



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

**SUMILLA:** *Esta Sala Suprema no puede dejar pasar el error incurrido por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, al momento de emitir la sentencia de vista materia de casación, lo cual ha generado un perjuicio de cuatro años en que se produzca la variación de la tenencia para afianzar los lazos madre e hijo entre la demandante con el menor identificado con las iniciales [REDACTED], asimismo, tampoco pasa inadvertido que se ha adjuntado al cuaderno de casación copias de la investigación en sede fiscal por el delito de sustracción de menor en contra del demandado y que se encuentra en etapa de acusación directa, obrantes de folio setenta y dos a ochenta, lo cual, se debe valorar en el sentido de que fue el demandado quien retiró al menor de iniciales [REDACTED] del lado de la demandante y no lo devolvió, impidiendo el contacto madre e hijo y que generó la contradicción existente en su referencial emitida en audiencia única; por lo que, para no generar más perjuicios en la identidad del menor de iniciales [REDACTED] corresponde a esta Sala Suprema corregir los errores incurridos por la Sala Civil, confirmando la sentencia de primera instancia.*

Lima, trece de octubre de dos mil veintidós

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa número cuatro mil ciento cincuenta y tres - dos mil diecinueve, en audiencia pública virtual de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la presente sentencia:

**I. MATERIA DEL RECURSO**

Se trata de los recursos de casación interpuestos por la demandante [REDACTED] [REDACTED] de fecha veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho, contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte<sup>2</sup>, de fecha diez de abril de dos mil diecinueve, que revocó la sentencia de primera instancia<sup>3</sup>, de fecha cuatro de diciembre de dos mil dieciocho, que declaró fundada la demanda sobre variación de tenencia y reformándola se declara infunda la misma.

<sup>1</sup> Ver página 719 del expediente.

<sup>2</sup> Ver página 650 del expediente.

<sup>3</sup> Ver página 571 del expediente.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

Mediante escrito de fecha ocho de febrero de dos mil diecisiete<sup>4</sup>, subsanado mediante escrito de fecha veintidós de marzo de dos mil diecisiete<sup>5</sup>, la recurrente [REDACTED] interpone demanda sobre variación de tenencia contra [REDACTED] con la finalidad de que se ordene la variación de tenencia a su favor respecto de su menor hijo identificado con las iniciales [REDACTED] nacido el veintiuno de julio de dos mil once, bajo los siguientes argumentos:

- Con el demandado contrajeron matrimonio el día veinticuatro de julio de dos mil ocho, producto de dicha unión matrimonial tuvieron un hijo nacido el veintiuno de julio de dos mil once, de cinco años de edad a la fecha de interposición de la demanda; desde el nacimiento de su hijo es que el demandado comienza su cambio de carácter.
- Durante su convivencia ella se hacía cargo de los gastos de manutención y servicios, mientras el demandado sólo se dedicaba a estudiar, asimismo, indica que el demandado siempre generaba violencia psicológica, hechos que no denunciaba por presión de su familia; sin embargo, con fecha catorce de noviembre de dos mil quince, cansada de los maltratos se retira del hogar, llevándose consigo a su menor hijo [REDACTED] cuando tenía cuatro años de edad, llevando sólo sus prendas personales, dejando constancia de dicho retiro en la Comisaría PNP Laura Caller el día uno de diciembre de dos mil quince.

---

<sup>4</sup> Ver página 89 del expediente.

<sup>5</sup> Ver página 101 del expediente.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

- Al enterarse de los hechos, el demandado la amenaza con quitarle a su hijo y que nunca más lo volverá a ver, también el demandado le comunicó que le había puesto una denuncia por abandono de hogar el dieciocho de diciembre de dos mil quince y seguía amenazándola diciéndole que le seguiría todos los días y que no volvería a ver a su hijo; ella trató de resolver las cosas de manera pacífica y optó por dejar que el demandado visite a su hijo sacándolo cuatro días a la semana y retornándolo al hogar, pero en una de esas salidas, el demandado no volvió a entregarle a su hijo, lo que denunció en la comisaría y demuestra con la constatación policial del diez de enero de dos mil dieciséis, generándole un profundo sufrimiento igual que a su menor hijo, porque no pudo volver a verlo, a pesar de sus súplicas y ruegos.
- **Después de cuatro meses de constantes ruegos y súplicas**, con fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis, el demandado le manifiesta que le dejaría volver a ver a su hijo, **la condición era que firme una conciliación**, redactada en su totalidad sólo para que ella firme, *quedando que ella pasaría 150 soles de pensión alimenticia, y que podía ver a su hijo un día a la semana, siendo el día domingo*, ocasionándole a su hijo y a ella un gran dolor sobre todo reviviendo cada domingo al separarnos al finalizar el día, *el demandado procedió luego a contratar a una psicóloga particular sin considerar su participación*, lo que atenta con los derechos de su hijo, además, el demandado le manifestó que llevaría a su hijo al extranjero.
- Por otro lado, ella ha tenido conversaciones con el señor Ricardo Ciccía Burga, quien le manifiesta que el demandado es gay, por lo que, ella está preocupada por la integridad de su hijo, solicitando la tenencia para poder brindarle los cuidados y atenciones pertinentes.



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

**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N.º 4153 - 2019**  
**LIMA NORTE**  
**VARIACIÓN DE TENENCIA**

- Su hijo ha vivido la mayor parte de su vida con ella y tiene toda la afinidad porque es su madre, asimismo, en su escrito de subsanación indica que su **capacidad económica** está acreditada con las constancias de trabajo presentados en la demanda y originales de boletas de pago, indica que está al día con la **pensión alimenticia** y presenta las impresiones de las transferencias bancarias realizadas desde cuenta del Grupo Falabella a la cuenta de señor [REDACTED] también propone **régimen de visitas**: todos los viernes de 03:00 pm a 07:00 de la noche y todos los sábados de 8:00 de la mañana a 07:00 de la noche; y en los meses de junio día del padre (de 09:00 am a 07:00 pm), 28 de Julio de 08:00 am a 07:00 pm, 25 de diciembre de 09 am a 07 pm.

## **2. Contestación de demanda**

Admitida a trámite la demanda<sup>6</sup>, mediante escrito de fecha nueve de mayo de dos mil diecisiete<sup>7</sup>, el demandado [REDACTED] contestó la demanda, bajo los siguientes argumentos:

### **Fundamentos de defensa.-**

- Señala que es cierto que contrajo matrimonio por poder con la demandante, el veinticuatro de julio de dos mil ocho, asimismo, es cierto que el menor vive con él y sus padres, y cuenta con el derecho en mérito al acta de conciliación de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis emitida por el Centro de Conciliación y Arbitraje “Justicia Norte”.
- Señala que él no es el causante de la separación con la demandante, sino que ella mantuvo una relación con un compañero de trabajo estando casada con él y aun viviendo juntos, faltando a su deber de fidelidad y

<sup>6</sup> Ver página 129 del expediente.

