



En el caso de autos tenemos que, si bien el hecho que la demandada haya echado del domicilio conyugal al demandante y haya mantenido una relación sentimental con tercera persona, en efecto, constituye motivo suficiente para considerar que la vida en común entre los cónyuges se tornó en imposible, y que también afectó el honor interno del demandante por haberse sentido traicionado por la demandada producto de la relación extramatrimonial; sin embargo, no está acreditado, conforme ha delineado el Tribunal Constitucional, que concurra una afectación al honor externo, pues no está probado que terceras personas reprochen la actitud de la demandada y que consideren que la misma califica como contraria al orden público, la moral y el respeto de la familiar; y es que, encontrándonos ante la conducta deshonrosa como un concepto jurídico indeterminado abierto que podría darse en diversas situaciones atendiendo al contexto social y temporal, resultaba necesario contar con insumos que permitan analizar, de acuerdo a cada caso concreto, si es que califica como tal o no. De todas maneras, este Colegiado no puede dejar de advertir que ambas partes desean divorciarse, lo que se aprecia del hecho que el accionante presentó la demanda de divorcio y no apeló la sentencia de primera instancia que declaró disuelto el vínculo matrimonial, y el hecho que la demandada ha manifestado en audiencia de vista de la causa que desea divorciarse del demandante, sin importarle la causal por la que sea. Por tales consideraciones, en efecto, este Colegiado, sin incurrir en contradicciones, considera que debe confirmarse la decisión de declarar fundada la demanda de divorcio por causal y disuelto el vínculo matrimonial entre las partes, pero, aplicando el principio iura novit curia, por la causal contenida en el artículo 333 inciso 11 del Código Civil consistente en: imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Resolución **CUARENTA Y OCHO**

Trujillo, once de mayo

Del año dos mil veintitrés. –

## -SENTENCIA DE VISTA-

En el proceso de divorcio por causal de separación de hecho interpuesto por F.H.C.P. contra M.V.V.A. y el Ministerio Público; **la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad**, integrada por los Jueces Superiores: **Carlos Natividad Cruz Lezcano** (Presidente y Juez Superior Titular), **Juan Virgilio Chunga Bernal** (Ponente y Juez Superior Titular) y **Carlos Alberto Anticona Luján** (Juez Superior Titular); con intervención de **Nelly Key Munayco Castillo** (Secretaria de Sala); previa deliberación y votación,



emiten la siguiente decisión:

**I. ASUNTO:**

Apelación<sup>1</sup> interpuesta por M.V.V.A. contra la SENTENCIA contenida en la Resolución Judicial número TREINTA Y SEIS, de fecha veintidós de noviembre del año dos mil veintidós, obrante de fojas mil cuatrocientos cincuenta y dos a mil cuatrocientos sesenta y nueve, en los extremos que resolvió: “Declarando FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por F.H.C.P. contra M.V.V.A. , y el MINISTERIO PUBLICO sobre Divorcio por la causal de conducta deshonrosa, en consecuencia: **1.** DECLARO DISUELTO EL VÍNCULO MATRIMONIAL contraído entre los cónyuges F.H.C.P. y M.V.V.A. celebrado el treinta de abril del año dos mil once [30.04.2011], ante la Municipalidad Distrital de Máncora, Departamento Piura, República del Perú, a que se refiere la partida de matrimonio de fojas 03. **2.** Declaro FENECIDA la sociedad de gananciales; la que será liquidada en ejecución de sentencia respecto de los bienes susceptibles de ser divididos y que se haya acreditado adquiridos durante la vigencia del matrimonio, en los términos contenidos en el considerando pertinente. (...) **4.** SE DECLARA la TENENCIA EXCLUSIVA del menor Y.H.C.V. en favor del padre F.H.C.P. ; y, SE ORDENA que el menor permanezca bajo su cuidado encargándose de su formación integral, brindándole amor y protección. (...) **6.** SE RECONOCE un REGIMEN DE VISITAS a favor de la madre M.V.V.A. con externamiento dos días por semana, de la forma siguiente: 6.1 En el periodo escolar: De lunes a viernes por dos horas y sábados o domingos por ocho horas; 6.2 En el periodo vacacional: De lunes a viernes y sábados a domingos por ocho horas. Previa coordinación con el padre sobre el día y horas en que deba ejercerlo. (...).”.

**II. PRETENSIÓN AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:**

M.V.V.A. pretende la nulidad de la sentencia apelada, invocando

---

<sup>1</sup> Folios 1511-1526.



como agravios y fundamentos los que se resumen a continuación:

- a) Respecto a la motivación de la sentencia: Los argumentos centrales de la denegatoria están exentos de silogismo jurídico, requisito mínimo que toda justificación interna de una sentencia debe tener, pues llegar a una conclusión subsumiendo hechos distintos al presupuesto normativo sólo permite arribar a una conclusión falsa; y, ii) Por resolución N° 21 se tuvo por acumulado el expediente N° 745-2015 sobre tenencia y alimentos, siendo que, por resolución N° 31 de dicho expediente, se establecieron puntos controvertidos y se admitieron pruebas, los cuales no han sido resueltos en forma expresa en la resolución impugnada.
- b) Respecto a la presunta afectación del derecho de defensa: i) En el escrito denominado alegatos, el demandante formuló variación de la pretensión de tenencia compartida por tenencia exclusiva, sin que se le haya conferido traslado a fin de poder efectuar su derecho de contradicción ni que se haya admitido la variación solicitada; ii) Si no consta variación de puntos controvertidos para incluir la determinación de la tenencia exclusiva, se violenta el principio de congruencia procesal; y, iii) No se han incluido los hechos reconocidos y aceptados por las partes en las actuaciones obrantes en el expediente N° 745-2015, entre los cuales consta la aceptación de ambos padres para una tenencia compartida, resultando sólo controvertible la forma de regularla.
- c) Respecto a la presunta afectación del derecho a la prueba: i) No consta como admitido ni actuado el medio probatorio consistente en la partida de nacimiento del menor Y.H.C.V., sin embargo, ha sido valorado en la resolución impugnada, según se aprecia de su considerando décimo quinto; y, ii) Hay medios probatorios (informe psicológico y conferencia con el menor) que no



han sido valorados adecuadamente y con la debida motivación, pues han sido valorados en forma distinta por los dictámenes fiscales del 24 de agosto y 01 de octubre del 2022, quienes concluyeron una tenencia compartida.

- d) Respecto a la presunta errónea subsunción de los hechos en la causal de conducta deshonrosa: i) No sólo no se han configurado los elementos de la causal, sino que, en la resolución impugnada se desprenden supuestos normativos totalmente distintos a los hechos subsumidos, pues del fundamento quinto de la apelada, se establece que “el hecho que ha mantenido dentro del matrimonio una relación sentimental con tercera persona, sin importarle que se encontraba casada”, sin embargo, ello no se subsume en 03 criterios establecidos, tales como: que sea habitual, que linde con lo ilícito o delictual y que se trate de un comportamiento indecente, inmoral (sic); y, ii) De los medios probatorios no se puede llegar a dicha conclusión, pues el certificado de movimiento migratorio sólo certifica las salidas e ingresos al extranjero (y no una relación sentimental), las fotografías de Facebook y CD grabado carecen de contexto temporal espacial y personal, así como, tampoco obra un reconocimiento de dichos documentos, y, si bien la publicación del diario La Industria sí tiene un contexto, sin embargo, no acredita el hecho subsumido.
- e) Respecto a la presunta errónea concesión de la tenencia exclusiva: i) Toda autoridad está obligada a fundamentar sus decisiones cuando afecten directa o indirectamente a los niños, lo que ha sido incumplido en la resolución impugnada; ii) No existe opinión del equipo multidisciplinario sobre los hechos descritos, pues los medios probatorios valorados no provienen de profesionales capacitados, sino de aquellos presentados por el demandante; iii) Al resolverse la tenencia exclusiva del menor, se ha vulnerado el artículo 81 del Código del Niño y Adolescente (sic),



pues la regla general es la concesión de una tenencia compartida y la excepción es la tenencia exclusiva; y, **iv)** Forma parte del centro de vida de su hijo, resultando ilegítimo que se tome como decisiva la opinión de su menor hijo, cuando ello se encuentra prohibido por el artículo 85 del Código del Niño y Adolescente (sic), siendo que, es incorrecto que se le señale como una madre ausente.

