



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

El interés superior del niño, que es principio interpretativo y norma de procedimiento, exige, como tal, considerar caso a caso los hechos y la situación del menor afectado; elegir, entre las múltiples posibilidades interpretativas, la situación que más conviene a su cuidado, protección y seguridad; y adoptar una decisión que estime las posibles repercusiones en él.

Lima, treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número tres mil ochocientos sesenta y siete de dos mil diecinueve, los expedientes acompañados, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, conforme el Dictamen Fiscal y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Maximiliana Coila Pérez**¹, de fecha 25 de junio de 2019, contra la sentencia de vista, de fecha 6 de junio de 2019², que confirmó la sentencia de primera instancia, de fecha 28 de diciembre de 2018³, que declaró fundada la demanda sobre variación de tenencia del menor de iniciales J.L.Z.C.

¹ Página 705.

² Página 646.

³ Página 508.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante escrito de fecha 13 de julio de 2016⁴ y escrito de subsanación de fecha 5 de agosto de 2016⁵, **José Arturo Zea Velazco**, interpuso demanda de variación de tenencia por incumplimiento de régimen de visitas, contra **Maximiliana Coila Pérez**, teniendo como pretensión que se ordene a su favor la tenencia de su menor hijo de iniciales J.L.Z.C.

Fundamentos de la demanda:

- Con la demandada mantuvo una relación convivencial durante el año 2009, fruto de lo cual procrearon a su menor hijo, quien a la fecha tenía 6 años y 3 meses de edad, fijando su domicilio en la ciudad de Puno. En noviembre del 2009, la demandada abandonó el hogar y se fue a vivir a Juliaca, siendo que aproximadamente luego de 5 años se fue a Arequipa llevándose a su hijo sin su aprobación.
- Con fecha 30 de marzo, la demandada le interpuso una demanda de alimentos (expediente N.º 00465-2011), el cual concluyó por conciliación.
- Se vio obligado a entablar una demanda de régimen de visitas (expediente N.º 00504-2011), obteniendo sentencia favorable en ambas instancias, disponiéndose a su favor un régimen de visitas con externamiento. Habiendo quedado consentida la sentencia emitida, se fijó fecha para la primera, segunda y tercera visita, pero la demandada se resistió a dar cumplimiento a la sentencia, conducta que le causa graves perjuicios ya que a la fecha se encuentra impedido de poder

⁴ Página 50.

⁵ Página 69.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

relacionarse con su menor hijo.

- Conforme a la Disposición N.º 05-2015, de fecha 14 de julio de 2015, se formalizó investigación contra la demandada por la presunta comisión del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.
- La demandada no le brinda a su hijo los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral, por cuanto: **i)** su hijo a una corta edad padeció de anemia; **ii)** conforme historia clínica de fecha 5 de agosto de 2011, la demandada retiró a su menor hijo del hospital sin contar con la autorización de alta del médico encargado, poniendo en riesgo su salud; y, **iii)** con fecha 5 de diciembre de 2011, su menor hijo presentaba una equimosis verde en el cachete izquierdo de la cara.

2. Contestación de la demanda

Mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2017⁶ y escrito de ampliación, de fecha 9 de febrero de 2017⁷, la demandada, **Maximiliana Coila Pérez**, contestó la demanda bajo los siguientes argumentos:

- El demandante no cumple con los alimentos y su hijo no lo conoce como su progenitor, ya que venía a verlo en estado de ebriedad, con el único fin de amenazarla psicológicamente.
- Las veces que el accionante se ha llevado al menor, lo ha devuelto escaldado y sucio, y cuando le reclamaba este le insultaba.
- Su menor hijo se encuentra bien de salud, viene cursando estudios primarios en un colegio particular gracias al apoyo de su actual compromiso, a quien le dice papá.
- El demandante tiene dos hijos menores de edad y trabaja de 9:00

⁶ Página 125.

