



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

Variación de Tenencia:

La Sala Superior, al tomar en cuenta solo una de las declaraciones de la menor, de manera aislada, sin tomar en consideración las sendas declaraciones que ha efectuado la menor, no solo en este proceso, sino también en los procesos conexos, van en contra del deber de protección especial cuando se trata de los derechos niño.

Lima, dieciséis de junio de dos mil veintidós

La **Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**: vista la causa número 1206-2020, en audiencia pública virtual llevada a cabo en la fecha; y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso de variación de tenencia el demandante **xxx** interpone recurso de casación, mediante escrito obrante a fojas ochocientos setenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha trece de noviembre de dos mil diecinueve a fojas ochocientos treinta y seis, que resolvió: **confirmar** la sentencia contenida en la resolución número catorce, de fecha diez de junio de dos mil diecinueve a fojas quinientos cincuenta y uno, que declarar INFUNDADA las pretensiones demandadas en todos sus extremos. **DECLARA NULO E INSUBSISTENTE** en el extremo que se fija el régimen de visitas para el padre demandante **xxxxx** el mismo régimen de visitas fijado en el Expediente número 05086-2015-0- 9 0905-JR-FC-01; **confirma** con lo demás que contiene y es objeto de apelación.



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

El veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete, mediante escrito obrante a fojas veintiocho, **xxx** interpuso demanda solicitando variación de tenencia y suspensión de la patria potestad y régimen de visitas de su menor hija xxxx xxxxx de 7 años, la niña se encuentra bajo la tenencia y custodia de su madre; indicando que:

- De la relación de convivencia con xxxx, procrearon a la menor xxxxx 07 años, conformaron una familia y en dos oportunidades la demandada hizo abandono de hogar, viajando por semanas enteras a la ciudad de Pisco sin importarle la situación de desamparo en que dejaba a su hija regresando al cabo de 2 a 3 semanas, se enteró que mantenía una relación amorosa con xxxx, se colige la conducta deshonrosa, pérfida y desleal de la demandada, por ello inició un proceso de tenencia y en la cual se concilió para que la madre tenga la tenencia de su hija y se estableció un régimen de visitas con externamiento.
- Con fecha veinticinco de enero de dos mil diecisiete, noto que su hija estaba con desnutrición y debilitamiento, por lo que decidió no retornarla al lado de su madre; además, su hija le cuenta que su padrastro la golpea, le grita y le humilla tratándola mal, y la madre del demandante presenta denuncia por violencia familiar y por tocamiento indebidos, pero la madre le obligada a callar a su hija y no cuente de los besos que le daba su padrastro en la boca y, que compartían habitación y cama con el conviviente de la madre de la menor, y que le tocaba sus partes íntimas y, todo ello pone en



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

riesgo la indemnidad sexual de su hija, por ello pide la tenencia de su hija.

El tres de abril de dos mil diecisiete, mediante la resolución número uno a fojas cuarenta, el Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de Carabayllo Admitió a trámite la demanda presentada, y corrió traslado a la parte demandada.

2.2. Contestación de Demanda

El veintidós de mayo de dos mil diecisiete, a fojas setenta y siete, **xxxxx** contestó la demanda, argumentando que:

- Durante su relación con el demandante fue maltratada físicamente y psicológicamente, hasta llegar al extremo de abusar sexualmente de la demandada y le decía que iba a matar si lo dejaba y lo denunció en varias oportunidades.
- Tiene una hija del señor xxxx, pero no convivió con dicho señor y hace meses no sabe nada del padre de su segunda hija y están en proceso judicial por su menor hija, cuando su hija le refiere que el diecinueve de febrero de dos mil diecisiete fue maltratada por el padre de su segunda hija, en esa fecha estaba su hija en poder del demandante, jamás le obligó a callar a su hija de lo que no existía. Al no convivir con el padre de su segunda hija, no está expuesta a ningún peligro y, el demandante no tiene tiempo para estar con su hija, en el año dos mil quince el demandante no tuvo ninguna relación con su hija, porque se desapareció por más de un año sin importarle el bienestar de su hija.