<sup>7</sup> Ver página 153 del expediente.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

exponiendo a la burla y agraviando el honor de su familia, por esos motivos se hizo cargo del menor para cuidarlo de la mejor manera, ya que mediaba peligro a la integridad emocional, moral y tanto más que la demandante abandonó el hogar mintiendo diciendo que tenía que aclarar sus ideas cuando ya tenía otra relación, lo cual acredita con la denuncia por abandono de hogar.

- Señala que su hijo estaba afectado por la conducta de la madre quien lo dejaba al cuidado de los padres de ella y de sus hermanas a lo cual no estaba acostumbrado, su hijo no quería irse con su madre las últimas veces que se lo llevó, a pesar que él mismo trató de convencerlo, pero sin forzarlo, mostrando su hijo un rechazo anormal hacia ella y rechazando ir al domicilio donde su madre pretende que viva, la demandante no se encontraba emocionalmente estable para cuidar al menor, no administraba bien su tiempo, ya que se dedicaba a su nueva pareja, por lo que, se vio en la necesidad de mantener la tenencia para proteger a su menor hijo de esa situación, pero sin vulnerar el legítimo derecho de ver a su madre.
- No es cierto que la demandante trabajaba y aportaba al hogar, porque vivían en casa de sus padres, y él administraba el alquiler de los departamentos que eran de propiedad de sus padres, ya que tenía un acuerdo con ellos para que él pueda estudiar, entonces siempre trabajó con sus padres y gracias a ellos pudo viajar con la demandada a Italia, actualmente estudia la carrera de filosofía; que el niño no quería ver a su madre y estaba con tratamiento psicológico con la licenciada Marita Albitres Ríos.
- Por otro lado, señala que el lugar donde la demandante quiere vivir con el menor viven tres familias, tiene un solo baño y puede que se enferme, además funciona una licorería donde los fines de semana beben licor;



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

actualmente, el menor se siente protegido y a gusto en su domicilio, donde siempre ha vivido hasta que la madre se fue del hogar, la demandante labora en un horario extenso y el menor no veía a su madre todo el día, señala que **nunca ha faltado a los acuerdos conciliatorios; que nunca ha habido una actitud revanchista por su parte, en todo momento pensó primero en el niño y trató de evitar que su hijo viera a su madre en amoríos con otro hombre lo cual le iba afectar, y él concluyó que era mejor que viva con él, su hijo se encuentra bien y muestra reacciones de rechazo a su madre**, que por eso tuvo que llevar a su hijo al psicólogo; que **no es cierto que el menor haya vivido la mayor parte de su vida con su madre, casi los último dos años ha vivido con él y con sus padres, quienes le apoyan en sus cuidados en los ratos que estudia y trabaja.**

**3. Actuados del proceso**

- Informe Social N.º 052-2017/EM/TS-DHLL efectuado a la demandante de fecha veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, de fojas ciento sesenta y cuatro a ciento setenta.
- Informe Psicológico N.º 0128-17-PSI-CSJLN-PJ-JS efectuado a la demandante de fecha veintidós de mayo de dos mil diecisiete, de fojas doscientos quince a doscientos dieciocho.
- Informe Psicológico N.º 246-17-PSI-CSJLN-PJ efectuado al menor identificado con las iniciales F.M.CH.Z. de fecha doce de setiembre de dos mil diecisiete, de fojas doscientos sesenta y seis a doscientos sesenta y ocho.
- Informe Psicológico N.º 250-17-PSI-CSJLN-PJ-CT efectuado al demandado de fecha doce de setiembre de dos mil diecisiete, de fojas cuatrocientos treinta y tres a cuatrocientos treinta y seis.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

- Informe Social N° 033-2018/EM/TS-DHLL efectuado a l demandado de fecha dos de octubre de dos mil diecisiete, de fojas quinientos doce a quinientos diecisiete.

#### **4. Audiencia Única**

Con fecha veintiséis de setiembre de dos mil diecisiete<sup>8</sup> se ha llevado a cabo la audiencia única, en la cual se realizaron los siguientes actos procesales:

- Se declara saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida.
- Se fija el siguiente punto controvertido:

*Establecer si la parte demandada ha incumplido el acta de conciliación N.º 36-2016, y si por ello corresponde variar la tenencia del menor [REDACTED] establecida en el acta de conciliación N.º 36-2016, a la demandante doña [REDACTED]*

- Posteriormente el punto controvertido es aclarado mediante resolución número nueve, de fojas cuatrocientos treinta y siete, quedando su redacción de la siguiente manera:

***Establecer si se cumplen los presupuestos procesales para determinar la variación de la tenencia del menor [REDACTED] [REDACTED] a favor de su señora madre doña [REDACTED]***

- Se efectúa el saneamiento probatorio, declarando **INFUNDADA** la tacha contra los testigos (padres) ofrecidos por el demandado y se declara **FUNDADA** la tacha contra los documentos denominados: “Constancia de Seguimiento” e “Informe Psicológico de Seguimiento N.º 08-2017” ofrecidos por el demandado, así como **FUNDADA** la tacha contra la

<sup>8</sup> Ver página 276 del expediente.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

declaración testimonial de Marita Albitres Ríos. Por último, se dispone prueba de oficio consistente: **1)** Examen psicológico de la demandante; **2)** Visita social inopinada en el domicilio de la demandante; **3)** Referencial del menor [REDACTED]

- Se efectúa la declaración referencial del menor identificado con las iniciales [REDACTED], la cual se encuentra obrante a fojas doscientos ochenta y cinco.

**5. Sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia de fecha cuatro de diciembre de dos mil dieciocho<sup>9</sup>, se resuelve: **UNO: DECLARANDO FUNDADA** la demanda de variación de tenencia y custodia interpuesta por doña [REDACTED] del acta de conciliación N.º 032-2016; y en consecuencia, se le otorga la tenencia y custodia de su menor hijo [REDACTED] **DOS:** Se concede al demandado don [REDACTED] un régimen de visita de la siguiente manera: todos los viernes de 03:00 p.m. a 07:00 de la noche y todos los sábados de 8:00 de la mañana a 07:00 de la noche; y en los meses de junio día del padre (de 09:00 a.m. a 07:00 pm), 28 de Julio de 08:00 a.m a 07:00 p.m, 25 de diciembre de 09 a.m. a 07 p.m. con exteriorización, retornándolo debidamente aseado al hogar materno; y consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, deponga el demandado cualquier actitud de resistencia que pudiera perjudicar el estado emocional de su menor hijo, así como la ejecución plena de la tenencia que se concede a la actora, bajo responsabilidad civil y penal en que pueda incurrir con su conducta; y apercibimiento de revocarse la tenencia que ejerce del menor [REDACTED] y a la demandante se le exhorta a que

<sup>9</sup> Ver página 914 del expediente.





