



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SUMILLA: El recurso deviene en fundado por la causal *in procedendo*, porque conforme a lo expuesto en la presente resolución se concluye que el acervo probatorio no fue valorado con sujeción a los artículos 188° y 197° del Código adjetivo con el propósito de establecer, a cuál parte procesal le corresponde ejercer la tenencia y custodia de los citados menores, concluyéndose de todo ello, que, la Sala Revisora si bien es cierto esgrimió una serie de razones que sustentan su decisión en virtud al contenido de las indicadas pruebas, también es verdad que el fallo recurrido transgrede los derechos de contenido constitucional que se invocan, advirtiéndose, adicionalmente, infracción al principio de congruencia procesal.

Lima, diecinueve de abril de dos mil veintidós. -

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número cinco mil setecientos noventa y siete - dos mil diecinueve, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, con lo expuesto por el Fiscal Supremo Especializado en lo Civil, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación¹ interpuesto por el demandado **Luis Alberto Yarango Jara** contra la sentencia de vista del trece de setiembre de dos mil diecinueve², que confirmó la sentencia apelada de fecha tres de abril de dos mil diecinueve³ que declaró

¹ Ver fojas 315.

² Ver fojas 241.

³ Ver fojas 187.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

fundada la demanda de tenencia y custodia, interpuesta por Estefani Merisela Gonzáles Navarro respecto a los menores hijos de las partes procesales de iniciales T.L.Y.G. y F.A.Y.G. respectivamente, ordenando que la citada demandante ejerza la tenencia y custodia de los citados menores, y fijando un régimen de visitas al emplazado de la siguiente manera: **los días domingos de 9:00 am hasta las 17:00 horas, exceptuándose el día de la madre, pudiendo realizarse el día anterior; el veinticuatro de diciembre, los niños estarán con la madre y el veinticinco del mismo mes, con el padre; el día treinta y uno de dicho mes, estarán con el padre y el uno de enero con la madre.**

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante escrito de fecha ocho de junio de dos mil dieciocho⁴ Estefani Merisela Gonzáles interpuso demanda solicitando la tenencia y custodia de sus menores hijos de iniciales e iniciales T.L.Y.G. y F.A.Y.G., de cinco y tres años, respectivamente, al momento de presentar la demanda.

Refiere que, con el demandado mantuvo una relación convivencial desde agosto de dos mil once hasta el seis de febrero de dos mil dieciocho, procreando a los menores hijos de ambos.

⁴ Ver fojas 27.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Precisa que luego del nacimiento de su hijo mayor, el demandado cambió drásticamente su carácter, volviéndose una persona agresiva y violenta, habiendo sido víctima, la actora, de constantes maltratos físicos y psicológicos como lo demuestra con las copias de las denuncias que acompaña al acto postulatorio.

En ese contexto, alega que, el siete de febrero de dos mil dieciocho, el demandado de manera agresiva la botó con todas sus cosas personales a la calle después de haberla agredido físicamente porque no quiso reconciliarse con él, regresando a vivir la actora a casa de su familia.

Manifiesta que, el veintiséis de febrero del citado año, el emplazado se llevó a los menores con el pretexto de visitar a su señora madre, interponiendo éste, de manera dolosa, maliciosa, temeraria y de mala fe ese mismo día, una denuncia contra la actora ante la comisaría de José Leonardo Ortiz, bajo la supuesta alegación de haber agredido a los menores, hecho que desvirtuó totalmente.

Arguye que, el veintisiete de febrero de dos mil dieciocho, en horas de la mañana junto a sus hermanos fue a casa del demandado a traer a sus menores hijos, tratando éste de esconderlos y negándose a entregárselos; empero, aquéllos corrieron hacia ella y no quisieron desprenderse, regresando con la accionante en esas circunstancias.

Expresa que, con fecha cinco de abril de ese mismo año, el demandado se apersonó a su domicilio con la intención de visitarlos y como no se opuso a



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

ello, se los llevó y no los regresó, siendo que de manera reiterativa lo ha buscado y suplicado que le devuelva a sus hijos, escuchando solo insultos, maltratos y amenazas de que no se los va a entregar, motivo, por el que, con fecha siete de abril del citado año, interpuso la denuncia por los hechos descritos ante la comisaría de Familia de Chiclayo.