### III. PRINCIPIO TANTUM APELLATUM QUANTUM DEVOLUTUM:

Este Colegiado absolverá el grado respetando el principio tantum appellatum quantum devolutum, que garantiza que el órgano jurisdiccional, al absolver la impugnación, solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el recurso de apelación<sup>2</sup>; sin embargo, este principio encuentra una excepción<sup>3</sup> en las genéricas facultades<sup>4</sup> nulificantes del Tribunal<sup>5</sup>, pero sólo cuando esté en controversia o en disputa la aplicación de normas de orden público o que tengan relación con la protección de derechos fundamentales y respecto de las cuales se aprecien afectaciones que revistan una especial gravedad y flagrancia<sup>6</sup>.

### IV. SOLUCIÓN DEL CASO:

**Respuesta a los agravios y fundamentos relacionados con la motivación de la sentencia apelada.**

<sup>2</sup> STC N° 05901 – 2008 - PA/TC.

<sup>3</sup> Esta excepción se fundamenta en la potestad nulificante del juez y es recogida en la parte final del artículo 176° del Código Procesal Civil que prescribe: "Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda".

<sup>4</sup> Esta potestad es entendida como aquella "facultad conferida a los jueces en forma excepcional para declarar la nulidad aun cuando no haya sido invocada, si se tiene en consideración que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines del proceso o ha alterado la decisión recaída en él". [STC N° 6348-2008-PA/TC].

<sup>5</sup> La doctrina uniformemente está de acuerdo que la nulidad procesal declarada de oficio presupone que el acto procesal viciado no sea posible de convalidación y que su procedencia solo se justifica en la protección de las garantías constitucionales del proceso, siendo una de las más importantes el respeto al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (STC N° 6348-2008-PA/TC)

<sup>6</sup> STC 3151 – 2006 – AA/TC.



- 4.1. En primer lugar, refiere la apelante que los argumentos centrales de la denegatoria están exentos de silogismo jurídico, requisito mínimo que toda justificación interna de una sentencia debe tener, pues llegar a una conclusión subsumiendo hechos distintos al presupuesto normativo sólo permite arriba a una conclusión falsa. Dicho argumento se **desestima** porque si bien la apelante desarrolla que no existe silogismo jurídico ni justificación interna relacionados con la subsunción de los hechos, sin embargo, no expresa en forma clara y precisa cuál es el extremo de la sentencia apelada que incurriría en tal presunto vicio, pues no expresa cuáles son los hechos distintos ni el presupuesto normativo, soslayando así su deber contenido en el artículo 366 del Código Procesal Civil, referido al deber de fundamentar la apelación indicando el vicio o error de hecho y/o de derecho, esto es, confrontar la resolución que se impugna; más bien, este Colegiado aprecia que dicho argumento está relacionado con la denuncia que se realiza más adelante la apelante respecto de la subsunción de los hechos en la causal de conducta deshonrosa, aspecto de fondo que será analizado más adelante.
- 4.2. En segundo lugar, refiere la apelante que por resolución N° 21 se tuvo por acumulado el expediente N° 745-2015 sobre tenencia y alimentos, siendo que, por resolución N° 31 de dicho expediente, se establecieron puntos controvertidos y se admitieron pruebas, los cuales no ha sido resueltos en forma expresa en la resolución impugnada. Dicho argumento se **desestima** porque: i) Por el decreto contenido en la resolución N° 21 del 28 de diciembre del 2019<sup>7</sup> se tuvo por recibido el expediente N° 457-2015 (y no el 745-2015) y sus cuadernos, como prueba acompañada; y, ii) De todas maneras, no debe perderse de vista que no hay nulidad por nulidad, pues la misma debe aparejar la lesión a derechos fundamentales, siendo que, si bien la apelante refiere que no se habría resuelto los puntos controvertidos y pruebas del

<sup>7</sup> Folios 1140.



expediente N° 745-2015 (sic), sin embargo, no precisa cuál es la afectación que ello le habría causado en relación a lo resuelto por la Ad quo, ya que en el expediente N° 457-2015 se determinó como punto controvertido la tenencia y custodia del niño de iniciales Y.H.C.V.; y, también los alimentos para dicho niño; controversia también resuelta en el presente proceso, en donde se ha decidido la tenencia, alimentos y régimen de visitas del niño de iniciales E.H.C.L.V.

**Respuesta a los agravios y fundamentos relacionados con el derecho de defensa.**

- 4.3. La apelante refiere que el demandante formuló variación de la pretensión de tenencia compartida a exclusiva, que ella no pudo absolver ello y tampoco se admitió tal variación en el proceso; y, tampoco se modificaron los puntos controvertidos, violentándose el principio de congruencia procesal. Así las cosas, este Colegiado interpreta que la apelante considera que se ha violado su derecho de defensa y el principio de congruencia procesal al haberse analizado la tenencia exclusiva del demandante, pese a que no se admitió dicha variación de pretensión, no se corrió traslado y tampoco se modificaron los puntos controvertidos.
- 4.4. El **derecho a la defensa** garantiza que las partes puedan ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces en defensa de sus derechos e intereses legítimos, de modo que no queden en estado de indefensión, cualquiera que sea la naturaleza del proceso incoado (constitucional, civil, mercantil, penal, laboral, etc.) (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 01231-2002-PHC/TC, fundamento 2). En ese entendido también se ha pronunciado la Corte IDH, en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009), cuando dejó establecido que el derecho de defensa “obliga al Estado a tratar al individuo en todo



momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo” (párr. 29)<sup>8</sup>.

- 4.5. El **principio de congruencia procesal** está íntimamente relacionado con el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y con el principio iura novit curia, y significa que en toda resolución debe existir: coherencia entre lo solicitado y lo finalmente resuelto, sin omitirse, alterarse o excederse dichas peticiones (congruencia externa); y, armonía entre la motivación y la parte resolutive (congruencia interna)<sup>9</sup>. El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de congruencia es uno que rige la actividad procesal, y obliga al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre las pretensiones postuladas por los justiciables<sup>10</sup>. Dicho principio garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes<sup>11</sup>.
- 4.6. Así las cosas, **en el caso de autos** tenemos que el demandante presentó escrito de alegatos donde solicitó a la juez que se pronuncie por la tenencia definitiva<sup>12</sup> y que la juez de primera instancia resolvió respecto de ello que se tenga presente<sup>13</sup>. El hecho que la juez de primera instancia haya hecho mención tal escrito de alegatos donde se solicitó la variación de la tenencia en la sentencia apelada, no significa que haya admitido la variación de pretensión, pues únicamente se trata de la exposición de los antecedentes procesales<sup>14</sup>. Y, la ratio decidendi por la que la Ad quo decidió otorgar tenencia exclusiva a favor del demandante no fue porque existió una variación de pretensión, sino porque tras haber valorado los actuados obrantes en autos y en

<sup>8</sup> STC N° 30-2021-AI, fundamentos 109 y 110.

<sup>9</sup> Casación N° 1099-2017 LIMA, fundamento décimo tercero.

<sup>10</sup> Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 1300-2002-HC/TC, fundamento jurídico 27.

<sup>11</sup> Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 7022-2006-PA/TC, fundamento jurídico 09.

<sup>12</sup> Folios 1387-1409.

<sup>13</sup> Folios 1414-1416.

<sup>14</sup> Folios 1457-1458.





aplicación del interés superior del niño, consideró que debe modificarse la tenencia compartida establecida en cuaderno de tenencia provisional, invocando como regla jurídica el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes modificado por Ley N° 31590, aspecto que se aprecia del considerando DÉCIMO PRIMERO<sup>15</sup> de la sentencia apelada.