2.3. Puntos Controvertidos



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

Mediante resolución número siete del dieciséis de octubre de dos mil dieciocho, obrante a fojas doscientos setenta y cinco, se fijó como puntos controvertidos, determinar si corresponde declarar:

- 1) Si procede reconocer a favor del señor xxxxx la tenencia y custodia de su hija xxxx.
- 2) Si corresponde suspender la patria potestad de la madre demandada xxxxx.

2.4. Sentencia de Primera Instancia

El diez de junio de dos mil diecinueve, mediante resolución número catorce, obrante a fojas quinientos cincuenta y uno, el Juzgado Civil Transitorio - Sede Módulo Básico de Justicia de Tungasuca de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, declaró infundadas las pretensiones demandas en todos los extremos, en consecuencia, fija el régimen de visitas para el padre el fijado en el Expediente número 05086-2015-0-0905-JR-FC-01; señalando que:

- **Está probado que la menor xxxx tiene medidas de protección a su favor en contra de su madre xxxx xxxx,** pero dichas medidas de protección están supeditadas y condicionadas a lo que se resuelva en el proceso penal que corresponda y, como dichas **medidas de protección es variable en el tiempo** y conforme a lo actuado en este proceso **la menor de manera uniforme ha declarado no tener la voluntad de vivir con su padre y, la menor refiere estar feliz viviendo con su madre.** Además, **la señora demandada, al contestar la demanda, ha referido que ya no vive con el señor xxxx,** por lo que el elemento humano que sería el factor detonante para que el demandante decida no retornar a su hija xxxx a la casa de su madre, ya no está presente, en



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

consecuencia; **no podemos obligarle a la menor xxxx vaya a vivir bajo la tenencia de su padre demandante, y, en la práctica dejar a la menor bajo la tenencia del padre, significaría reemplazar la figura materna por la abuela paterna cuando no hay evidencias graves en este expediente para tomar dicha decisión**, siendo que la madre por su rol de progenitora es la más capacitada para seguir manteniendo la tenencia de su hija.

- Sobre el régimen de visitas: Corresponde fijar el régimen de visitas para el padre, teniendo en cuenta el acta de conciliación del Expediente número 05086-2015-0-0905-JR-FC-01, mediante el cual la madre llevara a la menor xxxx al domicilio paterno el día viernes a las ocho de la noche y la recogerá el día domingo a las seis de la tarde, los días feriados, de navidad y año nuevo serán de forma alternada para cada uno de los progenitores, dejando sin variación el régimen de visitas para el padre el cual ya fue fijado en el Expediente número 05086-2015-0-0905-JR-FC-01.
- Sobre la suspensión de la patria potestad: El demandante no ha invocado ninguna causal para suspender la patria potestad de la madre, **por lo que el Juez no puede de oficio buscar en la demanda cual es la causal que expone**, pero haciendo un esfuerzo decimos que la única causal que parece que el demandante pretende acoger su pedido sería la del **inciso c)** Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; **siendo el hecho de que el demandante acusa a la madre de encubrir los actos de tocamientos indebidos que el señor xxxxx habría ocasionado a la menor, pero al respecto no hay denuncia fiscal sobre la complicidad de la madre en dichos actos contra el pudor, solo está el dicho del demandante.** Otra causal a analizarse sería el **inciso e)** Por



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

maltratarlos física o mentalmente, pero los hechos que motivaron el dictado de las medidas de protección por violencia familiar contra la madre demandada xxxxx, son por tocamientos indebidos del señor xxxx en agravio de la menor, por hechos ocurridos cuando dicho agresor estaba en casa de la madre, y sucedieron en el año dos mil dieciséis, pero **dicho señor agresor ya no vive con la madre, como así lo ha afirmado la madre al contestar la demanda, en consecuencia el riesgo contra la menor ha cesado, y por ello la madre no es el factor de riesgo por cuanto la propia menor ha declarado ante el Juez que, se siente feliz de vivir con su madre.** Otra causal que parecería pedir el demandante, sería el de desprotección familiar, pero no hay una decisión judicial que haya declarado a la menor xxxx está en estado de desprotección familiar.