⁷ Página 131.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

a.m. a 8:00 p.m., por lo que no cuenta con tiempo libre para atender a su menor hijo, quien se encuentra en etapa escolar y necesita de atención primordial.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia, de fecha 28 de diciembre de 2018, el juez declaró fundada la demanda, disponiendo que el accionante ejerza la tenencia y custodia del menor de iniciales J.L.Z.C. y fijó para la demandada un régimen de visitas con externamiento del hogar paterno; bajo los siguientes fundamentos centrales:

- Del informe social N.º 132-17-AS-1JEF-PSRJ-CSJU-PU, informe psicológico N.º 935-2017-PS-EMAJF-CSJPU, respecto a la demandada y los actuados del proceso recaído en el expediente N.º 00504-2011 (régimen de visitas a favor del accionante); se advierte que la demandada denota una personalidad con rasgos de explosividad y represión emocional, quien no permite que su menor hijo mantenga contacto con su progenitor, pese a existir un mandato judicial; quien incluso en el presente proceso judicial ha demostrado una actitud negativa al cumplimiento de los mandatos judiciales al no cumplir con poner a disposición del Juzgado a su menor hijo para recabar su declaración referencial, lo que dio lugar a que se tenga que prescindir de dicho medio probatorio.
- En aplicación de lo establecido en el artículo 91º del Código de los Niños y Adolescentes, al haberse acreditado el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente en el proceso N.º 00504-2011 a favor del accionante, actitud que generó que se sea denunciada por resistencia y desobediencia a la autoridad conforme expediente N.º 01316-2015, corresponde variar la tenencia del menor.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019
Puno
Variación de tenencia

4. Recurso de apelación

La demandada, **Maximiliana Coila Pérez**, mediante escrito, de fecha 7 de enero de 2019⁸, apeló la sentencia, con los siguientes fundamentos:

- No se tomó en cuenta el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, que establece que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- Existe un proceso sobre cobro de alimentos (expediente N.º 00465-2011) seguido contra el demandante, siendo que desde que se inició el mismo, este nunca ha cumplido con su responsabilidad, razón por la cual existen hasta 3 liquidaciones.
- Lo decidido traerá graves consecuencias al menor, tales como la afectación de su desarrollo integral, dado que el menor no conoce al accionante.
- El juez no ha tomado en cuenta que el accionante es una persona agresiva, que no cumple con su hogar y no acredita en dónde viviría el menor. Los informes emitidos por la asistente social y psicóloga se han realizado con cierta parcialización a favor del demandante.
- Si bien no llevó al menor a la audiencia, fue porque estaba mal asesorada; sin embargo, la Sala Superior seguramente solicitara la opinión del menor.

⁸ Página 583.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

5. Sentencia de vista

En mérito al recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior emitió sentencia el 6 de junio de 2019, confirmando la sentencia apelada; bajo los siguientes fundamentos:

- La jueza ha sustentado su decisión en base al contenido de la demanda y contestación de la misma, valorando los medios de prueba admitidos y actuados dentro del proceso y en consecuencia ha cumplido con lo establecido en el artículo 197° del Código Procesal Civil; además, en todo caso, la apelante no ha señalado el o los medios probatorios en concreto que no habrían sido valorados.
- En cuanto a la supuesta inobservancia del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes; cabe señalar que el accionante solicita la variación de la tenencia de su menor hijo bajo la premisa de incumplimiento del régimen de visitas estipulado en el artículo 91° del referido cuerpo normativo, siendo que en el caso de autos se tiene que el régimen de visitas fue fijado en el expediente judicial N.º 00504-2011, en dicho proceso mediante resolución N.º 23, de fecha 14 de setiembre de 2011, se declaró fundada la demanda interpuesta por el hoy accionante sobre régimen de visitas, lo cual habría sido incumplido por la negativa de la demandada, tal es así que en el referido expediente se emite la resolución N.º 48, de fecha 26 de octubre de 2014, mediante el cual se dispone remitir copias certificadas a la Fiscalía a efecto de que la demandada sea denunciada por resistencia y desobediencia a la autoridad, de lo cual se denota que es la demandada quien no permite que el accionante mantenga contacto con el menor, pese a existir un mandato judicial.
- En lo que respecta a que el demandante sería un deudor alimentario,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