- 4.7. En tal sentido, se **desestima** la lesión del derecho de defensa y principio de congruencia procesal, pues la juez de primera instancia resolvió la pretensión postulada por el demandante y al no haber existido variación de pretensión admitida, tampoco se aprecia indefensión hacia la demandada. De igual manera se **desestima** el argumento de la apelante referido a que no se han incluido los hechos reconocidos por las partes en las actuaciones obrantes en el expediente N° 745-2015, donde constaría la aceptación de ambos padres para una tenencia compartida, estando pendiente sólo la forma de regularla; pues conforme se desarrolló anteriormente, la juez de primera instancia decidió otorgar tenencia exclusiva a favor del demandante de acuerdo a los medios probatorios obrantes en autos, el principio de interés superior del niño y lo establecido en el modificado artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.

#### **Respuesta a los agravios y fundamentos relacionados con el derecho a la prueba.**

- 4.8. El artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú prescribe que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.”, así, sobre el derecho al debido proceso el Tribunal Constitucional ha establecido que: “comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, ‘continente’. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta

---

<sup>15</sup> Folios 1462-1465.



naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.”<sup>16</sup>

- 4.9. 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 antes mencionado, por ende, el Tribunal Constitucional expresó que está determinado: “(...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.”<sup>17</sup>
- 4.10. El profesor Jordi Ferrer apunta que el derecho a la prueba se considera una especificación o derivado del derecho a la defensa y el debido proceso, partiendo de la idea fundamental que cualquier parte en un proceso judicial tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión; asimismo, alega que está compuesto por cuatro elementos enlazados que componen una unidad de sentido como lo son: el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión, el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso de modo tal que formen parte del conjunto de elementos de juicio, el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas de forma individual y conjunta, y el derecho a que se motiven las decisiones probatorias de forma suficiente y justificada<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Sentencia emitida en el expediente N° 7298-2005-PA/TC con fecha 03 de mayo del 2006, fundamento 5.

<sup>17</sup> Sentencia emitida en el expediente N° 6712-2005-HC/TC con fecha 17 de octubre del 2005, fundamento 15.

<sup>18</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas. En: Manual de Razonamiento Probatorio (Capítulo III). Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Páginas 68-75.



- 4.11. La apelante refiere que se vulnera su derecho a la prueba porque: i) La juez de primera instancia ha valorado en la sentencia apelada una partida de nacimiento que no fue admitida ni actuada; y, ii) Existen medios probatorios que no han sido valorados adecuadamente y con la debida motivación, pues fueron valorados de forma distinta por los dictámenes fiscales. Dichos argumentos se **desestiman** por las razones que se exponen en los siguientes dos párrafos.
- 4.12. Respecto a lo primero, se aprecia del considerando décimo quinto<sup>19</sup> de la sentencia apelada que la juez valoró la partida del menor E.H.C.L.V., al momento de analizar la pretensión de indemnización por daño moral, la misma que no ha sido apelada por la demandada (pues únicamente impugna las pretensiones de divorcio por causal de conducta deshonrosa y tenencia), no apreciándose así agravio en el fundamento impugnatorio expuesto, en tanto no está referido a una pretensión apelada.
- 4.13. Respecto a lo segundo, la valoración de la judicatura distinta a la realizada por fiscalía no califica como un vicio in procedendo, sino más bien como una denuncia de error de hecho o vicio iudicando, además, tampoco dicha invocación evidencia vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a probar, pues de acuerdo al propio dicho de la apelante la prueba fue valorada (pero no como ella quiso) y no se tiene en cuenta que la valoración distinta a la realizada por fiscalía radica en la autonomía e independencia judicial del órgano jurisdiccional y en el hecho de que los dictámenes fiscales únicamente tienen efectos de opinión o recomendación.

**Cuestión preliminar: sobre la pretensión impugnatoria contra el divorcio fundado y el desistimiento formulado en audiencia de vista de la causa.**

---

<sup>19</sup> Folios 1467.



- 4.14. La demandada, al brindar su informe de hechos en audiencia de vista de la causa, expresó que ya no desea estar casada con el demandante, no importándole la causal por la que se ampare el divorcio, en tanto dijo que: “yo realmente quiero divorciarme del señor, la verdad, la causal por la que sea, no me importa (...)”. Ante ello, el magistrado ponente, doctor Juan Virgilio Chunga Bernal, le consultó al abogado de la demandante si es que, ante lo manifestado por la demandada, existe una contradicción entre la defensa técnica y la material, pues parecería que, de acuerdo a lo expresado por su patrocinada, se estaría desistiendo de la pretensión impugnatoria contra el divorcio fundado, ante lo cual el abogado respondió que en efecto es así. Sin embargo, luego la demandada dijo que: “yo quería aclarar un tema, mi desesperación, mi malestar psicológico me dice que yo quiero estar divorciada (...) pero no considero que las pruebas que él haya presentado sean de todo válidas (...) no me interesa mucho pelear por un divorcio porque yo a la larga puedo presentar un divorcio por separación de hecho (...) técnicamente (...) yo no entiendo de leyes (...) yo le estoy diciendo mi sentimiento (...)”.
- 4.15. El desistimiento puede ser del proceso o de algún acto procesal y de la pretensión (artículo 340 del Código Procesal Civil). En este caso, no nos encontramos ante el desistimiento de la pretensión impugnatoria contra el extremo que declaró fundado el divorcio por la causal de conducta deshonrosa, pues, el argumento expresado por la demandada en la vista de la causa, es el mismo que la demandada, en el ítem 8 de su contestación de demanda, donde expresamente manifestó: “(..) 8. Por los hechos expuestos, solicito que la demanda sea declarada FUNDADA UNICAMENTE EN EL EXTREMO DE LA DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL más no por las razones ni causales deducidas en el postulatorio”; en este sentido, interpreta este Tribunal que en rigor lo expresado por la demandada es un argumento de defensa coherente con el escrito de contestación de demanda y no un desistimiento.



**Respuesta a los agravios y fundamentos relacionados con la subsunción de los hechos en la causal de conducta deshonrosa.**

- 4.16. La apelante considera que no está probado que haya tenido una relación sentimental con tercera persona y que, de todas maneras, tal hecho no se subsume en los elementos configuradores del divorcio por la causal de conducta deshonrosa; esto es, existe tanto denuncia de error de derecho (juicio de subsunción) como de hecho (probanza de la afirmación del demandante). Por ende, corresponderá primero verificar cuáles son los hechos probados en el presente proceso y a partir de ello, delimitar la figura jurídica del divorcio por la causal de conducta deshonrosa, y, determinar si es que los hechos probados encajan dentro de la figura jurídica antes citada u otra similar, siempre y cuando se respete el principio *iura novit curia*.
- 4.17. Respecto a los hechos probados, tenemos que el demandante enuncia que la demandada no quería vivir con él en Piura regresando a Trujillo, que en Trujillo echó del domicilio conyugal, que estando casada con él era vista públicamente en amoríos con una tercera persona y viajaba al extranjero con él, y, que le negaba ver a su hijo condicionando las visitas a entregas económicas. En su escrito contestatorio, la demandada manifestó que: "(...) es cierto que en enero de 2016 decidí que el demandante abandone el hogar conyugal por cuanto me notificaron una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta (...) promovida por mi propio cónyuge mientras intentábamos mantener la armonía familiar pues el vínculo sentimental se había extinguido ya por completo hace algún tiempo (...) es cierto que me comprometí sentimentalmente con otra persona, pero ello fue conversado con el demandante (...)." <sup>20</sup>; agrega, "(...) solicito que la demanda sea declara fundada únicamente en el extremo de la disolución del vínculo matrimonial más no por las razones ni causales deducidas en el postulatorio (...)" <sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Folios 491.

<sup>21</sup> Folios 494.