2.5. Recurso de Apelación

El cinco de julio de dos mil diecinueve, mediante escrito de fojas seiscientos veinte, el demandado **xxxx** apeló la citada sentencia, señalando que:

- El juez no ha realizado una valoración objetiva de los medios probatorios ofrecidos en la demanda entre estos el Protocolo de Pericia Psicológica número 013545-2017-PSC, de fecha veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, en donde la menor relató la forma y circunstancias que el investigado xxxx le tocó sus partes íntimas. Asimismo, el Protocolo de Pericia Psicológica número 000147-2017-PSG de fecha 20 y 25 de febrero de dos mil diecisiete, expedida por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, en donde se concluye que la menor presenta indicadores de afectación emocional, asociado al cuadro de



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

maltrato psicológico por parte del padrastro. Además, refiere que tampoco se ha tomado en cuenta el Acta de audiencia de fecha diecisiete de abril de dos mil dieciocho, ante el Juzgado Civil de Carabayllo, en donde la menor refiere encontrarse feliz en la casa de su padre.

- Asimismo, el apelante refiere que no obstante que la demandada tenía conocimiento de los maltratos físicos y psicológicos y tocamientos que su conviviente le efectuaba a su menor hija, la obligaba a callar.
- Por lo expuesto, el apelante refiere que al emitirse la apelada se ha vulnerado el interés superior del niño y el adolescente. Por tanto, solicita que se revoque la sentencia y reformándola se declare fundada.

2.6. Resolución de Segunda Instancia

El trece de noviembre de dos mil diecinueve, la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emitió la sentencia de vista de fojas ochocientos treinta y seis, que: **1) Confirmó** la sentencia expedida por resolución número catorce, de fecha diez de junio de dos mil diecinueve a fojas quinientos cincuenta y uno, que resuelve: declarar infundada las pretensiones demandadas en todos sus extremos. **2) Declararon nulo e insubsistente** en el extremo que se fija el régimen de **visitas** para el padre demandante xxxxx el mismo régimen de visitas fijado en el Expediente número 05086-2015-0-0905-JR-FC-01; la confirmaron con lo demás que contiene y es objeto de apelación; bajo los siguientes argumentos:

- Con relación al Protocolo de Pericia Psicológica número 000147-2017-PSC de fecha veinte y veinticinco de febrero de dos mil diecisiete a fojas dieciocho, el apelante sostiene que el juez no ha valorado tal medio probatorio; sin embargo, se verifica que el juez



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

sí ha cumplido con valorar tal medio probatorio utilizando su apreciación razonada. Más aún, **si bien es verdad en la referida pericia psicológica se concluye que la menor evidencia indicadores de afectación emocional asociados a cuadro de maltratos psicológicos, por parte del padrastro; sin embargo, al ser entrevistada la menor refiere que si el conviviente de su madre no estuviese con ella, “me gustaría regresar a vivir con mi mama.”** Asimismo, **se deja constancia que la menor “Actualmente evidencia sensaciones de tristeza frente a la separación de su madre, la percibe como protectora, pero también es consciente de su carácter a veces reactivo, la justifica (me corrige cuando yo me porto mal, pero ella me quiere), hay un vínculo afectivo hacia ella”.**