obra en autos copia del expediente N.º 00465-2011, sobre cobro de alimentos, en el que se habrían practicado 3 liquidaciones de pensiones alimenticias devengadas, las cuales han sido canceladas, tal como se tiene de la última liquidación referida mediante la resolución N.º 47, de fecha 21 de julio de 2016, cuya orden de pago fue emitida a favor de la demandada, con lo cual se tiene que el accionante habría cumplido con su obligación alimentaria, encontrándose al día en el pago de la misma.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Esta Sala Civil, mediante resolución de fecha 23 de setiembre de 2019, ha declarado procedente el recurso de casación, por las causales de: **i) infracción normativa de los artículos 84º y 85º con cordante con el artículo 9º del Código de los Niños y Adolescentes; e, ii) infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión, señalándose además la incidencia de ellas en la decisión impugnada.

IV. FUNDAMENTOS

Primero. El interés superior del niño

1.1. La Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 20 de noviembre de 1959, estableció en el principio 2 que: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

1.2. El mismo criterio quedó reiterado y desarrollado en el artículo 3º.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, que en su momento dispuso que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**” (resaltado agregado).

1.3. En el plano interno y en una línea muy semejante a la supranacional, resulta de particular relevancia lo dispuesto en el artículo 4º, de nuestra Constitución Política de 1993: “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono*”, siendo que el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dejó claramente establecido que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

1.4. Por consiguiente, el interés superior del niño, que es principio interpretativo y norma de procedimiento, exige, como tal, considerar



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

caso a caso los hechos y la situación del menor afectado; elegir, entre las múltiples posibilidades interpretativas, la situación que más conviene a su cuidado, protección y seguridad; y adoptar una decisión que estime las posibles repercusiones en él.

Segundo. El comportamiento de la demandada

2.1. De las pruebas aportadas y hasta de las propias declaraciones de la demandada (por ejemplo, su recurso de apelación de página 587) se ha verificado que ha sido renuente a cumplir con los mandatos judiciales y que esa conducta generó que se abra un proceso en su contra por desobediencia y resistencia a la autoridad, expediente N.º 01316-2015.

2.2. En esa perspectiva, en términos netamente formales resultaría de aplicación el artículo 84º del Código de los Niños y Adolescentes en cuanto prescribe: “[...] *el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor*” y el artículo 91º del citado Código, que establece: “*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*”.

2.3. Sin embargo, la última disposición aludida no es de aplicación inmediata, desde que el legislador ha utilizado la expresión condicional y no la imperativa, a lo que debe agregarse que en caso de menores es el interés superior de estos el que debe tenerse en cuenta al momento de expedir sentencia.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

Tercero. El caso en concreto

3.1. En el presente caso, las partes han confrontado sus diferencias en diferentes procesos. Así se tiene: **i)** expediente N.º 00504-2011, sobre régimen de visitas, incoado por el hoy accionante; **ii)** expediente N.º 01316-2015, desobediencia y resistencia a la autoridad, en contra de la hoy demandada; **iii)** expediente N.º 00465-2011, proceso de alimentos, seguido contra el hoy accionante; y, **iv)** expediente N.º 02010-2015, proceso por omisión a la asistencia familiar en contra del demandante.

3.2. Por otra parte, se advierte que lo que se solicita es la tenencia de un menor que ha vivido siempre al lado de su madre y que al momento de resolver la presente causa tiene 11 años, 5 meses y 15 días de edad, es decir, se trata de casi un adolescente que, por las propias características de esa etapa de la vida, se encuentra en pleno período de transición fisiológico y psicológico, y de construcción de su identidad.