- 4.18. Por ende, tenemos que es un hecho admitido por la demandada que echó del hogar conyugal al demandante y que tuvo una relación sentimental con otra persona, siendo que, respecto a lo último (relación sentimental), también se evidencia con los certificados de movimientos migratorios<sup>22</sup> de la demandada y Carlos Michael Chamorro Zamora, fotografías<sup>23</sup> de la demandada y el sujeto antes mencionado en distintas situaciones (fiestas, viajes, reuniones, entre otras), publicación periodística<sup>24</sup> donde se verifica a la demandada con el sujeto antes mencionado en el Club Central abrazados, y, CD-ROM<sup>25</sup> donde obra video en el cual se aprecia a la demandada y el sujeto antes mencionado en una fiesta, bebiendo una lata de cerveza (a ella) y besándose.
- 4.19. Tal aspecto antes determinado descarta el argumento de la demandada referido a que no está probado que haya tenido una relación sentimental con tercera persona, pues no sólo es un hecho admitido, sino que también se evidencia de los actuados; de igual manera, la admisión del enunciado fáctico postulado por el demandante, deja de lado también el argumento de la apelante respecto a que no hay contexto temporal y espacial de las pruebas. En tal sentido, son hechos probados que: la demandada echó del hogar conyugal al demandante y que la demandada mantuvo relación sentimental con tercera persona, estando aun casada con el demandante, correspondiendo ahora determinar si es que tales hechos se subsumen o no en la figura jurídica del divorcio por la causal de conducta deshonrosa.

---

<sup>22</sup> Folios 322-325.

<sup>23</sup> Folios 326-334.

<sup>24</sup> Folios 335.

<sup>25</sup> Folios 336.



- 4.20. A nivel doctrinario, el **divorcio** ha sido definido como “la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos”<sup>26</sup>. Así, se entiende que este “pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causas expresamente establecidas en la Ley, debiendo los hechos que las constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol, de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido”<sup>27</sup>. Debe entenderse que dicha disolución también pondrá fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial. Varsi Rospigliosi refiere que “si bien es cierto, que el objeto substancial del divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, también lo es que tiene otros subsiguientes de carácter patrimonial especialmente, como son la fijación de gananciales, alimentos, indemnización y vocación hereditaria; y, precisamente el cónyuge que promueve el divorcio busca la obtención de esos efectos [sobre la] base del nuevo statu iuris que propone”<sup>28</sup>.
- 4.21. Respecto a las clases de divorcio, se ha distinguido lo siguiente “(...) pueden presentarse las siguientes situaciones: 1) que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada del ‘divorcio-sanción’, contempladas en los acápites primero al séptimo y décimo del artículo 333º del Código Civil; 2) que accione el cónyuge no perjudicado, buscando solucionar una situación conflictiva, siempre y cuando no se sustente en hecho propio, conforme a los supuestos regulados en los incisos 8, 9 y 11 del artículo 333º citado, enmarcados dentro de la teoría conocida como ‘divorcio-remedio’; y, 3) que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar, al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso que contempla el inciso 12 del citado artículo 333º y que también pertenece a

<sup>26</sup> MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J. (1959). Lecciones de Derecho Civil (Parte 1, T. IV). Europa-América, Buenos Aires. Página 369.

<sup>27</sup> CABELLO, C. (1999). Divorcio y jurisprudencia en el Perú (2º Edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Página 31.

<sup>28</sup> Expediente N° 264-94, Sala Civil, Lima. Citado por VARSÍ, E. (2007). Divorcio y separación de cuerpos. Editorial Grijley, Lima. Página 10.



la teoría del 'divorcio-remedio', en el que se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales (...)"<sup>29</sup>.

- 4.22. Se ha determinado que, por **conducta deshonrosa**, debe entenderse a aquel "proceder incorrecto de una persona, que se encuentra en oposición al orden público, la moral y el respeto de la familia, condiciones en las cuales resulta insoportable la vida en común; pudiendo manifestarse en una gama de hechos y situaciones, como pueden ser la vagancia u ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intimidación amorosa con persona distinta del cónyuge, salidas injustificadas, entre otras, pues la ley no establece un *númerus clausus* al respecto sino un *númerus apertus*"<sup>30</sup>. Respecto a dicho punto, tenemos que "dentro de la generalidad de la fórmula legal del inciso 6 del artículo 333 del Código Civil se comprende una multiplicidad de hechos y situaciones que la realidad puede presentar y que escapan a toda posibilidad de enumeración. No obstante, la genérica redacción, debe apreciarse que concurren los dos extremos que establece la ley: si la conducta del cónyuge demandado es realmente deshonrosa y si, en efecto, torna insoportable la convivencia, no siendo necesario requerir la "vida común" como condición de esta, sino que la conducta deshonrosa impida por sí misma mantener o reanudar la "vida común" (...)"<sup>31</sup>.
- 4.23. El Tribunal Constitucional ha establecido en el expediente N° 018-96-I/TC, que en la causal referida a la conducta deshonrosa debe apreciarse no solo el honor interno sino el honor externo del cónyuge ofendido, es decir, la opinión que tengan los terceros respecto dicha conducta del cónyuge culpable. Así, lo ha señalado de la siguiente manera en su fundamento 2: "(...) no constituye causal cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que "haga insoportable la vida en común". En esta causal debe apreciarse por el juzgador no solo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge; que el requisito adicional de que "haga insoportable la vida en común" para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en

<sup>29</sup> Casación N° 1358-05-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 30 de octubre de 2006 y Casación N° 308-2003-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de marzo de 2004.

<sup>30</sup> Casación N° 2090-01-Huánuco, del 13 de diciembre de 2001. Citado por PLÁCIDO, A. (2008). Las causales del divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil. Gaceta Jurídica, Lima. Página 41.

<sup>31</sup> PLÁCIDO, A. (2008). Ob cit. Página 41.





la Constitución, cuya defensa no debe quedar al arbitrio del juez”; “(...) El requisito adicional a la conducta deshonrosa, de “hacer insoportable la vida en común” supone de modo razonablemente objetivo que, llegado determinado momento, la víctima en la relación conyugal ya no está dispuesta ni puede soportar más la conducta deshonrosa de su cónyuge, a costa de sí mismo y de sus derechos personales básicos: la interposición de la demanda debe considerarse, entonces, como presunción de derecho, de que ese momento ha llegado y la conducta deshonrosa una vez comprobada fácticamente en el proceso, pasa a constituir causal de separación de cuerpos o de divorcio”.

- 4.24. Respecto a la **imposibilidad de hacer vida en común**, se ha señalado que “no se trata de meras desavenencias, desinteligencias o diferencias entre los cónyuges, sino que los hechos están referidos a conductas que por sus implicancias conspiran con una relación de pareja, distanciando a los cónyuges, e incluso creando malestar que afectan el estado emocional del cónyuge, quien se ve perturbado por ello, sobre todo que no le es posible soportar, decidiendo por la separación o el divorcio; asimismo, se debe tener en cuenta que se trata de situaciones no pasajeras, ni esporádicas, sino todo lo contrario, conductas permanentes que van socavando la unión que debe existir entre los cónyuges”<sup>32</sup>. Así, teniendo en cuenta que la conducta deshonrosa hace insoportable la vida en común, debemos referir sobre este elemento que “es de suma importancia, porque no basta la incorrección de la conducta de un cónyuge, sino que aquella debe producir sus nocivos efectos en el otro consorte, generando una afrenta permanente que vuelva intolerable el continuar viviendo juntos”<sup>33</sup>. Sobre este punto, se debe precisar, tal como se ha citado previamente, que no es necesario requerir la “vida en común” como condición, siendo así, “(...) el hecho de vivir separados los cónyuges tal como ambos han manifestado no imposibilita en manera alguna que el cónyuge que se considere ofendido en caso de acreditarse los hechos que configuran la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, pueda accionar por la disolución del vínculo, pues debe comprenderse la vida en común de manera extensiva, es decir que sea imposible reanudarla”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> AGUILAR, B. (2013). El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima. Página 35.

<sup>33</sup> CABELLO, C. (1999). Op cit. Página 253.