- De otro lado, el apelante refiere que el juez no ha cumplido con valorar la Pericia Psicológica número 013545-2017-PSC, de fecha seis y diez de noviembre de dos mil dieciséis a fojas ciento sesenta y seis, al respecto se tiene que tal medio probatorio no ha sido admitido en autos.
- Con respecto a la declaración de la menor efectuada en la audiencia de fecha diecisiete de abril de dos mil dieciocho a fojas ciento veinte, **se tiene que no se puede valorar su mérito probatorio, en razón que por resolución número cinco, de fecha seis de julio de dos mil dieciocho a fojas doscientos dieciocho el juzgado ha declarado la nulidad del Acta de la citada audiencia única. A mayor abundamiento, con posterioridad a ello, en la audiencia única de fecha dieciséis de octubre de dos mil dieciocho a fojas doscientos setenta y cinco, refiere contrariamente a lo afirmado el diecisiete de abril de dos mil dieciocho, que se siente “feliz” viviendo con su madre y su hermana xxxx. Asimismo,**



Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente

Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro

preguntada si quería vivir con su padre, respondió “no porque la abuela me maltrataba mucho.

- Por otro lado, si bien es verdad en la Audiencia Complementaria de fecha once de noviembre de dos mil diecinueve a fojas setecientos cuarenta y uno la **menor refiere que se siente bien en la casa de su padre y, que su abuela y su padre nunca la han golpeado;** asimismo, en el informe de fecha doce de noviembre de dos mil diecinueve, se concluye que **la menor se identifica con la figura paterna, manifestando rechazo y distancia emocional respecto a su madre; sin embargo, tales declaraciones de la menor deben tomarse en reserva, por las contradicciones que incurre la menor.**
- Además, la psicóloga concluye afirmando que la menor: *“[s]e identifica actualmente con el entorno familiar materno, auto percibiéndose más próxima afectivamente a su madre a quien percibe como su principal figura parental de autoridad e importancia afectiva, percibiéndola como cálida, afectuosa y protectora con ella (...)*”. Asimismo, reitera que cuando estaba en la casa de su padre, su abuela, se encargaba de su cuidado, la maltrataba, provocando su llanto.
- De otro lado, por disposición de fecha seis de agosto de dos mil diecinueve a fojas setecientos dieciséis se ha dispuesto que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra xxxx por la presunta comisión del delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de Actos contra el Pudor en Menores, en agravio de la menor de iniciales XXXX 08). Asimismo, sobre el riesgo que la menor sea violentada por el conviviente de la demandada, se tiene que actualmente ha dejado de convivir con el investigado xxxx se puede afirmar **que tal riesgo ha cesado.**



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

- Por otra parte, estando a que la pretensión demandada no versa sobre variación del régimen de visitas, no resulta acorde a derecho que el juez se pronuncie sobre el régimen de visitas. Por tanto, debe declararse la nulidad de la sentencia en el extremo.

III. RECURSO DE CASACIÓN

El veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve, **xxxx**, mediante escrito de fojas ochocientos setenta y seis, interpuso recurso de casación contra la resolución de vista, siendo declarado procedente por este Supremo Tribunal mediante la resolución de fecha once de septiembre de dos mil veinte, por las siguientes infracciones:

A) Infracción normativa del artículo 1 de la Constitución Política

del Perú. Indica que esta norma es concomitante al interés superior del niño, la niña y el adolescente, regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, por no haber valorado los elementos probatorios relevantes ofrecidos y actuados por su parte, precisando que en la Audiencia Complementaria llevada a cabo el once de noviembre de dos mil diecinueve ante el colegiado de la Primera Sala Civil su menor hija fue sometida a una evaluación psicológica, en que la menor declara encontrarse en inmejorables condiciones de vida al lado de su padre y no desea vivir con su madre, situación que o tuvo en cuenta el colegiado al emitir la resolución que agravia a su menor hija.