Por todo lo expuesto, expone que, en su calidad de madre, tiene el derecho de tener convivencia permanente con sus menores hijos, existiendo la necesidad impostergable de que éstos no se perjudiquen por actos de su padre.

Invoca como fundamentos de derecho los artículos IX del Título Preliminar; 3° inciso 1, 81°, 83° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes; V del Título Preliminar, 424° y 425° del Código Procesal Civil

2. Contestación

Mediante escrito del trece de julio de dos mil dieciocho⁵ el demandado Luis Alberto Yarango Jara, absolvió el traslado de la demanda:

Refiere que la actora alega hechos contrarios a la realidad, ya que lo expuesto en su escrito postulatorio, es totalmente contradictorio al contenido de las pruebas que acompaña para sustentar sus dichos.

Manifiesta que en el proceso de violencia familiar seguido entre las mismas partes bajo el expediente N° 2457-2018, se otorgaron a favor de los menores hijos de las partes procesales las siguientes medidas de protección: **prohibición**

⁵ Ver fojas 59.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

de acercamiento agresivo y abstención por parte de Estefani Merisela Gonzáles Navarro; en tanto que en el proceso de alimentos, tramitado bajo el expediente N° 02218-2018 ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado Familia, se resolvió admitir a trámite la demanda interpuesta por el ahora recurrente.

Sobre la tenencia de sus menores hijos, expresa que éstos cuentan con domicilio fijo y estable, por lo que, se le debe reconocer aquélla a su favor tanto más si, a la fecha de la contestación, viene contribuyendo en su desarrollo bio-psico-social porque los niños se encuentran compartiendo experiencias y han aprendido a convivir con el suscrito y su entorno familiar; en consecuencia, un cambio en el status de aquéllos, podría generar un inapropiado conflicto emocional a los citados menores.

Afirma que, la demandante tiene un comportamiento agresivo y violento, como se encuentra acreditado en citado expediente sobre violencia familiar, a lo que agrega que padece episodio depresivo moderado, D/C trastorno bipolar y afectivo, así como que no cumple con el pago de la asignación anticipada, generado por el abandono moral y material, hacia los menores de autos.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante resolución número diez de fecha tres de abril de dos mil diecinueve, el Primer Juzgado de Familia de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque declaró **fundada** la demanda, al considerar que:

Durante el proceso puede advertirse que la madre – accionante - de los menores, demostró interés en el desarrollo de sus hijos; por lo que, se



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

evidencia que posee una actitud de ejercer con responsabilidad la maternidad, y, atendiendo a los artículos VIII del Título Preliminar, 81º, 83º del Código de los Niños y Adolescentes, debe tenerse en cuenta primordialmente el interés de aquéllos, su convivencia y su bienestar, debiendo la demandante ejercer la tenencia y custodia sobre sus menores hijos.

Además del contenido de las diligencias actuadas, se tiene el informe psicológico del menor de iniciales F.A.Y.G., del que se verifica que, de acuerdo a lo manifestado por éste⁶, se quita credibilidad a las imputaciones de maltratos que dice ser víctima por parte de su madre.

Adicionalmente, se constata que ambos menores, reconocen tanto a la figura paterna como materna, habiendo manifestado tener deseo de vivir con su padre, pero evidenciando carencia afectiva y añoranza por su madre.

Debe tenerse en cuenta que los niños se encuentran en un proceso de estructuración de personalidad, lo que no impide que sea la madre quien deba asumir la tenencia y custodia, más aún si no se ha acreditado que ésta, deliberadamente, haya dejado de atender sus obligaciones maternas respecto a sus menores hijos.

Por el contrario con las denuncias policiales anexas al acto postulatorio, acreditó ser víctima de violencia familiar, en tanto que, con la denuncia de

⁶ refirió que “mi mamá es mala me pega con la correa (señalando sus glúteos), mi papi no me pega yo lo quiero mucho a el ... yo quiero estar con mi papá el me compra todo porque yo hago caso y también me lleva a pasear...”; sin embargo, en la segunda entrevista refirió que “su mamá no le pega y que mintió (riéndose) que su papá es bueno y quiere seguir viviendo con el”,



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

fecha siete de abril de dos mil dieciocho, demostró la sustracción de los citados menores por parte del demandado, quien no ha probado lo contrario.