<sup>34</sup> Expediente N° 532-97, Sala N° 6, Lima, 21 de mayo de 1997. Citado por VARSÍ, E. (2007). Op cit. Página 70.



- 4.25. Siendo así, tomando en cuenta lo citado en párrafos anteriores, la causal de conducta deshonrosa debe ser entendida como aquella actuación incorrecta del cónyuge culpable, la cual es contraria al orden público, la moral y el respeto de la familia, lo cual evidentemente va a implicar que se torne en insoportable la vida en común dentro del matrimonio. La imposibilidad de hacer vida en común se puede manifestar mediante diversos hechos que la legislación no establece taxativamente, por lo que deberá analizarse una multiplicidad de situaciones que la realidad puede presentar y que escapan a toda posibilidad de enumeración. Sin embargo, con dicha generalidad, es necesario que de esta causal se aprecien claramente dos extremos: **i)** Que la conducta del cónyuge culpable sea realmente deshonrosa; y, **ii)** Que se torne en insoportable la convivencia, no siendo necesario requerir la “vida común” como condición de esta, sino que la conducta deshonrosa impida por sí misma mantener o reanudar dicha vida común. Cabe precisar que la imposibilidad de hacer vida en común implica que los hechos hagan referencia a conductas permanentes y no esporádicas, las cuales van a conspirar contra la relación de pareja, distanciando a los cónyuges e incluso afectando el estado emocional del cónyuge perturbado por ello. Empero, sobre esta perturbación contra el cónyuge perjudicado, vale hacer mención a lo precisado por el Tribunal Constitucional, que establece la importancia de observar no solo el honor interno de la víctima sino también su honor externo respecto a los terceros, pues deberá apreciarse la opinión que tengan estos sobre la conducta deshonrosa del cónyuge culpable.
- 4.26. En el **caso de autos** tenemos que, si bien el hecho que la demandada haya echado del domicilio conyugal al demandante y haya mantenido una relación sentimental con tercera persona, en efecto, constituye motivo suficiente para considerar que la vida en común entre los cónyuges se tornó en imposible, y que también afectó el honor interno del demandante por haberse sentido traicionado por la demandada producto



de la relación extramatrimonial; sin embargo, no está acreditado, conforme ha delineado el Tribunal Constitucional, que concurra una afectación al honor externo, pues no está probado que terceras personas reprochen la actitud de la demandada y que consideren que la misma califica como contraria al orden público, la moral y el respeto de la familiar; y es que, encontrándonos ante la conducta deshonrosa como un concepto jurídico indeterminado abierto que podría darse en diversas situaciones atendiendo al contexto social y temporal, resultaba necesario contar con insumos que permitan analizar, de acuerdo a cada caso concreto, si es que califica como tal o no.

- 4.27. De todas maneras, este Colegiado no puede dejar de advertir que ambas partes desean divorciarse, lo que se aprecia del hecho que el accionante presentó la demanda de divorcio y no apeló la sentencia de primera instancia que declaró disuelto el vínculo matrimonial, y el hecho que la demandada ha manifestado en audiencia de vista de la causa que desea divorciarse del demandante, sin importarle la causal por la que sea. Por tales consideraciones, en efecto, este Colegiado, sin incurrir en contradicciones, considera que debe confirmarse la decisión de declarar fundada la demanda de divorcio por causal y disuelto el vínculo matrimonial entre las partes, pero, aplicando el principio *iura novit curia*, por la causal contenida en el artículo 333 inciso 11 del Código Civil consistente en: **imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.**
- 4.28. Y es que, está acreditado en el presente proceso judicial que producto de que la demandada echó del domicilio conyugal al demandante y mantuvo relación sentimental con tercera persona (no de manera esporádica, sino permanente pues existieron viajes, fiestas, reuniones, entre otros), la vida en común de ambos se tornó en imposible, pues tal hecho, que evidentemente afectó al demandante (pues incluso se le otorgó indemnización y ello no ha sido apelado), tuvo como efecto la intolerancia



de la convivencia y el quebrantamiento de los valores que copulan en una pareja de esposos como es la confianza e incluso amistad entre ambos, aspecto que no podría ser reestablecido.

- 4.29. Cabe precisar que, si bien el divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común no ha sido invocado, sin embargo, el juez, aplicando el principio iura novit curia, puede aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes, pues no existe una variación de lo que pide la parte (divorciarse) ni de los hechos probados (señalados anteriormente); y, además debe tenerse en cuenta el fin abstracto del proceso: lograr la paz social, aspecto que no se lograría si por una cuestión de técnica jurídica (no subsunción de los hechos en el derecho) se mantiene una relación que a todas luces, ya no da para más. En consecuencia, corresponde **confirmar** el extremo de la sentencia apelada que declaró disuelto el vínculo matrimonial entre las partes por la causal antes precisada.

#### **Respuesta a los agravios y fundamentos relacionados con la tenencia exclusiva.**

- 4.30. En primer lugar, refiere la apelante que toda autoridad está obligada a fundamentar sus decisiones cuando afecten directa o indirectamente a los niños, aspecto incumplido con la sentencia apelada. Este Colegiado interpreta que se cuestiona la suficiencia de argumentos de la juez de primera instancia para decidir la tenencia exclusiva del demandante, la cual habría requerido una motivación cualificada acorde al interés superior del niño. Dicho argumento se **desestima**, pues del considerando DÉCIMO PRIMERO<sup>35</sup> de la sentencia apelada, se aprecia que la juez de primera instancia sí ha cumplido con fundamentar su decisión (conclusión) de otorgar la tenencia exclusiva a favor del demandante (padre), en tanto ha realizado valoración de los abundantes

---

<sup>35</sup> Folios 1462-1465.



medios probatorios obrantes en autos (premisa menor), y luego, ha señalado como premisas mayores al principio aplicable al interés superior del niño y la regla jurídica aplicable al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, además, del derecho del niño a que crezca y se desarrolle en el seno de una familia que le brinde, estabilidad, tranquilidad seguridad y amor; de lo cual, también se aprecia una motivación que considera derechos fundamentales y valores constitucionales.

- 4.31. En segundo lugar, refiere la apelante que no existe opinión del equipo multidisciplinario sobre los hechos descritos, pues los medios probatorios valorados no provienen de profesionales capacitados, sino de aquellos presentados por el demandante. Dicho argumento se **desestima** porque la demandada, quien no cuestionó oportunamente las pruebas presentadas por el demandante (vía tacha u oposición), pretende ahora restarles mérito probatorio por su peso (porque no provendrían de profesionales capacitados), soslayando que nuestro sistema procesal probatorio es de apreciación razonada de la prueba, conforme así lo dispone el artículo 197 del Código Procesal Civil, y como lo ha realizado la juez de primera instancia. De hecho, la jurisprudencia, específicamente, tal como la Casación N° 2340-15 del 17 de mayo del 2006 ha referido que el derecho a la prueba implica la valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica.
- 4.32. En tercer y último lugar, refiere la apelante que se ha vulnerado el vigente artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes al resolverse la tenencia exclusiva del menor (sic) y no tenerse en cuenta que forma parte del centro de vida de su hijo de conformidad con el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes y las pruebas presentadas en la apelación. Así las cosas, teniendo en cuenta dichos argumentos impugnatorios, corresponderá primero, como cuestión in procedendo, determinar si



es que la juez ha soslayado la regla modificada contenida en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; y, segundo, como cuestión in iudicando, si es que es correcto que haya resuelto la tenencia exclusiva del menor teniendo en cuenta el artículo 85 del cuerpo normativo antes mencionado.