Sostiene que no se han tomado en cuenta el acta de entrevista única realizada en Cámara Gessel, el día diecinueve de junio de dos mil diecisiete en la que la menor declara que la pareja de su madre en su delante le hacía tocamientos indebidos, con ello se demuestra indubitablemente que la demandada tenía conocimiento de los maltratos físicos y psicológicos y los tocamientos indebidos a sus partes íntimas a su menor hija, por parte de **xxxxx**



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

xxxxx ex conviviente de la demandada; el Protocolo de Pericia Psicológica número 013545-2017-PSC del veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, en el que la menor afectada narró la forma y las circunstancias en el que el investigado xxxx la besó y le tocó sus partes íntimas; el Protocolo de Pericia Psicológica número 000147-2017-PSG del veinte y veinticinco de febrero de dos mil diecisiete, emitido por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público que concluye que su menor hija evidencia indicadores de afectación emocional asociados a cuadro de maltrato psicológico del padrastro; el acta de audiencia llevado a cabo el diecisiete de abril de dos mil dieciocho, donde la infante responde a las preguntas de la Juez y cuyas respuestas más relevante literalmente se consigna:

- 1) Quisieras vivir con tu mamá? ***Dijo no, porque ella ha decidido que XXXX me toque y ella se reía cuando él me hacía eso, no decía nada y ahora tiene otra pareja que se llama XXXX, y también un día cuando mi mamá estaba con XXXX, un vecino me estaba saludando y me dijo ven y él me quiso besar en el cachete pero me beso en la boca y mis primos le dijeron a mi mamá pero a ella no le importó no dijo nada.***
- 2) Como te trataba tu mamá cuando vivías con ella? ***Dijo mal, porque no me criaba bien, no estaba bien alimentada. XXXX me tocaba.***

Agrega que, si bien es cierto que se resolvió realizar otra audiencia en donde se cuente con la participación del Fiscal de Familia; sin embargo, no se debe enervar lo declarado en dicha diligencia por su menor hija, ni la *A quo*, menos el Colegiado han tenido en consideración al dirimirse la resolución impugnada, situación que deviene en atentatorio porque vulnera el principio del interés



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

superior del niño y adolescente y que constituye una infracción constitucional al derecho de la niña como persona humana.

- B) Infracción normativa de los incisos 3 y 4 del artículo 122 y artículo 197 del Código Procesal Civil, y los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.** Refiere que la Sala ha omitido pronunciarse sobre todos los puntos alegados en su escrito de demanda, no ha resuelto conforme a ley su recurso de apelación, omisión que viola las reglas relativas a la actividad probatoria, sin hacer otro tipo de valoración, sin mayor corroboración alguna, dio por cierto el hecho que el conviviente ya no vive con la demandada, solo con la presentación de una demanda de pensión de alimentos ante el órgano jurisdiccional, sin valorar que ello sea un acto simulado para desviar la responsabilidad penal que le compete al conviviente de la demandada. Ello implica que tanto el *A quo*, como el colegiado superior han incurrido en falta de diligencia, habida cuenta dan por cierto un hecho sin contar con mayores fuentes de comprobación.
- C) Inaplicación de los acuerdos adoptados en el Tercer Pleno Casatorio Civil Puno-2010.** En donde se adopta el acuerdo que en los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado.



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

Precisa que una resolución que carezca de motivación suficiente, no solo vulnera las normas legales citadas, sino también los principios constitucionales señalados.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si la Sala Superior ha incurrido en infracción normativa al denegarle la tenencia de la menor al demandante.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

Primero.- Que, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme lo señala el artículo 384 del Código Procesal Civil.

Segundo.- Que, habiéndose declarado procedente los recursos por causales de infracción normativa material y procesal, en primer término correspondería dilucidarse la infracción normativa procesal, también es cierto que, en el caso de autos, el recurrente denuncia la infracción al debido proceso como consecuencia de la infracción material, esto es, debido a la interpretación errónea que se habría realizado del artículo 124 del Código Civil; por tanto, las infracciones serán desarrolladas en forma conjunta.