En ese sentido, debe considerarse que los niños por su escasa edad - que oscila entre tres y cinco años -, requieren las atenciones directas de su progenitora, conforme es de verse las fotografías obrante en folios quince a veintitrés, disfrutaban su compañía y atenciones maternas, no resultando adecuado que sean alejados de ella, menos si están impedidos de ser visitados y atendidos por terceras personas, de lo que se concluye que no está probado fehacientemente que la madre incumpla con sus deberes maternos.

Agréguese a lo expuesto que, en la audiencia única (extremo de la conciliación) la psicóloga sugirió que sus menores hijos deberían estar junto a la demandante y que al padre se le permita visitar a sus menores hijos sin restricción alguna, evidenciándose adicionalmente que, ambos padres han venido participando en las reuniones de escuela de padre de sus hijos; sin embargo, los menores no han asistido en forma regular a clases lo que indudablemente afecta su nivel de aprendizaje.

Por otro lado, el menor de iniciales F.A.Y.G. de tres años de edad presenta anemia moderada, lo cual lleva a la convicción que el demandado quien, con la demanda de alimentos incoada contra la demandante, y, aseverar a ganar el sueldo mínimo, no cuenta con las condiciones económicas suficientes para un adecuado desarrollo de sus hijos; y, por ende, no garantiza condiciones favorables para encargarse del cuidado integral de sus menores hijos.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Por estas razones, los menores deberán estar bajo la tenencia y custodia de la demandante, con quien han venido desarrollándose desde su nacimiento y como tal garantiza su cuidado y protección; empero, ello no significa que el padre no participe de manera activa en el desarrollo de sus hijos, pues, no debe resquebrajarse el vínculo emocional con su progenitor.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 88º y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes; cuando uno de los progenitores no ejerce la tenencia sobre sus hijos, es menester dictar un régimen de visitas que permita que las relaciones paterno filiales se mantengan y fortalezcan, pues, ésta redundará en beneficio de aquéllos; por lo que, es razonable que permanezcan con su madre debiendo concederse ese beneficio al emplazado, el que será regulado prudentemente, que permita coadyuvar el normal desarrollo integral de los menores de edad.

4. Apelación

Por escrito presentado con fecha doce de abril de dos mil diecinueve⁷, el demandado Luis Alberto Yarango Jara interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia denunciando como agravios que:

- Acusó una falta de valoración conjunta de los medios probatorios, como el proceso de violencia familiar y de alimentos, que demuestran que la demandante habría agredido física y psicológicamente a sus hijos.
- Aludió la existencia de una presunta parcialización de la psicóloga al haber sugerido que los menores queden con la madre y al padre se le asigne un régimen de visitas abierto.

⁷ Ver fojas 212.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

- Precisó que, no se han realizado ni actuado informes socioeconómicos para determinar las condiciones económicas de las partes, señalándose erradamente que la demandante tendría capacidad económica.
- Alega que no se ha considerado la opinión del menor de iniciales F.A.Y.G.
- Por todo ello, menciona que existe motivación aparente de la recurrida.

5. Sentencia de Vista⁸

Mediante resolución número quince de fecha trece de setiembre de dos mil diecinueve, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirmó la apelada en todos sus extremos

En el caso de autos, debe establecerse con quién han convivido el mayor tiempo los menores, y, en su caso, si es o no favorable para los niños su permanencia con él; asimismo, por mandato legal, amerita priorizar el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien garantice mejor el derecho del niño a mantener contacto con el otro (padre).

De los medios probatorios actuados⁹, se logró determinar que la demandante ofrece el mejor ambiente donde sus hijos se puedan desarrollar libres de

⁸ Ver fojas 241.