- 4.33. Así, respecto a lo primero, tenemos que el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley N° 31590, crea una regla general y otra excepcional para la judicatura, siendo la general aquella que regula la tenencia compartida entre los padres, y, siendo la excepción la tenencia exclusiva, cuando la tenencia compartida no sea posible o resulte perjudicial para el menor, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente. En ese talante, tenemos que la juez de primera instancia, conforme hemos desarrollado anteriormente, en el considerando DÉCIMO PRIMERO<sup>36</sup> de la sentencia apelada, ha valorado las pruebas y luego en aplicación del principio de interés superior del niño y su derecho a que se desarrolle en un ambiente sano, ha considerado, aplicando la modificatoria del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que debe otorgarse la tenencia exclusiva al padre; quedando **desestimado** el argumento impugnatorio del apelante.
- 4.34. Ahora, respecto a lo segundo, cabe preguntarse si es que la opción que tomó la juez de primera instancia, esto es, aplicar la excepción del vigente artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes (tenencia exclusiva para el padre), es correcta o no; esto es, si es que se arregla a derecho. En ese talante, tenemos que este Colegiado considera que otorgar la tenencia compartida a los padres del niño Y.H.C.V. resultaría perjudicial para este, resultando correcto que se haya otorgado la tenencia exclusiva al padre y el régimen de visitas a la madre, lo que se colige de acuerdo a los siguientes medios probatorios:

---

<sup>36</sup> Folios 1462-1465.



- a) El niño Y.H.C.V. nació el 10 de noviembre del 2011 en Piura<sup>37</sup>, teniendo a la fecha de emisión de la presente sentencia de vista 11 años.
- b) De la copia certificada de denuncia policial del 21 de octubre del 2013<sup>38</sup>, se aprecia que se constató que, en dicha fecha, siendo las 23:00 horas, el niño Y.H.C.V. (01 año y 09 meses) se quedó al cuidado de Edith Rubio Valies, quien según el dicho de la niña V.V.S.V. (12 años), era quien cuidaba a ella y su hermano, pues su madre (la demandada), había realizado un viaje a Lima sin motivo justificado y sin haber comunicado a algún familiar para que cuide al niño. De dicha prueba se desprende un primer hecho: la demandada viajaba dejando a su hijo al cuidado de personas que podrían no haberlo cuidado de forma correcta, poniendo en riesgo su integridad.
- c) Obra informe psicológico<sup>39</sup> del niño Y.H.C.V. de fecha 07 de junio del 2018, donde este relató: “yo vivo a veces con mi papá y a veces con mi mamá (...) con mi papá siempre jugamos, yo tengo mis peces y jugamos con mis legos, muchos legos (...)”, en el aspecto dinámica familiar se estableció que: “las dificultades que existen entre los padres tienden a afectar la conducta, emoción y pensamiento del niño, llegando a presentar sentimientos de culpabilidad que a mediano plazo pueden afectar la autoestima del niño (...)”, y, concluyó que el aspecto positivo es hacia el padre y el negativo hacia la madre. De dicha prueba puede extraerse dos hechos: El primero, que el niño se siente más cómodo con su padre que con su madre; y, el segundo, que el contacto y diferencias entre los padres afecta al niño, resultando necesario evitar ello.

---

<sup>37</sup> Folios 04.

<sup>38</sup> Folios 228.

<sup>39</sup> Folios 868-870.



- d) Del informe N° 04-2018-MVF-CSJLL-GLRA del 08 de junio del 2018<sup>40</sup> se aprecia que se concluyó que el niño tiene comportamiento agresivo y desafiante con sus profesores y compañeros, mucho más con personas del sexo opuesto, pues su madre le envía con uniforme único y buzo de una talla menos, permitiendo que los dientes del niño les sobrevenga las caries. De ello se verifica que los problemas entre los padres repercutieron en el comportamiento (negativo) del niño, y que la madre no ha tenido bien cuidado al mismo.
- e) El hecho anterior no es aislado, pues en el informe del 22 de abril del 2019<sup>41</sup> se estableció que el niño tenía poca presencia materna, sobretodo en su presentación personal; mal aseo personal (ropa sucia, zapatillas desaseadas, dientes con poca higiene); no se evidencia revisión de cuadernos diarios y tuvo reiterados incidentes con compañeros (agresiones); entre otros aspectos más.
- f) Del informe del 22 de abril del 2019<sup>42</sup> también se aprecia que la psicóloga del colegio del niño, refirió que el niño: “percibe a su papá como parte de su estructura familiar y como un padre responsable que cumple como papá porque pasan muchos momentos juntos los cuales él disfruta mucho, por otro lado se observa que no incluye a su madre dentro de su dinámica familiar, pues refiere que con ella no pasa el mismo tiempo ni comparte lo mismo que con su papá, finalmente agrega que le gustaría vivir con su papá (...).”, esto es, el niño tiene mejor imagen de su papá (y negativa de su madre) y quiere vivir con él.
- g) Del auto de vista<sup>43</sup> contenido en la resolución N° 04 del 26 de marzo del 2019 expedido en el expediente N° 13620-2018-51-1601-JR-FT-12, el cual ostenta la autoridad de cosa juzgada, se aprecia que se valoró que el niño dijo que su mamá

<sup>40</sup> Folios 873-874.

<sup>41</sup> Folios 912-913.

<sup>42</sup> Folios 906-909.

<sup>43</sup> Folios 969-976 y vuelta.





no quiere que esté con su papá y que quiere más a su papá (considerando 5.7) y que se aprecia que la madre intimidaba a su hijo para que dé respuestas negativas a su padre, mediante órdenes y direccionamientos. Tal aspecto evidencia que la madre aparentemente evitaba que el niño genere lazos con su padre y lo vea, pudiendo incluso generar alienación parental.

- h) Del CD-ROM<sup>44</sup> que contiene videos y audios, se aprecian dos videos donde el demandante grabó videollamada con su hijo, donde se le aprecia al niño llorando desconsoladamente aparentemente porque se quedó solo en casa en la madrugada y tenía miedo, manifestando en varias oportunidades que quiere irse de la casa donde estaba; siendo que, dicho video fue analizado por psicóloga<sup>45</sup>, quien concluyó que tras la observación del mismo se concluyó: “REACCIÓN ANSIOSA EN EL NIÑO (...) SÍNTOMAS DE ALIENACIÓN PARENTAL (SEPARAR AL NIÑO DE SU PADRE) (...) ABUSO INFANTIL POR MALTRATO PSICOLÓGICO DE PARTE DE LA MADRE (...) MADRE AUSENTE Y ESTILO AUTORITARIO (...)”. De ello, podemos inferir que el niño fue dejado solo por su madre en la madrugada y que ello le afectó en su psiquis, procediendo a llorar con deseos de irse del hogar.
- i) De las conferencias con el niño<sup>46</sup>, se aprecia que en la primera oportunidad dijo que su papá le ayuda a hacer sus tareas al igual que su mamá, pero algo que no le gusta de su mamá es que toma cerveza y cuando llegó a su casa vomitó; y, se aprecia de la segunda oportunidad que dijo que su mamá no le ayuda con sus tareas y llega de haber tomado, y que, pese a que le dijo que ya no lo haga, sigue igual y no va cambiar, y, además: que quiere vivir con su papá y que ya todo termine. Si bien el artículo 85 del Código de los Niños y los Adolescentes

<sup>44</sup> Folios 854.

<sup>45</sup> Folios 977-980.

<sup>46</sup> Folios 1082 y 1294-1297.



establece que la opinión del niño sólo se escucha, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha generado norma adscripta a la Constitución, por lo que, dicha declaración del niño es valorada positivamente de conformidad con los parámetros establecidos en el fundamento 198 del caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012), la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- j) En dicha sentencia convencional se estableció algunos lineamientos para valorar la opinión del niño, como lo son que: **i)** No se puede partir de la premisa que el niño es incapaz de expresar su propia opinión; **ii)** El niño no debe tener conocimiento exhaustivo de los aspectos que le afectan, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse un juicio propio sobre el asunto; **iii)** El niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; **iv)** La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias; **v)** La capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso; y, **vi)** Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que, la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.
- k) Así las cosas: no podemos partir de la premisa que el niño es incapaz de expresar su opinión, el niño comprende suficientemente los aspectos que le afectan y expresa su propio juicio respecto de ello; no se aprecia presión en la declaración del niño, quien ejerció de forma libre y espontánea su derecho a ser escuchado; en



primera instancia, la judicatura informó al niño las repercusiones de su declaración, tal es así que cuando manifestó que quiere vivir con su padre, dijo que ya quiere que termine todo (conflicto); no se aprecia influencias negativas (como alienación parental) en la opinión del niño brindada, pues ha sido en mérito a una secuencia de preguntas contextualizadoras y en dos oportunidades se ha ratificado en su opinión (dos conferencias), existiendo así persistencia en sus afirmaciones; y, se aprecia capacidad del niño para expresar su opinión de forma razonable e independiente.