Tercero.- Que, debe tenerse presente que, la infracción procesal se configura cuando en el desarrollo del proceso, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Cuarto.- Que, el derecho al debido proceso tiene tres elementos: a) el derecho de acceso a alguna de las modalidades de justicia institucionalizada previstas en el ordenamiento jurídico; b) el proceso mismo se ajuste a una serie de exigencias que favorezcan en la mayor medida posible a la consecución de una decisión justa; y, c) la superación plena y oportuna del conflicto con una decisión justa, a través de la ejecución también plena y oportuna¹. La importancia de este derecho para la protección de los derechos fundamentales ha dado lugar a que sea considerado como un principio general del derecho, garantía constitucional y como un derecho fundamental.²

Quinto.- Que, uno de los aspectos de éste derecho dentro del proceso es el referido a la motivación. Cabe mencionar que una indebida motivación³ puede expresarse en: **a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.**- cuando se advierte una total ausencia de motivación en cuanto a la decisión jurisdiccional emitida en el caso materia de controversia o cuando ésta no explica las razones mínimas de dicha decisión; **b) Falta de motivación interna del razonamiento.**- cuando se presenta invalidez de una inferencia a partir de las premisas establecidas previamente por el juez, y cuando se presenta incoherencia narrativa, esto es, un discurso confuso; **c) Deficiencias en la motivación externa.**- se presenta cuando existe una ausencia de conexión entre la premisa y su constatación fáctica o jurídica; **d) Motivación insuficiente.**- cuando se cumple con

¹ Cfr. Castillo Córdova, Luis. "Debido proceso y tutela jurisdiccional". En: "La Constitución Comentada". Tomo III. Lima: Gaceta, 2013, pág. 61-62.

² Bustamante Alarcón, Reynaldo. "Derechos Fundamentales y Proceso Justo". Lima: Ara Editores, 2001, p.218.

³ Cfr. STC Exp. N° 728-2008-PHC/TC, publicada el 23 de octubre de 2008. Fundamento jurídico 7



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

motivar pero de modo insuficiente, exigiéndose un mínimo de motivación respecto de las razones de hecho o de derecho; **e) motivación sustancialmente incongruente.-** se produce cuando se modifica o altera el debate procesal, sin dar respuesta a las pretensiones planteadas por las partes, lo que implica poner en estado de indefensión a las partes.

Sexto.- Que, para analizar las infracciones denunciadas, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos.

En primer término tenemos que el rol de los progenitores 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 sólo 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”*⁴.

Sétimo.- Que, atendiendo a ello, el menor requiere para un correcto desarrollo físico y psicológico, mantener una buena comunicación con ambos padres, de ahí que no solo es derecho de los padres de comunicarse con su hijo, sino que más bien que, el menor tiene derecho a comunicarse con sus padres, y mantener relaciones afectivas saludables con ambos progenitores; ello ha sido reconocido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, frecuentemente cuando se produce la separación o divorcio de los padres en un contexto conflictivo, son los propios padres quienes en vez de salvaguardar el

⁴ Alberto Arocena, Gustavo. Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes”. Buenos Aires: Astrea, 2010. pág. 2-3.



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

bienestar integral de los hijos, los exponen y colocan en medio del conflicto, usándolos para satisfacer necesidades personales.

Octavo.- Que, existen diversos criterios a ser tomados en cuenta al momento tomar decisiones que incidan directamente en la vida de los menores, los cuales tienen como fin supremo respetar el Principio del Interés Superior del Niño, como son las circunstancias del menor (requerimientos físicos, mentales, emocionales y educaciones, aptitudes, carácter, personalidad y actitudes, desenvolvimiento y desarrollo, sentido de continuidad, preferencias, etc.), la capacidad de sus padres (estado emocional, disponibilidad, recursos patrimoniales, etc.), así como la relación con los hijos, así como las relaciones del menor con otros niños y adultos con los que eventualmente el menor tenga que compartir en caso sea otorgada la tenencia. En este punto recalamos que todo criterio deberá analizarse a la luz del caso concreto.

Noveno.- Que, es en atención a ello que 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 durante el proceso a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no sólo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será importante apreciar la voluntad del menor, dependiendo de su edad, madurez y conciencia, de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres⁵.

⁵ Cfr. Makianich De Basset. Lidia. Derecho de Visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Buenos Aires: Hammurabi. 1997. Pág. 94-96.