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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

otorgue las facilidades al demandado a que cumpla el régimen de visitas planteado, bajo apercibimiento de revocarse la tenencia a favor del progenitor don [REDACTED] **TERCERO:** ORDENO que el Señor [REDACTED] cumpla con pasar una pensión de alimentos mensual de **TRESCIENTOS CINCUENTA SOLES** a favor de su menor hijo [REDACTED] [REDACTED] representado por la demandante [REDACTED] [REDACTED] pensión que deberá ser depositada mensualmente en el Banco de la Nación a nombre de la demandante, bajo apercibimiento de ejecución forzada, denuncia penal y de ser inscrito el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, **RIGIENDO** esta pensión desde el día siguiente de la fecha de notificación de la demanda; en consecuencia, **ORDENO** dejar sin efecto la pensión alimenticia de 150 soles establecida en el acta de conciliación N.º 032-2016. **CUARTO:** Recomendándose al emplazado interesarse durante la vigencia de las visitas, por el cuidado y formación integral de su menor hijo y de todo cuanto le fuere necesario, incluso el cumplimiento de su obligación alimenticia y escolar. **QUINTO:** Se exhorta a los padres del menor [REDACTED] que traten de fomentar el diálogo entre ellos a fin de fortalecer los lazos familiares de su menor hijo y con sus mismos padres y con la familia de cada uno de ellos y a efectos de tutelar el desarrollo emocional y la integridad física del niño. Con costas y costos.

**Fundamentos principales de la sentencia.-**

**Respecto a los hechos**

- Con fecha catorce de noviembre de dos mil quince, la demandante se retira del hogar conyugal, llevándose consigo a su menor hijo identificado con las iniciales F.M.CH.Z., de cuatro años de edad en ese entonces, lo cual se verifica de la denuncia efectuada por la demandante que obra a



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

folios nueve, asimismo, obra otra denuncia a fojas once efectuada por la demandante en la que señala que habían acordado con el demandado tener a su hijo cuatro días a la semana cada uno y que con fecha cinco de enero de dos mil dieciséis llegó al domicilio su esposo a recoger a su menor hijo, y que a la fecha no lo ha retornado, en dicha denuncia se verifica que cuando la madre ejercía la tenencia de hecho del menor, permitía que el menor viera a su padre, ello lo ha sostenido la demandante en todo el proceso, y tampoco el demandado lo ha negado, como tampoco ha negado que se llevó al menor del domicilio de la madre y no lo retornó, lo que naturalmente causa un perjuicio para el menor.

**Respecto a los documentos y actuados del proceso que son merituados.**

- Acta de Conciliación N.º 032-2016 (folios trece a quince) punto primero: **“que la tenencia de su menor hijo [REDACTED] [REDACTED] de 4 años de edad será ejercida por el padre el Señor [REDACTED]”; punto segundo “la madre [REDACTED] podrá visitar y llevar a pasear a su menor hijo [REDACTED] el día domingo de la semana en el horario que rige desde las 09:00 am hasta las 06:00 pm”, punto cuarto “la Señora [REDACTED] abonará como pensión de alimentos a favor de su menor hijo la suma de s/ 150.00 soles mensuales”.**
- Informe Social N.º 052-2017/EM/TS-DHLL, a folios ciento sesenta y cuatro a ciento setenta, de la demandante [REDACTED] [REDACTED] donde indica que vive con su madre, hermana y tío; en el aspecto de su situación económica, tiene un trabajo estable y además estudia en el Instituto Columbia, indica que su papá le apoya con el gasto



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

de su estudio; aspecto salud, señala que se encuentra bajo planilla y tiene seguro para ella y su hijo; aspecto vivienda, tiene tres dormitorios y uno de ellos está acondicionado para su hijo; apreciación y sugerencias del profesional, se verifica que ***“la demandante cuenta con los medios físicos que propician una adecuada convivencia para el menor... se percibe comunicación y armonía entre los integrantes, se percibió el temor latente en la madre que el padre y abuelos decidan que no lo vuelva a ver más o peor aún lo trasladen a Italia”***, apreciándose en las fotos a folios ciento sesenta y ocho a ciento setenta que la vivienda cuenta con ambientes limpios y en buen cuidado, así como el dormitorio separado para el menor a folios ciento setenta adecuado para el niño; también se verifica de la hoja “Información del Asegurado” a folios ciento setenta y tres y ciento setenta y cuatro que tanto la demandante como titular y su menor hijo se encuentran asegurados en el Hospital Negreiros.

- Informe Psicológico N.º 0128-17-PSI-CSJLN-PJ-JS a folios doscientos quince de la demandante [REDACTED] en el aspecto familiar, la demandante se identifica con una familia extensa en la que están su hijo, sus padres y ella, ***prioriza a su menor hijo en su vida***; en su actitud frente al proceso, indica ***“yo estoy exigiendo la tenencia, porque soy mamá, tengo más derechos, me creo la persona más saludable para darle bienestar al bebé, ...”***; en las conclusiones se señala que si bien tiene muchas dificultades a afrontar, se sobreprotege ante las circunstancias problemáticas pero necesitando reforzar sus estrategias para la resolución de conflictos, si bien está tensa se le observa manejada por las formas. ***“En el área familiar se identifica con una familia extensa en las que se encuentran presentes su hijo, su persona y sus padres. Apoyándose en sus progenitores para el***



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

***cuidado de su familia, considerando a sus padres como personas representativas en su núcleo familiar, pero priorizando a su menor hijo en su vida, aunque los lazos son poco estrechos***” de dicho informe se puede concluir que la madre prioriza a su hijo en su vida, y es natural que esté tensa y que tenga pocos lazos con su hijo, ya que cualquier madre a quien se le impida tener contacto con su menor hijo es natural que se sienta de una u otra forma frustrada o tensa, pero lo más importante es que prioriza en su vida a su hijo.

- Informe Psicológico N.º 246-17-PSI-CSJLN-PJ a folios doscientos sesenta y seis a doscientos sesenta y ocho del menor [REDACTED] [REDACTED] de seis años de edad; en el aspecto familiar, refiere que habita con el menor se identifica con el padre, que cuenta con los cuidados de sus abuelos paternos, percibe su ambiente cálido y de adecuada comunicación, señala que ***“la figura materna no se encuentra presente dentro de su esquema familiar, pese a que hay visitas, tratando de relacionarse con la madre, sin embargo la percibe distante, de lazos poco estrechos (refiere mi mamá me recoge, me voy a su casa, ella me dice que quiere que viva con ella)”***; en su actitud frente al proceso, el menor refiere que quiere vivir con su papá; en las conclusiones se señala que ***“el menor se identifica con su familia actual, estando presente el padre y abuelos paternos, de lazos cálidos y estrechos...”***.
- Declaración Referencial del menor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] a folios doscientos ochenta y cinco, señala ***“a mi mamá también la quiero, a mi papá lo quiero más, a mi mamá no porque cuando tenía cinco añitos, ella quería que viva con ella, pero yo no quería porque quería estar con mi papá. Mi mamá no me ha pegado ni castigado”***, se observa que el menor se contradice y señala que



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

quiere a su mamá y luego señala que no la quiere; también refiere el menor que desea vivir con su papá y refiere ***“si vivo con mi mamá no estaría tan feliz porque en su casa me fastidian, por eso quiero vivir con mi papito”***.