⁹Denuncia verbal realizada por la demandante con fecha 07.02.2015 de folios 04; denuncia del 14.06.2016 de folios 06; denuncia por los hechos acontecidos el 07.04.2018; informe de apreciación psicológica de folios 75, respecto del menor Fabrizio Alexander Yarango Gonzales; informe psicológico de fojas 81 del menor Thiago Leonardo Yarango Gonzales; Informe de folios 121, expedido por la psicóloga María Victoria Viera Quijano, quien a solicitud del juzgado informa sobre lo observado en la audiencia única,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

violencia, con el afecto y protección que le pueda brindar, ya que, a pesar del alejamiento físico de ellos, se mantuvo al pendiente y de su rendimiento escolar.

En cambio, quedó establecido que, el demandado mostró actos de violencia que dieran lugar, entre otros a la ruptura de la convivencia en presencia de sus menores hijos, así como la sustracción que hiciera del seno materno de éstos sin respetar los mecanismos procesales que el ordenamiento jurídico acuerda en estos caso, como también las trabas a propiciar contacto de los menores con su madre, más aún si por la edad de los involucrados deben permanecer al lado de su progenitora.

Por ello, conforme se precisa en la resolución número siete de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, en la audiencia única, la psicóloga "sugirió que sus menores hijos deberían estar junto a su mamá demandante y que al padre se le permita visitar a sus menores hijos sin restricción alguna".

Los citados hechos verificados constituyen circunstancias que habilitan a la demandante a ejercer la tenencia de sus menores hijos, dado que, puede brindar las condiciones necesarias para el cuidado de éstos, entre ellas, las afectivas que evidentemente resaltan del empeño puesto de manifiesto en autos para lograr su tenencia.

En cambio el demandado aun cuando de acuerdo con las pericias psicológicas también mostraría un talante capaz de cuidado a sus hijos, al haber



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

deliberadamente ocasionado el apartamiento de su progenitora a pesar que por su edad necesitaban de sus atenciones, no resulta el más idóneo.

6. Recurso de casación

Esta Suprema Sala, mediante resolución de fecha veinticinco de junio de dos mil veinte¹⁰ declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Yarango Jara, por las causales de:

1.- Infracción normativa de los artículos 139° incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado. Sostiene que las instancias de mérito efectuaron una apreciación errada de los medios actuados en el proceso, pues no valoraron adecuadamente las siguientes pruebas:

a.- los actuados correspondientes al proceso de violencia familiar seguido en la vía civil contra Estefani Merisela Gonzales Navarro en agravio de Thiago Leonardo y Fabrizio Alexander Yarango Gonzales.

Precisa que, como se tiene de los certificados médicos legales que corresponden a las evaluaciones efectuadas a dichos menores, se justifica la adopción de medidas de protección que sean proporcionales y se requieran a fin de salvaguardar su integridad física y psicológica.

b.- los actuados correspondientes a la Carpeta Fiscal bajo la que se tramita la denuncia penal por violencia familiar contra Estefani Merisela Gonzales

¹⁰ Ver fojas 75 del cuaderno de casación.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Navarro en agravio de los citados menores, en la que se formuló requerimiento de acusación directa.

Argumenta que tampoco se dispuso la intervención del equipo multidisciplinario a fin de que emita los informes socioeconómicos respectivos, infringiendo de esa manera lo establecido en la Resolución Administrativa N° 321 - 2008 – CE – PJ.

En efecto, alega que se obvió la participación de los asistentes sociales en esta clase de procesos quienes son los encargados de evaluar, verificar y emitir un informe a fin de poder determinar qué progenitor se encuentra en mejores condiciones para el desarrollo y cuidado integral de los menores.

Finalmente, manifiesta que tampoco se evaluó correctamente los informes psicológicos de los menores corrientes a fojas setenta y cinco a setenta y ocho y ochenta y uno a ochenta y cuatro, respectivamente, pues, el contenido de dichas pruebas difiere de lo resuelto por las instancias de mérito no habiéndose tenido en cuenta lo manifestado por aquellos.

2.- Infracción normativa del artículo 84° del Código del Niño y Adolescente.