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

Décimo.- Que, 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 diferenciar lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, para que el Juez pueda determinar si el menor tiene el grado de madurez necesario para otorgar mayor peso a la opinión del menor, deberá no sólo ordenar audiencia especial en la que el menor será oído, sino que debe valerse de todo aquel medio que le sirva de ayuda, como pueden ser informes médicos especializados, así como realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate⁶.

Décimo Primero.- Que, estando a lo anteriormente expuesto, corresponde ahora emitir pronunciamiento al caso concreto atendiendo a las infracciones normativas declaradas procedentes. En principio, revisada la sentencia de vista se puede advertir que la Sala revisora ha incurrido en algunas inconsistencias, ya que si bien es cierto ha advertido una contradicción en las declaraciones de la menor, no ha explicado por qué ha desestimado la declaración de la menor realizada mediante audiencia complementaria de fecha once de noviembre de dos mil diecinueve, máxime si al ser más reciente, pondría a la menor en una posición de mayor conciencia en sus declaraciones, en contraposición con las declaraciones previas, que la han mostrado que era influenciable. A ello, debe agregarse que, el Colegiado Superior ha afirmado que el riesgo de convivir con el investigado xxxxx ha cesado en virtud del Informe Psicológico número 46-2019-EM-PSI-CSJLN-PJ-EV; sin embargo, dicho Informe se ha emitido en virtud a lo declarado por la

⁶ Cfr. De la Válgoma, María. Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la Infancia. Barcelona: Ariel. 2013, Pág. 123-136.



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

propia demandada, no advirtiéndose que haya sido corroborado con otro medio probatorio, a pesar de la importancia que para este tipo de procesos tiene en demostrar si hay riesgo para la menor o no.

Décimo Segundo.- Que, si bien se ha determinado que la recurrida ha incurrido en defectos de motivación, ello no impide que esta Sala Suprema emita un pronunciamiento sobre el fondo de la Litis, atendiendo a que, como se ha afirmado anteriormente, en aplicación de las facultades tuitivas del juzgador en asuntos de familia, y del Principio del Interés Superior del niño, debe darse una solución al caso, más aun si se cuentan con los elementos probatorios necesarios para un pronunciamiento de este tipo.

Décimo Tercero.- Que, consideramos necesario hacer un recuento de las declaraciones de la menor:

- a) Protocolo de Pericia Psicológica número 000147-2017-PSC de fecha veinte y veinticinco de febrero de dos mil diecisiete, cuando la menor tenía siete años. La menor refirió hechos de maltrato de parte de su padrastro: “xxxx, su novio de mi mamá me ha pegado, me ha tirado una patada en el poto” “Él también me ha tocado mis partes”.
- b) Acta de Entrevista Única de fecha diecinueve de junio de dos mil diecisiete, cuando la menor tenía ocho años. La menor refirió hechos de tocamientos indebidos de parte de su padrastro en presencia de su madre.
- c) Acta de Audiencia Única de fecha dieciséis de octubre de dos mil dieciocho, cuando la menor tenía nueve años, la menor refiere que su abuela paterna la maltrataba, que su papá algunos días trabaja veinticuatro horas.



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

- d) El Informe Psicológico número 756-2019 de fecha diecinueve de agosto de dos mil diecinueve, cuando la menor tenía diez años, la menor refiere que su mamá miente, le decía que diga que su abuela estaba loca y que su papá no la cuidaba, lo mismo sucedió con el abogado de su madre.
- e) Declaración de la menor en Audiencia oral en proceso de Violencia Familiar Expediente número 19265-2019, de fecha dieciocho de septiembre de dos mil diecinueve, la menor refiere que su madre le dijo que mintiera sobre su abuela, lo debía hacer en todas las entrevistas que le hicieran.
- f) Audiencia Complementaria del once de noviembre de dos mil diecinueve, cuando la menor tenía diez años. La menor refiere que su padrastro le tocó sus partes íntimas, y su madre sabía porque ella estaba presente. Su madre le decía que, mienta sobre su padre y sobre su abuela, que se siente bien con su padre y se siente triste con su madre.