- Informe Psicológico 250-17-PSI-CSJLN.PJ-CT del demandado [REDACTED] [REDACTED] a folios cuatrocientos treinta y tres a cuatrocientos treinta y cinco; en el aspecto familiar, la demandante se identifica con una familia extensa en la que están su hijo, sus padres y él mismo; sobre el rol paterno, muestra interés por su hijo, apoyándose en sus padres en el cuidado del menor.

**Respecto a quien garantiza de mejor manera el contacto del menor con el otro progenitor**

- En el punto segundo del acta de conciliación N.º 032-2016 (folios trece a quince) respecto a que la madre [REDACTED] podrá visitar y llevar a pasear a su menor hijo [REDACTED] [REDACTED] el día domingo de la semana en el horario que rige desde las 09:00 am hasta las 06:00 pm. En autos se verifica que **el demandado no ha venido cumpliendo con facilitar a la madre las visitas con el menor**, ya que de las transcripciones de CDs. de la conversación entre el demandado [REDACTED] y la demandante (folios cuatrocientos cuarenta y cuatro a cuatrocientos noventa y siete) se observa que la demandante le ruega al demandado para que pueda ver a su menor hijo, incluso el demandado se muestra renuente a ni siquiera querer hablar con ella para facilitarle que pueda ver a su menor hijo, de esta manera no permite al menor que fortalezca los lazos familiares con su progenitora, lo cual genera como consecuencia evidente que el menor no se sienta identificado con la madre.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

- En otro lado de la conversación el demandado le condiciona a que vea al menor diciéndole **“esto acaba en un día, si tu hablas con mi abogado”** (folios cuatrocientos cuarenta y ocho); **“todo esto puede acabar, si conciliamos”** (folios cuatrocientos cuarenta y nueve); **“por eso una vez que conversemos, ahí vamos a poder acordar otras cosas”** (folios cuatrocientos cincuenta y dos, se observa que le está condicionando a la madre a que converse con él primero para que pueda ver a su hijo), **entre otros mensajes de texto que evidencian que el padre impedía que su menor hijo forme una relación materno filial con su progenitora**, quien evidentemente en un estado de necesidad al no poder ver a su hijo firma el acta de conciliación, lo cual se concluye del comportamiento del demandado, quien en los mensajes de texto pretende condicionar a la demandante a que concilie y converse con su abogado para que pueda ver a su menor hijo, por lo que también se puede concluir que el demandado trató de condicionar a la demandante para firmar el acta de conciliación y así ella supuestamente vería a su hijo.
- Por lo que ha de considerarse que 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**, que en este caso es la demandante; y aunque el menor ha señalado en audiencia que quiere vivir con su papá, es evidente que por su edad ha podido haber sido manipulado, más aún cuando no se le ha permitido tener contacto con su madre de manera permanente y no ha respetado el régimen de visitas establecido en el acta de conciliación, **verificándose que el demandado ha afectado el derecho a la identidad del menor**, y que esto no es beneficioso para el niño; al contrario, el menor debe mantener contacto permanente y fortalecer los lazos con su madre, ya



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

que no se le puede desvincular de quien siempre será su progenitora, más aún cuando **el demandado siempre ha manifestado que protege al menor porque la demandante está con otra persona, lo cual no prueba que la demandante haya sido mala madre**, ya que este hecho no tiene nada que ver con sus características y habilidades de ser madre; más aún cuando las fotos a folios cincuenta y tres a setenta y dos evidencian lo contrario, observándose que la madre siempre ha estado con el menor en todo momento desde que era un bebé y andaba en coche en diferentes épocas y eventos como navidad, se observa que la madre jugaba con el menor en el parque, en su habitación, jugando con el niño, en el cine, en el establo, celebrándole su cumpleaños, en la playa jugando con la arena, y al menor se le observa feliz en las fotos; por lo que es necesario evaluar si la demandante se encuentra en aptitudes y capacidad de ofrecerle al menor un ambiente adecuado para su desarrollo integral.

**Respecto a la capacidad y aptitudes de la demandante**

- A folios cincuenta obra la constancia de trabajo de la demandante en donde se indica que se encuentra laborando en Saga Falabella como Teleoperadora en el horario de 1 a 7 pm de lunes a sábado. Por lo que, se concluye que la madre puede dedicarle tiempo al menor llegando de su trabajo, ya que no tiene un horario tan extenso como indica el demandado. Si bien el demandado indica que la actora le ha sido infiel y sale con su nuevo novio, no ha probado, que el menor haya estado descuidado cuando estuvo viviendo con su mamá, más aún cuando las fotos a folios cincuenta y tres a setenta y dos evidencian lo contrario, observándose que la madre siempre ha estado con el menor en todo momento desde que era un bebé. También se verifica la capacidad



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

económica de la demandante en las boletas de pago de su empleadora a folios ciento cinco a ciento diez donde se observa que gana 1285 soles.

- Por otro lado, si bien el menor señala que quiere vivir con su papito en su referencial, debemos tener en cuenta lo señalado en el artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes. En el presente caso, se verifica que la madre estuvo al lado del menor hasta los cuatro años, y luego el padre no le permitió ver a su hijo, por lo que, si nos fundáramos en el literal a) del mencionado artículo, tampoco la madre podía ver al menor, aunque ella quisiera. Respecto al literal “b” el menor ya cuenta con 7 años y puede estar con cualquiera de sus progenitores y ambos tienen la capacidad económica y de condiciones de vivienda de brindarle un ambiente laboral adecuado al menor; la ley prescribe que **“en cualquiera de los supuestos, 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”**; por lo que, habiendo probado que el demandado ha limitado el derecho de identidad del menor de poder relacionarse con la madre y no ha cumplido con el acta de conciliación, y además se ha probado que la madre también tiene condiciones económicas, de vivienda, psicológicas y de brindarle un ambiente adecuado al menor; por lo que, ésta deberá ejercer la tenencia del menor, sin perjuicio de lo sostenido en el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes que la variación de la tenencia, se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o transtorno al menor y se establecerá un régimen de visitas al demandado.