3.3. De otro lado, si bien por la renuencia de la demandada, el menor no concurrió a su declaración referencial, se tiene que obra en autos el informe N.º 132-17-AS-1JEF-PSRJ-CSJPU-PJ (página 160) que informa lo siguiente: *“Actualmente el niño [...] ya tiene siete años de edad, se encuentra viviendo junto con su sra. madre Maximiliana, compañía de su hermanita de 20 días de nacida así, como con el padre complementario, quien es la figura paterna, ya que no conoce a otro padre”.*

3.4. Asimismo, el informe psicológico N.º 935-2017-PS-EM AJF-



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

CSJPU (página 425), detalla que la demandada tiene *“vinculación positiva hacia sus hijos”*, mientras que el informe psicológico N.º 825-2017-PS-EMAJF-CSJPU, practicado al menor (página 400) refiere que este tiene *“vinculación afectiva favorable con su madre y padrastro, dificultades en la asimilación y aceptación de la llegada de un nuevo miembro a la familia. Ausencia de vínculo afectivo con el padre biológico”*.

3.5. Es verdad que la demandada ha tenido renuencia para acatar las disposiciones judiciales sobre el régimen de visitas, pero no es menos cierto que el accionante fue demandado por alimentos, que se realizaron hasta 3 liquidaciones para el pago respectivo (21 de setiembre de 2012, 31 de octubre de 2014 y 23 de junio de 2016) y que hay una sentencia penal en su contra por omisión de asistencia familiar, conforme se advierte a página 624. Se trata de proceso que terminó con conclusión anticipada al haber admitido los cargos el acusado José Arturo Zea Velazco.

3.6. Por consiguiente, el escenario que se presenta es, por un lado, de un demandante que incumplió sus deberes de alimentación con respecto a su hijo y, del otro, de una demandada que incumple mandatos judiciales y se resiste a que su hijo mantenga relación afectiva con su padre. Todo ello constituye un cuadro trágico que lo único que hace es perjudicar al menor, por cuyo interés es el que debe velar este Tribunal Supremo.

3.7. En esas circunstancias, la variación que se propone podría resultar traumática para el menor, en principio, por la edad del menor y, luego, por los efectos devastadores propios de la separación entre el



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

hijo que se ha encontrado vinculado con su madre sin interrupción alguna. A dichas afirmaciones debe agregarse los puntos expuestos en el presente considerando. No obstante, debe añadirse que se aprecia una conducta que no es posible tolerar más: los problemas o dificultades que tengan entre sí las partes deben ceder cuando se trata de la educación y el respeto que le deben a sus hijos. Este Tribunal Supremo, luego de mucha deliberación, toma el fallo que aquí se explicita, pero repara no solo que los mandatos judiciales deben ejecutarse, sino, de manera fundamental, lo inaceptable de impedir o limitar el ejercicio del derecho de visita a uno de los padres. Se trata de acto reprochable que, sin embargo, debe ceder ante el interés superior del niño, lo que no obsta para que si se vuelve a reincidir en los mismos las conclusiones a las que se arriben puedan diferir de las que aquí se han tomado.

Cuarto. Conclusión

Atendiendo a lo expuesto, debe declararse fundado el recurso de casación por infracción al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

V. DECISIÓN

Por estos fundamentos y en aplicación del artículo 396° del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Maximiliana Coila Pérez**, de fecha 25 de junio de 2019; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista, de fecha 6 de junio de 2019 y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia, de fecha 28 de diciembre de 2018, que declaró fundada la demanda; y,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 3867-2019

Puno

Variación de tenencia

REFORMÁNDOLA, declararon infundada la demanda y que continúe el régimen de visitas establecido a favor del demandante en el expediente N.º 00504-2011, con la revisión que debe efectuar el Equipo Multidisciplinario; y, **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por José Arturo Zea Velazco, sobre variación de tenencia; *y los devolvieron*. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas**.

SS.

ARANDA RODRÍGUEZ

SALAZAR LIZÁRRAGA

RUEDA FERNÁNDEZ

CALDERÓN PUERTAS

ECHEVARRÍA GAVIRIA

Mmv/Mam.