Refiere que al haberse demostrado en autos que los menores se sienten bien viviendo con el recurrente y con deseos de que su madre los visite, es evidente que quieren vivir con el recurrente lo que resulta relevante para el presente caso, teniendo en cuenta la edad de aquéllos y el apego emocional que tienen hacia su padre con el que han vivido más tiempo, por lo que, la tenencia debe recaer en el impugnante.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

III. MATERIA JURÍDICA DEL DEBATE

Es necesario establecer si la instancia de mérito ha afectado el derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones y descartado ello; determinar si la norma material denunciada ha sido infringida al determinar que los menores deben permanecer con su madre demandante.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

PRIMERO.- Es menester precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que permite ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia; así como, determinar si en dichas decisiones se ha infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, traducido en el respeto de los principios que lo regulan.

SEGUNDO. - Según se ha precisado precedentemente, el recurso de casación objeto de pronunciamiento ha sido declarado procedente tanto en razón a infracciones normativas de carácter material (*in iudicando*) como a la infracción normativa de carácter procesal (*in procedendo*). En ese sentido, dada la naturaleza y efectos del error *in procedendo*, esta Sala Suprema emitirá pronunciamiento, en primer término, sobre esta denuncia, pues resulta evidente que, de estimarse, carecería de objeto pronunciarse sobre la causal restante, al encontrarse perjudicada la validez de los actos procesales.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

TERCERO.- En ese contexto, analizando la denuncias por *vicios in procedendo*, debe indicarse, en primer término, que “El ***derecho al debido proceso*** supone el cumplimiento de las diferentes garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los procesos o procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto estatal o privado que pueda afectarlos. Su contenido presenta dos expresiones: **la formal y la sustantiva.** En las de **carácter formal**, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación de las resoluciones, etcétera. En las de **carácter sustantiva** o material, éstas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

A través de esto último se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas”¹¹.
(Énfasis agregado)

CUARTO.- De igual manera, el Tribunal Constitucional estableció que: “El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa, pues, que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que les

¹¹ EXP. N.° 02467-2012-PA/TC



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso". El Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha señalado "que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso"¹².

QUINTO.- En relación a la pretensión procesal, debe traerse a colación lo establecido por esta Sala Suprema en la sentencia casatoria N° 1769- 2015 / La Libertad¹³, respecto a la naturaleza del proceso que nos ocupa: *"La tenencia es una institución jurídica creada por el derecho, no a favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, en el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia."*

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03433-2013-PA/TC Lima Servicios Postales del Perú S.A. - SERPOST S.A.

¹³ Publicada en el Boletín de Jurisprudencia del Diario Oficial, con fecha 30 de enero del 2017, pp. 87441



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Asimismo, a nivel doctrinario el autor peruano Enrique Varsi Rospigliosi puntualiza respecto a dicha institución jurídica que: “(...) la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad. Y es lógico. Para ejercer la relación paterno –filial se requiere tener al hijo bajo custodia. Quien goza de la patria potestad debe estar legitimado de una tenencia, aunque surgen casos especiales (...).”¹⁴

SEXTO.- En armonía con ello, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el preámbulo, ha establecido que: “...el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, en su artículo 9.1, señala que: “*los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos*”; asimismo en el artículo 9.3 se establece que los Estados Partes tienen el deber de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”, justamente, coherente a ello, el último párrafo del artículo 4 del Código de Niños y Adolescentes establece 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**”. (énfasis agregado)

¹⁴ Enrique Varsi Rospigliosi. Tratado de Derecho de Familia. Tomo III. Gaceta Jurídica. P. 389-390



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SEPTIMO.- El Código de los Niños y de los Adolescentes es su artículo 8° reconoce el derecho a vivir en una familia, prescribiendo lo siguiente: *“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesario para su adecuado desarrollo integral”*. Por su parte, en su artículo 81, señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo de los padres o si estando de acuerdo, éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

OCTAVO.- Por otro lado, estando a la materia controvertida, corresponde referirnos también al interés superior del niño y el adolescente, respecto del cual la Constitución Política del Estado establece en su artículo 4 que *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)*”, de lo que se desprende que la preservación del interés superior del niño y del adolescente resulta ser una obligación ineludible para la comunidad y principalmente para el Estado. En esa misma línea directriz, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que: *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".