**Respecto a los alimentos que deberá otorgar el demandado**

- El artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes establece que **“El Juez está facultado para fijar la pensión de alimentos, dentro del**





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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

*mismo proceso, en los casos de litigios por Patria Potestad, Tenencia y Régimen de Visitas*". En el presente caso, respecto a los alimentos del menor se tiene que: **a)** Para establecer una pensión alimenticia, es menester precisar que los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y las posibilidades de quien deba darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor, **no siendo necesario para dicho efecto, investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos**, conforme a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 481 del Código Civil; **b)** Asimismo, el menor tiene necesidades alimenticias, que por su edad no pueden ser atendidas en forma directa por él mismo, dada la edad que presentan, por lo cual corresponde a sus progenitores proveérselas para asegurar su subsistencia dentro de la sociedad, como es el sustento diario, la vivienda para tener un lugar donde descansar y realizar sus actividades propias del ser humano; **c)** Del cálculo de la Pensión de Alimentos, la obligación de los alimentos corresponde a ambos padres, se ha de tener en cuenta la capacidad económica y las obligaciones de la parte demandada, pero también la capacidad económica de la madre del menor, en el presente caso, es también obligación de la demandante velar por la alimentación de su menor hija, por lo que es de suponerse que es ella quien de manera permanente le brinda atención y cuidado, cubriendo sus necesidades vitales (alimentación, vestido, vivienda y salud) y corriendo con los gastos que ocasiona circunstancias imprevistas que siempre se presentan (enfermedades, medicinas, accidentes), precisando que para el cálculo de la pensión de alimentos se considerará que en este caso en particular, el demandado no tiene otra carga familiar similar a la de menor hijo, lo



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

que se tendrá en cuenta al fijar el quantum de la pensión, **d)** En el caso de autos, según declaraciones del propio demandado labora en sus tiempos libres como taxista en la empresa “uber”, por lo que tiene capacidad económica, asimismo el demandante señala que tiene grado superior, por lo que es de suponerse que está en mejores condiciones que la madre de encontrar un mejor trabajo, sin embargo no se sabe con exactitud cuánto percibe el demandante, por lo que, se deberá establecer una pensión alimenticia de manera prudencial, considerándose además que el demandado tampoco cuenta con carga familiar similar, debiendo el obligado depositar la suma establecida en la presente sentencia a la actora, en su condición de madre de la alimentista, para lo cual deberá dejar sin efecto la obligación alimentaria establecida en el Acta de Conciliación N.º 032-2016.

**6. Recurso de apelación**

Mediante escrito de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho<sup>10</sup>, el demandado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] interpone recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos:

- La apelada no desarrolla cuáles son los presupuestos procesales que durante el proceso quedaron establecidos para ordenar la variación de la tenencia, afectando el principio de congruencia procesal, al determinar que el demandado no venía cumpliendo con facilitar a la madre demandante las visitas a su hijo sin un sustento probatorio y sin tener en cuenta que la demanda de variación de tenencia alegada tenía como sustento fáctico una supuesta incapacidad moral del demandado por mantener una “relación gay” que afectaba la integridad de su menor hijo.

---

<sup>10</sup> Ver página 597 del expediente.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

- El juez llega a la conclusión que el demandado ha impedido a la demandada acceder a las visitas acordadas en la acta de conciliación y como tal ha incumplido el punto segundo del acta, a partir de valoraciones caprichosas y totalmente subjetivas que adopta en relación a las transcripciones de CDs presentadas por la demandante de sus propios mensajes enviados al demandado en supuestas conversaciones telefónicas, cuando este medio probatorio no resulta idóneo para acreditar tal incumplimiento, pues esas conversaciones han ocurrido antes de la celebración del acuerdo conciliatorio materia de variación.
- El juez ha incurrido en una motivación insuficiente al hacer una valoración defectuosa de las pruebas referenciales tanto del menor como de las partes.

**7. Sentencia de Vista**

Mediante sentencia de vista de fecha diez de abril de dos mil diecinueve, se revoca la sentencia que declara fundada la demanda sobre variación de tenencia y reformándola declararon infundada la misma.

Fundamentos principales de la sentencia:

- En el presente caso es de precisar que la causa versa sobre la variación de tenencia solicitada por la madre biológica del menor identificado con las iniciales **F.M.CH.Z.**, en razón a que, según la demanda, una persona llamado Ricardo Ciccía Burga le manifiesta que el demandado es de opción sexual gay y dice ser su pareja hace más de un año enviándole unas fotos donde el demandado muestra sus partes íntimas desnudo en la habitación que comparte con su menor hijo, lo que genera gran preocupación y angustia el riesgo de la integridad física y moral de su menor hijo, más aún cuando observa cambios en su conducta, como es



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

morderse las uñas y ser temeroso a todo, habiendo agregado a su vocabulario palabras groseras no propias de su edad.

- Lo anotado, revela un incumplimiento al deber del padre demandado, de velar por el desarrollo integral del menor, pues según la demanda, la conducta del demandado pone en peligro la integridad física y moral del menor. Tal deber se encuentra implícito en el Acta de Conciliación por Acuerdo Total, Acta N.º 032-2016 de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis (folios trece a quince), pues al haber determinado las partes que ambos ejercen la patria potestad del menor identificado con las iniciales [REDACTED] corresponde a ambos padres (demandante y demandado) el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de su menor hijo, por lo que queda claro entonces que de acuerdo al tenor de la demanda, el demandado [REDACTED] habría incumplido dicho deber contenido en el acuerdo conciliatorio contenido en el Acta de Conciliación por Acuerdo Total, Acta N.º 032-2016 de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis (folios trece a quince).
- Si ello es así, queda claro también que es sobre dichos aspectos que deben versar los medios probatorios actuados en el proceso, de manera que se logre su finalidad, que es la de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.
- Al respecto encontramos de lo actuado que los únicos medios probatorios ofrecidos por la actora tendientes a acreditar el peligro que correría la integridad física y moral de su menor hijo al vivir con su padre, el demandado, lo constituyen las dieciséis impresiones de la conversación realizada por esta parte con el señor Ricardo Ciccía, y ocho impresiones de conversaciones de WhatsApp del teléfono del demandado con un señor Ricardo Ciccía todas están enviadas por él



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

mismo, así como la impresión del reporte de la Pontificia Universidad Católica del Perú (folios dieciséis a cuarenta y setenta y tres, respectivamente); sin embargo, dichos medios probatorios documentales resultan insuficientes para acreditar la verosimilitud de las aseveraciones formuladas en la demanda, ello por cuanto en principio dichos documentos no han sido extendidos por el demandado, de tal forma que pueda ser vinculado con los hechos que allí se describen, además tampoco se ha acreditado la identidad de las personas que participan de las conversaciones contenidas en dichas impresiones; y finalmente, tampoco se cuenta con la actuación de algún medio probatorio o sucedáneo que corrobore las afirmaciones de la demandante en este extremo. En cuanto al reporte universitario de folios setenta y tres, dicho documento acredita los estudios cursados por el demandado, empero de modo alguno prueba el peligro a la integridad física y moral que correría su menor hijo, con lo cual se concluye que los hechos en la demanda no han sido probados.