- l) Obra informe psiquiátrico N° 192294-2019-PSQ del 12 de setiembre del 2019<sup>47</sup>, realizado al demandante, el cual concluyó que el recurrente no presenta trastorno psicopatológico de psicosis que lo aleje de la realidad y tiene inteligencia clínicamente normal para su edad y nivel educativo; y, está adjunto informe psicológico<sup>48</sup> del niño que concluye que tiende a presentar ansiedad frente a situaciones tensas, muestra baja estima personal, miedo al fracaso y temor a la desaprobación. Así las cosas, tenemos que de dichas pruebas se aprecia que el demandante cuenta con las aptitudes psíquicas para tener la tenencia de su hijo y que el conflicto entre los padres ha repercutido en la salud psicológica del niño, quien da resultados negativos tales como la baja estima personal.

- 4.35.** En consecuencia, realizando una valoración conjunta de los medios probatorios, sí está justificado que se aplique la excepción del vigente artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, ello en aplicación del interés superior del niño y el derecho del niño a vivir en un ambiente sano, de paz y tranquilidad, que logre su desarrollo integral; en tanto se ha demostrado que la demandada dejó al niño solo en algunas

---

<sup>47</sup> Folios 1125-1128.

<sup>48</sup> Folios 1214-1215.



oportunidades, causando incluso que en una oportunidad éste se comunique vía videollamada con su papá (demandante) llorando desesperadamente y con deseos de irse de la casa, aspecto que fue calificado por psicóloga como maltrato infantil; también, que la demandada ha tenido descuidado a su hijo, esto porque se ha constatado que tenía caries e iba al colegio sin el aseo correspondiente, aspecto constatado por psicóloga de colegio e incluso personal del Poder Judicial; asimismo, que el conflicto entre los padres ha afectado emocionalmente al niño, pudiendo resultar perjudicial mantener una tenencia compartida que signifique coordinación entre los padres, quienes a la fecha mantienen una mala relación, máxime, si la madre no ha otorgado los cuidados necesarios para el niño; y, el niño ha expresado, en reiterada oportunidad, su afán hacia la imagen paterna y su deseo de vivir con su padre. Y, si bien la demandada ha aportado medios probatorios en segunda instancia que han sido admitidos, tales como informe psicológico<sup>49</sup> y otros<sup>50</sup>, ninguno de éstos acredita que sea más favorable una tenencia compartida.

- 4.36. No debemos perder de vista que la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre del año 1959, estableció en su artículo 2 que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (...)”, y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, relató que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los

<sup>49</sup> Folios 1501-1503.

<sup>50</sup> Folios 1503A-1508 y 1546-1619.



tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

- 4.37. El artículo 4 de la Constitución Política del Perú del año 1993 establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. De hecho, el Tribunal Constitucional ha establecido en vasta jurisprudencia que el principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, considerando sus alcances cada vez que se adopten decisiones que tengan como destinatario al niño, niña o adolescente, deber éste que comprende a toda institución privada o pública; además, exige que de todos ellos una actuación garantista de acuerdo con cualquier decisión que involucre a un menor. [Sentencias emitidas en los expedientes N° 1817-2009-HC, N° 4058-2012-PA, N° 4430-2012-HC, N° 1821-2913-HC, N° 1665-2014, N° 4937-2014, entre otras].
- 4.38. El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 del año 2013 ha señalado que el interés superior del niño puede concebirse de las siguientes formas:
- “a) **Un derecho:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que este derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...)
  - b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño (...)
  - c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de



decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados (...)."

- 4.39. En tal sentido, se aclara que la discusión en esta instancia no radica en satisfacer un derecho de la madre, quien en efecto tiene derecho a ver a su hijo, sino más bien en elegir la opción jurídica que resulta más ventajosa para el niño, ello en aplicación del interés superior del niño, pues de acuerdo a los actuados, lo más ventajoso es que su padre tenga la tenencia exclusiva y su madre el régimen de visitas, ello para salvaguardar su derecho a vivir en un ambiente sano, de paz y tranquilidad, asegurando su libre desarrollo; y evitando que una eventual decisión de tenencia compartida, genere desacuerdos entre los padres por tener que coordinar constantemente o acaso descuidos en el niño, como ha ocurrido y se ha constatado con los actuados, los cuales han afectado su integridad psicológica, debiendo siempre optar por la opción que evite posibles repercusiones negativas, teniendo en cuenta la vertiente del interés superior del niño como norma de procedimiento.
- 4.40. En consecuencia, este Colegiado **decide** confirmar la sentencia apelada en el extremo que declaró la tenencia exclusiva del niño Y.H.C.V. en favor del demandante (su padre) y que otorgó régimen de visitas a favor de la demandada (su madre); sin embargo, en aplicación del interés superior del niño y teniendo en cuenta que resulta necesario que el niño mejore la relación con su madre, se **modifica** únicamente el extremo que dispuso que el régimen de visitas debe ser de lunes a viernes por dos horas con externamiento, pues dicho tiempo no resulta razonable para que el niño y su madre puedan pasar tiempo juntos atendiendo a las distancias que existe en la ciudad de Trujillo y que para lograr reforzar los lazos efectivos entre madre-hijo se requiere de tiempo para comunicarse y pasar tiempo continuado juntos, debiéndose **fijar** dos días entre lunes a viernes por 04 horas diarias.



- 4.41. Esto es, la forma del régimen de visitas queda de la siguiente manera: i) En el periodo escolar de lunes a viernes, dos días por 04 horas cada día, debiendo coordinar los padres que días a fin de no afectar las actividades escolares u otras del niño, sin embargo, se precisa que si el niño tiene actividades escolares u otras, de todas maneras debe ver a su madre entre lunes a viernes por dos días 04 horas cada día, pudiendo realizar las actividades con ella; ii) En el periodo escolar los sábados y domingos, un día de estos por 08 horas, previa coordinación de los padres; y, iii) En el periodo vacacional, de lunes a viernes y sábados a domingos por 08 horas. Cabe precisar que, si bien a criterio de este Colegiado, la forma del régimen de visitas en el periodo vacacional es excesivo, sin embargo, ello no puede ser modificado en aplicación del principio de prohibición de reforma en peor.

V. **DECISIÓN:**

Por estos fundamentos, los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, **DECIDEN:**

- 5.1. **CONFIRMAR** la SENTENCIA contenida en la Resolución Judicial número TREINTA Y SEIS, de fecha veintidós de noviembre del año dos mil veintidós, obrante de fojas mil cuatrocientos cincuenta y dos a mil cuatrocientos sesenta y nueve, en el extremo que resolvió declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por F.H.C.P. contra M.V.V.A. y el Ministerio Público, **pero** por divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (artículo 333 inciso 11 del Código Civil); en consecuencia, se declara disuelto el vínculo matrimonial contraído entre los cónyuges.
- 5.2. **CONFIRMAR** la SENTENCIA contenida en la Resolución Judicial número TREINTA Y



SEIS, de fecha veintidós de noviembre del año dos mil veintidós, obrante de fojas mil cuatrocientos cincuenta y dos a mil cuatrocientos sesenta y nueve, en los extremos que resolvió declarar la **TENENCIA EXCLUSIVA** del niño Y.H.C.V. en favor de su padre F.H.C.P. y se ordena que el menor permanezca bajo su cuidado encargándose de su formación integral, brindándole amor y protección; y, que reconoció el **RÉGIMEN DE VISITAS** a favor de la madre M.V.V.A.