NOVENO. – En dicho orden de ideas, es de advertirse que las alegaciones de la citada denuncia están referidas a que las instancias de mérito efectuaron una indebida valoración de las pruebas corrientes en autos, pues, la compulsas que efectuaron de éstas, no resulta acorde con las disposiciones de la ley de la materia, extrayendo conclusiones de actuados judiciales que fueron ofrecidos para desvirtuar la pretensión procesal propuesta por la actora, que no se condicen con su contenido ni con las razones de su ofrecimiento, habiéndose omitido la actuación de medios probatorios determinantes para desvirtuar las alegaciones de la actora en torno a la tenencia y custodia de los menores hijos de las partes procesales, valorando pruebas que no fueron incorporadas con las formalidades previstas en el Código adjetivo.

DÉCIMO.- Conforme se expuso en la acápites antecedentes de la presente resolución, se tiene que las instancias de mérito sustentaron sus decisiones, principalmente, en la manifestación del menor de iniciales F.A.Y.G. contenida en el informe psicológico de fojas setenta y cinco a setenta y ocho, de cuya valoración y compulsas establecieron que no existió violencia familiar por parte de la demandante hacia sus menores hijos, afirmando aquéllos que ésta no se habría desatendido de sus obligaciones maternas, tanto más si consideraron, como sustento adicional de su fundamentos, la sugerencia de la psicóloga brindada en la audiencia única – ver fojas ciento diecisiete a ciento diecinueve - , así como los documentos obrantes a fojas ciento sesenta y seis y ciento sesenta y siete, arribando a la conclusión que el progenitor – demandado -, no contaría con las condiciones necesarias para el cuidado de los menores.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

DÉCIMO PRIMERO.- A este respecto, es del caso indicar que: **a)** Los jueces de grado no habrían advertido de los informes psicológicos de cada menor – de iniciales F.A.Y.G. y T.L.Y.G corrientes a fojas setenta y cinco y ochenta y uno, respectivamente -, que éstos no tendrían problema en vivir con su padre, estando de acuerdo con ello y con deseos de ver a la actora o que ésta los visite, lo que demostraría un deseo de vivir con aquél; de lo que se colige que se extrajeron conclusiones de dicha prueba que no necesariamente servirían para la demostrar los extremos de la pretensión procesal propuesta, las que, incluso, no desvirtuarían los fundamentos del recurrente al contradecirla; **b)** Asimismo existiría una errónea apreciación de la “sugerencia” brindada en la audiencia única cuya acta corre a fojas ciento diecisiete¹⁵, ya que de éste documento se puede inferir que dicho profesional habría sugerido que los menores vivieran con el padre y se establezca un régimen de visitas a favor de la madre – la actora -; y **c)** En cuanto al mérito probatorio que le habrían otorgado los juzgadores a los documentos obrantes a fojas ciento sesenta y seis¹⁶ y sesenta y siete, es de advertirse que tales documentos no fueron incorporados al acervo probatorio del proceso con las formalidades previstas en la ley de la materia; como tampoco, se cumpliría con lo establecido en el artículo 429° del Código Procesal Civil.

¹⁵ En dicha acta textualmente se lee que la psicóloga manifestó que: “La señora Juez propuso un conciliación que no prosperó, a quiénes no se les pudo realizar preguntas directas, debido a que los menores estuvieron inquietos, conversando y jugando de manera casual respondían las preguntas de la psicóloga, habiéndose en ambos menores la figura de papá y mamá, y ante la sugerencia de la psicóloga que deben compartir con sus hijos y deben estar con él y que siempre les permita visitar a sus hijos a la mamá”.

¹⁶Se señala que “(...) el menor THIAGO LEONARDO YARANGO GONZALES (05) no estuvo asistiendo a sus clases escolares; y que el menor FABRIZIO ALEXANDER YARANGO GONZALES (03) presenta anemia moderada (...)”



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Sobre esto último, es pertinente señalar que, atendiendo a la materia controvertida, y, en aras del interés superior del niño, en casos como el de autos, se tiende a la flexibilización en la admisión de medios probatorios que se contraponen a la oportunidad en que deben ser ofrecidos acorde con el artículo 189° del citado cuerpo normativo (principio de preclusión probatoria); empero, ello solo resultará procedente si es que no se afecta el derecho de contradicción de la otra parte, y, siempre que la parte que los ofrezca, no haya estado en aptitud razonable de ofrecerlos en la etapa correspondiente, circunstancias que no se cumplieron en el presente caso.