Décimo Cuarto.- Que, estando a las declaraciones de la menor, se puede apreciar que aquella en la que manifestó ser maltratada por su abuela paterna no reviste verosimilitud, puesto que como lo ha afirmado la propia menor, dicha declaración la hizo coaccionada por su progenitora, siendo amenazada con no volver a ver a su padre; asimismo, ha afirmado reiteradas veces que los tocamientos indebidos que efectuó en su contra su padrastro, fueron en presencia de su madre, quien lo permitió y; además, la obligó a negarlo. Siendo ello así, se advierte que la Sala Superior, al tomar en cuenta solo una de las declaraciones de la menor, de manera aislada, sin tomar en consideración las sendas declaraciones que ha efectuado la menor, no solo en este proceso, sino también en los procesos conexos, van en contra del deber de protección especial cuando se trata de los derechos niño. Asimismo, debe tenerse en consideración



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

que, en el caso de autos, aun cuando se haya dejado sin efecto una de las audiencias en las que brindó su declaración la menor, por aspectos formales, ello no obsta, para que el juzgador pueda tomar en cuenta lo que un menor declaró de forma espontánea, más aun si se encuentra respaldado con otros medios probatorios, ello en aras de salvaguardar la integridad de la menor.

Décimo Quinto.- Que, esta Sala Suprema considera que la recurrida ha incurrido en vulneración al Principio del Interés Superior del niño, al declarar infundada la demanda, debiendo velar por el bienestar integral de la menor, por lo que considera necesario que la sentencia de vista sea revocada, y se declare fundada la demanda. Siendo ello así, deberá establecerse un régimen de visitas a favor de la madre con la finalidad de afianzar las relaciones afectivas, exhortando a los padres a velar por el correcto desarrollo físico y psicológico de la menor, para lo cual el juez de la causa deberá fijar dicho régimen.

Décimo Sexto.- Que, respecto a la suspensión de la patria potestad, este supremo Tribunal concuerda con lo expresado por el Juez de la causa, en cuanto a que el demandante no ha invocado ninguna causal para suspender la patria potestad de la madre, por lo que de oficio, no es posible buscar en la demanda cual es la causal que expone.

Décimo Sétimo.- Que, en consecuencia, este Supremo Tribunal estima que merece ser estimado el recurso de casación por las infracciones normativas denunciadas.

VI. DECISIÓN



**Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Permanente**

**Sentencia
Casación N° 1206-2020
Lima Norte
Variación de Tenencia y otro**

Por estas consideraciones y en estricta aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, y de conformidad en parte con el Dictamen Fiscal, declararon:

- 6.1. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **xxxxxx** **xxxx** xxxx a fojas ochocientos setenta y seis, **CASARON** la sentencia de vista de fecha trece de noviembre de dos mil diecinueve, que resolvió: confirmar la sentencia expedida por resolución número catorce, de fecha diez de junio de dos mil diecinueve a fojas quinientos cincuenta y uno, ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA, **REVOCARON** la sentencia apelada, y **REFORMANDOLA** declararon **Fundada la demanda de variación de tenencia**, ordenando que el Juez de la causa fije un régimen de visitas a favor de la madre.
- 6.2. DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario Oficial “*El Peruano*”, bajo responsabilidad; en los seguidos por xxxx con xxxxx sobre variación de tenencia y suspensión de la patria potestad y régimen de visitas; y, los devolvieron. Interviene la señora jueza suprema Yalán Leal por licencia del señor juez supremo Calderón Puertas. Intervino como ponente el juez supremo señor **Salazar Lizárraga**.

SS.

SALAZAR LIZARRAGA

CUNYA CELI

ECHEVARRIA GAVIRIA

YALÁN LEAL

RUIDIAS FARFAN

Khm/Lsv