- Sin perjuicio de lo expuesto, y atendiendo a que en autos se fijó como punto controvertido el establecer si la parte demandada ha incumplido el acta de conciliación N.º 36-2016 y si por ello corresponde variar la tenencia del menor de iniciales F.M.CH.Z., establecida en el acta de conciliación N.º 36-2016, a la demandante doña EMILY POLETTE ZAPATA ALVITES; corresponde establecer si en efecto, el demandado ha incumplido con los términos escritos del acta de conciliación en comento, tal como ha concluido el *A quo*. (punto siete del considerando quinto de la sentencia de vista).
- Al respecto, tal conciliación extrajudicial, otorga al acta el valor de un título de ejecución, los derechos, deberes y obligaciones ciertas, expresa y exigibles que consten en dicha acta, se ejecutarán a través del proceso



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

de ejecución de resoluciones judiciales; siendo el caso que en autos no se ha probado de modo alguno el incumplimiento a los términos del acuerdo conciliatorio; por lo que, el argumento del *A quo* para amparar la demanda no se condice con el alegado incumplimiento a los términos del acta de conciliación por parte del padre demandado, sino que se hace un análisis respecto al “estado de necesidad” en que se encontraba la demandante y que le motivó a celebrar el acuerdo conciliatorio en cuestión con el demandado, esto es, la decisión recurrida se fundamenta en hechos acaecidos con anterioridad a la celebración del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, y no informan las circunstancias, formas y fechas en que el demandado habría incumplido los acuerdos conciliatorios pactados con la demandante, tal como se constata con la lectura de las transcripciones de folios cuarenta y cuatro a cuarenta y ocho.

- Al momento de adoptar una decisión debemos tener muy presente que es lo más conveniente para el menor, tal situación deberá ser dilucidada teniendo presente el Interés Superior del Niño. En el presente caso, tenemos que el menor de iniciales F.M.Ch.Z., en la evaluación psicológica practicada el doce de setiembre de dos mil diecisiete cuyas conclusiones se recogen en el Informe Psicológico N.º 264-17-PSI-CSJLN-PJ (folios doscientos sesenta y seis a doscientos sesenta y ocho) manifestó su deseo de seguir viviendo con su papá, el demandado, por ende, dicha opinión del citado menor deber ser tomada en cuenta, conforme lo dispone el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes concordante con el artículo 9 del mismo cuerpo legal. Por otro lado, se desprende de dicho informe psicológico que “el menor se identifica con la familia actual, estando presente el padre y abuelos paternos de lazos cálidos y estrechos, sintiéndose afianzado disfrutando



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

de las actividades recreativas, contando con el apoyo de los abuelos maternos. la relación con la figura materna es distante y poco estrecha, estando poco presente en los pensamientos del menor, de lo cual podemos apreciar: i) que el citado menor se encuentra evolucionando psicológicamente en forma favorable y se identifica afectivamente con su entorno familiar paterno; ii) respecto a la madre biológica, se encuentra poco presente en los pensamientos del menor; con lo cual se concluye que el menor debe continuar al lado del padre demandado.

- De igual modo, con el Informe Social N.º 033-2018/EM/TS-DHLL de fecha dos de octubre de dos mil diecisiete (folios quinientos doce a quinientos diecisiete), se acredita que el padre demandado cuenta con el ambiente físico para correcta convivencia del menor con soporte familiar brindado por los padres adoptivos del mismo, por lo que consideramos que debe continuar al lado de su madre biológica.
- No está demás, señalar que en el presente caso ha quedado en evidencia una serie de conflictos personales entre ambos padres; frente a tales hechos, consideramos que los padres y/o responsables deberán actuar y proceder responsablemente, sin involucrar al citado menor en dichos temas y menos utilizarlo, para perjudicar el uno al otro. En tal sentido, los padres en litigio deberán tener muy presente que la familia, es el núcleo básico y esencial para el desarrollo y evolución del niño, será ahí donde adquirirá los valores y principios que regirán su vida en familia y en sociedad, en base a los ejemplos que adquiera en el hogar.
- Con relación al establecimiento de un régimen de visitas, en este caso específico, consideramos que no correspondía establecer régimen de visitas, toda vez, que en la citada conciliación N.º 36-2016 ya se ha establecido uno, el mismo que deberá ejecutarse teniéndose presente el Interés Superior del Niño y Adolescente.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

**III. RECURSO DE CASACIÓN**

La Sala Suprema Civil Transitoria (ahora Cuarta Sala de Derecho Social y Constitucional Transitoria), ha declarado procedente el recurso de casación<sup>11</sup> presentado por la demandante [REDACTED] por las causales de:

**3.1.- Infracción normativa de carácter procesal a) artículo 139 incisos 3 de la Constitución Política del Estado concordante con los artículos 50, inciso 6, 121 in fine, 122 inciso 3 y 4, 188 y 197 del Código Procesal Civil y artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.** Señala no haberse valorado en forma conjunta y razonada las pruebas obrantes en autos por tal motivo la sentencia de vista incurre en motivación defectuosa, aparente e insuficiente. No se ha cumplido con valorar: 1) la titularidad del celular del demandado es de su señora madre, 2) las fotografías adjuntadas a la demanda en las que se aprecia el miembro viril y las nalgas del demandado las cuales fueron tomadas dentro del cuarto que comparte con su menor hijo, cuyas características de la habitación como son puerta, piso, y mayólica del baño concuerdan con las fotografías del Informe de Equipo Multidisciplinario, y esta conducta es posterior al acta de conciliación, con lo cual se demostraría la opción sexual del demandado, y su calidad de perverso sexual; que desde la misma habitación que comparte con su hijo envía fotografías íntimas sin tomar en cuenta el deber de cuidado y de velar por la integridad física y moral del menor, y esta conducta es posterior al acta de conciliación de fecha veintiséis de abril de dos mil diecinueve; 3) no se ha valorado la identidad de Ricardo Ciccía, señalando la Sala que dicha persona no existe, sin embargo la recurrente desde la interposición de la demanda ha señalado que su nombre completo es Ricardo Arturo Ciccía Burga conforme al Certificado de inscripción que adjunta y en el que se

---

<sup>11</sup> Ver página 52 del cuaderno de casación.





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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

aprecia su fotografía, por lo tanto esta persona existe y por ende los textos de WhatsApp son válidos; 4) se ha incumplido con el acta de conciliación número 032- 2016 de fecha veintiséis de abril de dos mil diecinueve no permitiéndole a la recurrente ver a su menor hijo, existen transcripciones con fechas posteriores al acta de conciliación, como son, tres transcripciones del treinta de abril de dos mil dieciséis y trece transcripciones del mes de mayo de dos mil dieciséis que acreditan el incumplimiento por parte del demandado respecto de la mencionada acta de conciliación impidiéndole ver al menor, 5) el perfil psicológico del demandado está plasmado en la Pericia Psicológica que concluye que tiene la necesidad de llamar la atención (por ello, las fotografías vendiendo su cuerpo) y que se apoya en los padres para el cuidado del menor, 6) la Pericia psicológica del menor que concluye que a raíz de estos hechos tiene mucha inseguridad y necesidad de ser aceptado y protegido, con cambios en su estado de ánimo. 7) no se ha valorado la Visita social en la que se señala que extraña y quiere mucho a su mamá y que le gustaría pasar tiempo con ella.

**3.2.- Infracción normativa de carácter material: artículo 85 del Código del Niño y Adolescente.** La interpretación errónea se presenta cuando se le otorga a la opinión del menor el carácter decisivo y trascendental para la variación de la tenencia cuando lo cierto es que a la edad que tiene el menor no hay capacidad de discernimiento, además la Pericia Psicológica que se le practicó arroja que el menor tiene inseguridad, desconfianza y falta de afirmación.