DÉCIMO SEGUNDO.- A lo expuesto en el considerando precedente, se agrega que las instancias de mérito tampoco habrían valorado y compulsado como lo exige la ley de la materia los actuados judiciales sobre violencia familiar seguido contra la actora¹⁷, ya que del contenido de dicha prueba, en la que se dispuso medidas de protección a favor de los citados menores se constataron lesiones producidas a los niños por parte de su progenitora conforme a los certificados médicos legales recabados en dicha investigación, no habiendo considerado tal circunstancia al ponderar la idoneidad de la citada parte procesal para ejercer la tenencia y custodia de sus hijos. Incluso, teniendo en cuenta que la citada investigación derivó en una instrucción que se encuentra en trámite, debió solicitarse información sobre su estado, al existir indicios que estarían en contra de los intereses de la accionante.

DÉCIMO TERCERO.- En este orden de cosas, es de indicarse que aun cuando las instancias de mérito, hayan explicado las razones por las que consideraron acoger los argumentos de la pretensión de la actora, valorando y compulsando

¹⁷ Expediente N° 2457 – 2018 – 0 – 1714 – JR – FT - 0 1



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

citadas las pruebas en sus respectivas resoluciones, dicha circunstancia no constituye justificación para que no se esgriman los motivos por los que los fundamentos del recurrente respaldados con pruebas, no generaban convicción para desvirtuar aquélla, tanto más si las que ofreció fueron merituadas para extraer conclusiones que no se condicen con lo que informaban ni su ofrecimiento, lo que constituye una afectación al debido proceso en su manifestación del derecho a probar del impugnante.

Cabe precisar que en procesos como el de autos, los órganos jurisdiccionales deben prestar especial atención al principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos, porque como se desprende de la propia norma fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que, independientemente del resultado de la litis, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el citado principio tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales¹⁸

DÉCIMO CUARTO.- Entonces, estando a lo precedentemente expuesto, es evidente que la argumentación de las infracciones deviene en fundada, pues, las citadas pruebas, confrontadas con las restantes que conforman el acervo probatorio del proceso, podrían determinar un resultado distinto al plasmado

¹⁸ Enrique Varsi Rospigliosi. Ob. Cit. P. 402



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

en la impugnada con relación a la indicada pretensión procesal; y, aquí hay contravención al no haberse valorado el acervo probatorio con sujeción a los artículos 188° y 197° del acotado Código con el pro pósito de establecer, a cuál parte procesal le corresponde ejercer la tenencia y custodia de los citados menores, tanto más si las alegaciones de la actora en torno a aquélla no sería acorde con la base fáctica, concluyéndose de todo ello, que, la Sala Revisora si bien es cierto esgrimió una serie de razones que sustentan su decisión en virtud al contenido de las indicadas pruebas, también es verdad que el fallo recurrido transgrede los derechos de contenido constitucional que se invocan, advirtiéndose, adicionalmente, infracción al principio de congruencia procesal; por lo que, al no haberse cumplido con la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones, la denuncia por *vicio in procedendo* que se invoca en el recurso de casación, deviene en fundada, resultando innecesario el análisis y pronunciamiento respecto a la causal *in iudicando*.

V. DECISIÓN

En consecuencia, estando a las consideraciones expuestas, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado **Luis Alberto Yarango Jara** con fecha veintisiete de setiembre de dos mil diecinueve, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista del trece de setiembre de ese mismo año e **INSUBSISTENTE** la apelada del tres de abril de dos mil diecinueve; **ORDENA** que el juez de la causa expida una nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; y los devolvieron. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **Echevarría Gaviria**.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 5797 - 2019
LAMBAYEQUE
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

SS.

ARANDA RODRÍGUEZ

SALAZAR LIZÁRRAGA

CUNYA CELI

CALDERÓN PUERTAS

ECHEVARRÍA GAVIRIA

Aad/Lva