenencia y custodia de dichas personas, prevista por el artículo 81 del Código acotado, establece los supuestos 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 o adolescente- disponer las medidas necesarias siempre en salvaguarda del interés superior del niño, es decir, lo que resulte más conveniente a los intereses del menor.

DÉCIMO.- Asimismo, cabe precisar que para resolver este tipo de procesos que inciden sobre asuntos de menores, debemos tener en cuenta el principio denominado "*interés superior del niño*". La Convención sobre los Derechos del

Niño aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en el año mil novecientos ochenta y nueve y ratificada por el Perú en el año mil novecientos noventa declara el Principio del Interés Superior del Niño, el cual significa que cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar en primer lugar el cuidado de que no dañe ni ponga en riesgo el cumplimiento de ningún derecho de niños y adolescentes. Tal principio también es recogido por el numeral IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes según el cual: "*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*".

DÉCIMO PRIMERO.- En virtud de lo expuesto precedentemente y habiéndose examinado lo actuado en el presente caso, esta Sala Suprema llega a la conclusión que la Sala Superior no habría valorado en forma conjunta y razonada las pruebas, de acuerdo a lo ordenado por el numeral 197 del Código Procesal Civil, en concordancia con el principio referido al "*Interés Superior del Niño*", puesto que, en primer término, se limita a amparar la demanda esencialmente en virtud del Protocolo de Pericia Psicológica número 000422-2017-PSC-VF de fecha diez, dieciocho y veinticuatro de abril de dos mil diecisiete practicada a la demandada Jackeline Georgina [redacted] que, según la citada Sala, determina que la demandada por el momento no se encontraría en condiciones de tener la custodia de la menor; sin embargo, ha omitido analizar los demás medios probatorios señalados en el apartado 3.4 de la parte considerativa de la sentencia de vista y contrastar los resultados y conclusiones allí establecidas con el asunto materia de controversia a los efectos de verificar si le produce o no un estado de convicción sobre los hechos que son materia de demanda en esta causa, lo

que resulta necesario esclarecer en razón a la naturaleza del proceso y la complejidad del asunto materia de autos.

DÉCIMO SEGUNDO.- Asimismo, no se tenido en cuenta lo ordenado por el juez de la causa en la continuación de audiencia única de fojas 759-762 por el que se admite la evaluación psicológica y psiquiátrica a practicarse a la parte demandada, no verificándose por consiguiente que se hubiese cumplido con dicho mandato judicial, lo que resulta necesario efectivizar a fin de determinar de manera cierta e indubitable si la demandada se encuentra o no en condiciones adecuadas y razonables de tener la custodia de su menor hija.

DÉCIMO TERCERO- De otro lado no pasa desapercibido para esta Suprema Sala el hecho que el demandante tiene igualmente serias objeciones y cuestionamientos en su contra que ponen en controversia sobre si realmente se encuentra calificado para tener la custodia que solicita en estos autos pues si bien existe una medida cautelar de tenencia provisional a su favor, también lo es que existen varias demandas sobre violencia familiar en agravio de su cónyuge, así como un proceso sobre ofrecimiento de pago por consignación de pensión alimenticia y un proceso de alimentos en contra del demandante que no han sido materia de análisis y que resultan necesarios examinar a fin de dilucidar acabadamente la presente controversia.

DÉCIMO CUARTO.- Asimismo, se torna necesario que las instancias de mérito examinen la conducta y personalidad de las partes en conflicto a través de una evaluación sicológica y siquiátrica o en su caso utilizando cualquier otro medio técnico idóneo a fin de establecer razonadamente a cuál de las partes corresponde en definitiva ser favorecido con la tenencia y custodia de su menor hija, ello además, de la posibilidad de obtener la opinión de la citada menor en tanto sea adecuado y pertinente y en cuanto no perjudique el estado o la salud emocional de esta, por cuanto resulta evidente que la tenencia debe

atender básicamente al interés superior de la niña, el mismo que tiene por objeto el bienestar moral y físico de la misma, conforme se desprende del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

DÉCIMO QUINTO.- Por consiguiente, estando a que ninguna de las circunstancias antes descritas han sido objeto de análisis por parte de las instancias de mérito, este Supremo Tribunal considera la existencia de una falta de motivación fáctica de las recurridas en cuanto a los puntos señalados en la presente resolución, deficiencias que deben ser corregidas para efectos de emitir una sentencia acorde a derecho. Estando a lo precedentemente expuesto, se aprecia por consiguiente que se ha incurrido en deficiente motivación que lesiona gravemente el contenido esencial de la garantía constitucional de la debida motivación y con ello el debido proceso legal, contemplado en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

IV. DECISIÓN:

Por las razones anteriormente expuestas, corresponde el reenvío de los autos a la Sala Superior a los efectos que se emita nuevo pronunciamiento, invocando a los señores magistrados la debida diligencia y celeridad para efectos de emitir un pronunciamiento judicial a la brevedad posible dada la naturaleza del presente proceso y a los derechos que se encuentran en juego, en atención a lo señalado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil; por cuyas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil, **y de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo.**

4.1. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **Jackeline Georgina** [redacted] (fojas 1296); en consecuencia **CASARON** la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número diez, de

fecha treinta de octubre de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali (fojas 1277), y en calidad de reenvio: **ORDENARON** que la Sala expida nueva resolución con arreglo a ley.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" bajo responsabilidad en los seguidos por Jorge Luis [redacted] contra Jackeline Georgina [redacted] sobre Tenencia y Custodia de Menor; *y los devolvieron*. Integran esta Sala los Jueces Supremos Salazar Lizárraga y Calderón Puertas por licencia de los Jueces Supremos Cabello Matamala y De la Barra Barrera. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

SALAZAR LIZÁRRAGA

CALDERÓN PUERTAS

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

CÉSPEDES CABALA

Lpderecho.pe