#### **IV. CUESTIÓN JURÍDICA A DEBATIR**

En el presente caso, teniendo en cuenta las causales de casación por las cuales se ha admitido el recurso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar:



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

**4.1.-** Si la Sala Superior ha emitido su decisión de revocar la sentencia de primera instancia y reformándola declarar improcedente la demanda sobre variación de tenencia sin vulnerar el debido proceso al no valorar conjuntamente los medios probatorios, así como, producirse la interpretación errónea del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes respecto a la declaración prestada por el menor identificado con las iniciales [REDACTED]

**4.2.-** Cuál de los padres del menor [REDACTED] se encuentra en mejor aptitud de tener la tenencia teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 84 del Código de Niños y Adolescentes el cual prescribe que ***“en cualquiera de los supuestos, 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”***.

**V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA**

**PRIMERO.-** Así las cosas, antes de determinar quién está en mejor aptitud de ejercer la tenencia, corresponde verificar si se ha producido la infracción normativa de carácter procesal en el sentido de determinar si se ha vulnerado el debido proceso; en ese orden de ideas, la Fiscalía Suprema de Familia emite dictamen<sup>12</sup> en el sentido de que se declare fundado el recurso de casación, en consecuencia, nula la sentencia de vista, debiendo dictarse nuevo fallo con arreglo a ley.

**SEGUNDO.- DEBIDO PROCESO**

**2.1.-** El derecho a un debido proceso legal es un derecho constitucional que tiene como contenido esencial rodear al proceso de las condiciones mínimas de equidad y justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en su resultado, por lo que garantiza la correcta

<sup>12</sup> Ver página 88 del cuaderno de casación.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

aplicación y vigencia del proceso, lo que a su vez es garantía de la tutela judicial efectiva, elemento indispensable para lograr la finalidad del propio proceso.

2.2.- La importancia del debido proceso legal como un derecho fundamental, tiene características transversales, a tal punto, que se sostenga, ya de modo pacífico, la postura de que éste, no sólo se aplique exclusivamente al ámbito jurisdiccional, sino en toda clase de proceso, de índole administrativo, arbitral o privado. En consecuencia, las garantías que involucran la protección del derecho a un debido proceso legal son aplicables no sólo a los procesos jurisdiccionales sino a todos los procesos que se desarrollen dentro de la sociedad, sea para la determinación o generación de un derecho subjetivo de los ciudadanos, sea para la determinación de tal derecho en conflicto entre el ciudadano y la autoridad <sup>(13)</sup>.

En nuestro sistema jurídico, el derecho al debido proceso ha sido consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que señala lo siguiente: *“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”*

---

<sup>(13)</sup> Lo expuesto se ha confirmado con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1996, Exp. 067-93-AA /TC (Caso Arnillas), que sentó como precedente de observancia obligatoria la aplicación del Derecho Constitucional a un Debido Proceso Legal en toda clase de procedimientos ante cualquier autoridad, sea ésta pública o privada.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Por su parte, el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que: “8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

2.3.- Ahora bien, no obstante que el derecho al debido proceso es único, éste tiene dos manifestaciones totalmente diferenciadas: el debido proceso sustancial y el debido proceso adjetivo.

2.4.- El **debido proceso sustantivo** tiene como contenido que *todos los actos de poder* (como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales) *sean justos; es decir que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos*. En otros términos, el debido proceso sustantivo tiene relación con el concepto de razonabilidad, con la finalidad de no transgredir la armonía del sistema jurídico ni en lo formal ni en lo sustancial <sup>(14)</sup>.

2.5.- Por otro lado, el **debido proceso adjetivo o procesal** está conformado por un conjunto de derechos esenciales que **impiden que la libertad y los derechos de los individuos sean vulnerados ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento**, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho –incluyendo al Estado– que pretenda hacer uso

---

<sup>(14)</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores, 2001, Pág. 205.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

abusivo de éstos <sup>(15)</sup>. Este aspecto del derecho constitucional supone dos derechos:

- i) **Derecho al proceso:** La posibilidad de todo sujeto de derecho de acceder a un proceso o procedimiento con la finalidad que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada.
- ii) **Derecho en el proceso:** Todo sujeto de derecho que participe en un proceso o procedimiento **cuenta con un conjunto de derechos esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión, incluyendo el respeto por las formas esenciales del procedimiento previamente establecido.**

**TERCERO.- EL DERECHO A LA PRUEBA**

3.1.- El Tribunal Constitucional, en la sentencia N.º 4831-2005-HC/TC, ha sostenido en concordancia con el fundamento jurídico ciento treinta y tres a ciento treinta y cinco, de la STC010-2002-AI/TC, *“que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. **Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos.***

---

<sup>(15)</sup> Op. Cit. Pág. 208.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

3.2.- Los límites genéricos a todos los medios probatorios, los establecen ciertamente los Códigos Adjetivos pertinentes [en nuestro caso, el Código Procesal Civil]. En materia de procedimiento probatorio, éste se constituye como una secuencia de actos procesales ordenados, preclusivos, en la que *“cada uno es consecuencia del anterior y precedente del siguiente”*<sup>16</sup>; no es una secuencia inorgánica y dejada al arbitrio del juez o de las partes; *“la legalidad de la actividad probatoria (...) significa que lo que importa en el proceso es, sí y naturalmente que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido en la ley. Esto es, importa el resultado, pero también importa el camino, cómo se llega al mismo, y ello porque, por decirlo, otra vez, con frase tópica, el fin no justifica los medios”*<sup>17</sup>.

3.3.- En particular, para los efectos de resolver el recurso de casación, debemos señalar que, en cuanto al requisito temporal para el ofrecimiento de los medios probatorios, la norma glosada, indica que, en términos generales, éstos se ofrecen en los **actos postulatorios** [léase demanda, contestación, reconvencción o absolución de la reconvencción]. Sin embargo, otros supuestos de ofrecimiento de medios probatorios, fuera de esa etapa de postulación, están previstos de modo excepcional en el Código Adjetivo; verbigracia: los medios de prueba de oficio [artículo 194], los medios probatorios en apelación de sentencias y absolución de agravios [artículo 374]; medios probatorios extemporáneos [artículo 429]; medios probatorios con relación a hechos no invocados en la demanda [artículo 440].

---

<sup>16</sup> MONTERO AROCA, Juan; La Prueba en el proceso civil; Thomson Civitas; pag. 171.

<sup>17</sup> MONTERO AROCA, Juan; op. cit. pag. 172.



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

**CUARTO.- LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

4.1.- Principio previsto en el artículo 139, inciso 5, de la Carta Política Fundamental, ha sido considerado por el Tribunal Constitucional, en el *Exp. N.º 4348-2005-AA/TC*, en el sentido de que *“su contenido constitucional se respeta, prima face, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sólo mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”*.

4.2.- El aspecto relativo a la motivación, no es un tema baladí, pues hoy se afirma, que ésta implica no sólo la exigencia de explicar las razones que se exponen en la decisión final, sino en justificar la misma tanto interna como externamente.

Como sostiene Malem Seña, al referirse a la justificación externa de las premisas normativas *“Los jueces tienen el deber de resolver las controversias que conocen en virtud de su competencia aplicando el derecho. Esto es, para solucionar las cuestiones planteadas han de invocar una o varias normas jurídicas generales y deben ofrecer razones de porqué las han escogido. Pero la identificación de la norma aplicable y la aplicación propiamente dicha de la misma no es una labor sencilla. El modelo simple y mecanicista de aplicación del derecho que supone que el juez es capaz de escoger entre normas simples, claras y precisas, sin necesidad de ser*



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

*interpretadas, y que es capaz de conocer los hechos que causan el diferendo jurídico sin ningún inconveniente está más que superado”<sup>18</sup>.*

**QUINTO.-** De la revisión de los actuados del proceso se advierte que la Sala Superior no ha valorado conjuntamente los medios probatorios e informes emitidos por el equipo multidisciplinario; así como, lo dispuesto en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes; en efecto, de los informes psicológicos y declaración referencial del menor se advierte que existe una seria contradicción en su referencial al señalar que, quiere a su madre y le gustaría pasar más tiempo con ella, pero en audiencia única indica que prefiere seguir viviendo con su padre y que a su madre no la quiere tanto, lo cual determina que dicha referencial podría estar condicionada así como haberse acreditado que el padre del menor no permitía el contacto madre e hijo antes de la celebración del acta de conciliación por Acuerdo total - Acta N° 032-2016 - de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis, en donde se le otorga la tenencia al demandado; ya que el fundamento para alejarlo del lado de la madre y no devolverlo se debe a que lo quería proteger de los malos cuidado e inatenciones que ésta realizaba por tener una nueva pareja, lo cual no ha sido acreditado en autos.

**SEXTO.-** Asimismo, si bien la demanda de variación de tenencia se fundamenta en el hecho de que el demandado tendría conductas inapropiadas por tener una orientación gay, dichas circunstancias no han sido determinantes para que el juez de primera instancia declare fundada la demanda y disponga la variación de la tenencia a favor de la demandante, debido a que, de la evaluación conjunta de los medios probatorios se ha

---

<sup>18</sup> MALEM SEÑA, Jorge F.; El error judicial y la formación de los jueces; Edit. Gedisa; 2008; pags.33-34.





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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

llegado a la conclusión de que el menor identificado con las iniciales F. M.CH.Z., al tener más de tres años de edad, puede estar con cualquiera de los padres, así como el hecho de que ha estado viviendo con la demandante desde los cuatro años, ya que se retiró de la casa del padre el catorce de noviembre de dos mil quince, hasta que el demandado lo retiró del lado de la madre y no lo devolvió, apreciándose que la demandante permitía el contacto padre e hijo cuatro días a la semana con externamiento, sin que esto haya sido contradicho por el demandado.

**SÉTIMO.**- Ahora bien, la sentencia de vista materia de casación deja de lado dicho análisis efectuado por la primera instancia y realiza el análisis del caso en mérito a la orientación sexual del demandado y al punto controvertido que fue fijado en audiencia única respecto al incumplimiento del Acta de Conciliación N.º 36-2016, y si por ello corresponde variar la tenencia a favor de la demandante; al respecto, como se señaló en los párrafos precedentes, la orientación sexual del demandado no ha sido determinante para que en primera instancia se determine la variación de la tenencia, motivo por el cual, la sentencia de vista erróneamente se pronuncia sobre un punto no controvertido ni mucho menos relevante, el cual incluso ha sido modificado con posterioridad, tal como se advierte de la resolución número nueve.

**OCTAVO.**- En efecto, en el presente proceso el criterio para determinar la variación de la tenencia no será el relativo al incumplimiento de los acuerdos asumidos en el acta de conciliación N.º 36-2016 ni la orientación sexual del demandado, sino **establecer si se cumplen los presupuestos procesales para determinar la variación de la tenencia del menor identificado con las iniciales [REDACTED] a favor de su señora madre doña [REDACTED] [REDACTED] y cual de los progenitores está en mejores condiciones**



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

**de que el menor tenga contacto con el otro progenitor**, lo cual, la sentencia de primera instancia ha valorado correctamente y que la Sala Civil claramente no ha revisado al señalar en el punto siete. del considerando quinto de la sentencia de vista materia de impugnación que: *“Sin perjuicio de lo expuesto, y atendiendo a que en autos se fijó como punto controvertido el establecer si la parte demandada ha incumplido el acta de conciliación N° 36-2016 y si por ello corresponde variar la tenencia del menor [REDACTED] [REDACTED] establecida en el acta de conciliación N° 36-2016, a la demandante doña [REDACTED] corresponde establecer si en efecto, el demandado ha incumplido con los términos escritos del acta de conciliación en comento, tal como ha concluido el A quo”*.

**NOVENO.-** En ese sentido, esta Sala Suprema no puede dejar pasar el error incurrido por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte al momento de emitir la sentencia de vista materia de casación, lo cual ha generado un perjuicio de 4 años en que se produzca la variación de la tenencia para afianzar los lazos madre e hijo entre la demandante con el menor de iniciales F.M.CH.Z., asimismo, tampoco pasa inadvertido que se ha adjuntado al cuaderno de casación copias de la investigación en sede fiscal por el delito de sustracción de menor en contra del demandado y que se encuentra en etapa de acusación directa, obrantes de folio 72 a 80, lo cual, se debe valorar en el sentido de que fue el demandado quien retiró al menor de iniciales F.M.CH.Z. del lado de la demandante y no lo devolvió, impidiendo el contacto madre e hijo y que generó la contradicción existente en su referencial emitida en audiencia única; por lo que, para no generar más perjuicios en la identidad del menor de iniciales F.M.CH.Z. corresponde



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N.º 4153 - 2019  
LIMA NORTE  
VARIACIÓN DE TENENCIA**

a esta Sala Suprema corregir los errores incurridos por la Sala Civil, confirmando la sentencia de primera instancia.

**VI. DECISIÓN**

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista expedida por la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fecha diez de abril de dos mil diecinueve; actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** que la sentencia de primera instancia, de fecha cuatro de diciembre de dos mil dieciocho, que declaró fundada la demanda sobre variación de tenencia, con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** que se publique la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por [REDACTED] [REDACTED] contra [REDACTED] sobre variación de tenencia. Integra esta Sala Suprema, el Señor Juez Supremo Bustamante Zegarra por licencia de la Señora Jueza Suprema Bustamante Oyague. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Ruidías Farfán**.

**SS.**

**ARANDA RODRIGUEZ**

**CUNYA CELI**

**ECHEVARRÍA GAVIRIA**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

**RUIDÍAS FARFÁN**

*Eagc/Bers*