5.3. **MODIFICAR** la SENTENCIA contenida en la Resolución Judicial número TREINTA Y SEIS, de fecha veintidós de noviembre del año dos mil veintidós, obrante de fojas mil cuatrocientos cincuenta y dos a mil cuatrocientos sesenta y nueve, en el extremo que fijó el régimen de visitas de la siguiente manera: “6.1 En el periodo escolar: De lunes a viernes por dos horas y sábados o domingos por ocho horas; 6.2 En el periodo vacacional: De lunes a viernes y sábados a domingos por ocho horas. Previa coordinación con el padre sobre el día y horas en que deba ejercerlo. (...)”.; y, **REFORMÁNDOLA**: Se reconoce un régimen de visitas a favor de la madre con externamiento dos días por semana de la forma siguiente:

5.2.1. En el periodo escolar de lunes a viernes, dos días por 04 horas cada día, debiendo coordinar los padres que días a fin de no afectar las actividades escolares u otras del niño, sin embargo, se precisa que, si el niño tiene actividades escolares u otras, de todas maneras, debe ver a su madre entre lunes a viernes por dos días 04 horas cada día, pudiendo realizar las actividades con ella.

5.2.2. En el periodo escolar los sábados y domingos, un día de estos por 08 horas, previa coordinación de los padres.

5.2.3. En el periodo vacacional, de lunes a viernes y sábados a domingos por 08 horas. Cabe precisar que, si bien a criterio de este Colegiado, la forma del régimen de visitas en el periodo vacacional es excesivo, sin embargo, ello no





puede ser modificado en aplicación del principio de prohibición de reforma en peor.

5.4. **NOTIFÍQUESE** a las partes. **PONENTE** Señor Juez Superior Titular Doctor Juan Virgilio Chunga Bernal. –

S. S.

CRUZ LEZCANO, C.

**CHUNGA BERNAL, J.**

ANTICONA LUJAN, C.



**NELLY KEY MUNAYCO CASTILLO**, SECRETARIA DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, **CERTIFICA:** QUE, EL **VOTO SINGULAR** DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR TITULAR CARLOS ANTICONA LUJÁN, ES COMO SIGUE:

Con el debido respeto que merece el voto propuesto por el Juez Superior titular Juan Virgilio Chunga Bernal, expreso mi conformidad con su ponencia, pero considero que la sentencia respecto al extremo que otorga la tenencia exclusiva del menor Y.H.C.V. en favor del padre F.H.C.P., la misma debe confirmarse además de lo expuesto por el Juez Superior ponente, por lo siguiente :

#### **1.- El Interés Superior del Niño como Criterio Rector**

A efectos de dilucidar la controversia suscitada en el presente caso respecto de la tenencia del niño Y.H.C.V., cabe tener en cuenta que tal como lo estipula el Artículo 3.1. de La Convención sobre los Derechos del Niño : “ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativa o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta pone en el niño como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios y como persona con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales.

Complementariamente, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha destacado el carácter regulador de la normatividad de los Derechos del niño de este principio, el que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la convención sobre los Derechos del Niño” ( CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión



Consultiva OC-17/2002 de 28 de Agosto de 2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño. Nota 56).

Al respecto se señala que “De ello se concluye que el interés superior del niño es aludido como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en dicho instrumento normativo, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.” (Plácido Vilcachagua, Alex: Módulo Autoinstructivo: “Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes”, Academia de la Magistratura, Lima – Perú; 2009, Pág. 115)

Lo antes expresado debemos concordarlo con lo señalado en los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual ***en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través del Poder Judicial, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos, así como el Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes; y, los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.***

## **2.- Sobre la Tenencia**

La tenencia es un atributo de la Institución jurídica de la Patria Potestad, pues como se señala “(...) la patria potestad es otra institución importante del derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus menores hijos. En suma, este instituto beneficia y cautela prioritariamente los derechos de los hijos desde la concepción, la niñez y la adolescencia, teniendo como directriz el principio superior del niño y adolescente con la finalidad de que aquéllos puedan desarrollarse de manera adecuada en los planos, personal, social, económica y cultural”<sup>51</sup>. Como se podrá apreciar la

<sup>51</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando : “ Derecho de Familia en el Código Civil”, Cuarta Edición, Idemsa, Lima – Perú; 2008; Págs. 523-524



tenencia está destinada al cuidado de los hijos por uno de los padres, siendo ésta de carácter temporal; debiendo agregar que ello se desprende de lo estipulado en el artículo 418° del Código Civil, que precisa que por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona de sus hijos menores; desprendiéndose de dicho dispositivo que la Tenencia, **en tanto es un atributo de la Patria Potestad, se ejerce únicamente por el Padre o la Madre a quien se confiere la custodia de un hijo.**

Cabe señalar que el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, texto modificado por el Art. 2 de la Ley N° 31590 prevé que cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor

### 3.- Aplicación al caso concreto.

3.1. No podemos soslayar que estamos ante un caso trágico en donde los padres se pugnan por la tenencia de su hijo Y.H.; por ende, es necesario resolver el presente problema jurídico aplicando la regla 1 del precedente judicial vinculante señalado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, que prescribe: *“En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, **el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado Democrático y Social de Derecho**”*



**3.2.** En el caso de autos conforme es de verse de la sentencia, la misma ha señalado que en aras de privilegiar el interés superior del niño, la situación actual del niño al cuidado de su padre y madre en tenencia compartida, debe modificarse, pues no resulta idóneo que se mantenga al generarle ansiedad e inestabilidad emocional, sobre todo porque el niño ha reiterado que se siente mejor viviendo con su papá, y que pese a que le ha pedido a su mamá que cambie sus conductas como las de "no me ayuda con mis tareas, llega de haber tomado" la misma no ha cambiado y sigue igual.

Dicho ello, cabe señalar que la señora Juez ha dispuesto no otorgar una tenencia compartida en favor del niño, habiendo señalado como fundamento central de su decisión que con ello no se favorece el interés superior del niño.

**3.3.** Al respecto cabe precisar que la Corte Suprema en la Casación N° 3767-2015-CUZCO, sostuvo que para efectos de otorgar una tenencia compartida es necesario que se verifiquen dos presupuestos:

Por una lado, una relación de colaboración de ambos padres en el cuidado de su hijo.

Por otro lado, una relación de coordinación constante de ambos padres.

Esos presupuestos deben ser considerados para efectos de establecer una tenencia compartida, toda vez que con ellos se puede garantizar que ambos padres puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar.

Dicho de otra manera, la tenencia compartida sólo es posible otorgarla cuando ambos padres no obstante estar separados, mantienen un lazo afectivo y de cuidado en relación con sus hijos, armonioso y colaborativo, es decir ambos padres mantienen el mismo nivel de responsabilidad y cuidado en relación a sus hijos, de tal manera que en esas circunstancias, disponer la tenencia sólo en favor de uno de ellos ocasionaría un perjuicio a sus hijos, de allí que se prefiere que ambos tengan la tenencia de los mismos.



3.4. Siendo ello así, cabe señalar que de lo actuado en el presente proceso, no se verifica esa relación de colaboración y coordinación, que se requiere para otorgar una tenencia compartida, ello pues por un lado, el demandante señala en su demanda que ha tenido discusiones con la demandada y que las mismas eran motivadas por sus exigencias económicas fuera de la realidad económica del actor, agregando que la demandada le negaba el contacto con el menor. Por otro lado, la demandada en su contestación de demanda, señala que el demandante le realizó reiteradas denuncias y cartas notariales en su contra, coaccionándola y que ello resquebrajó su salud física y mental.

En tal sentido, según se advierte de lo antes señalado, ambas partes mantienen una relación conflictiva en relación con su menor hijo, por lo que en tales circunstancias resulta imposible que se otorgue a los mismos una tenencia compartida, más si según se aprecia de la sentencia, se ha disuelto el vínculo matrimonial, bajo la consideración de que el demandante y la demandada no pueden tener una relación armoniosa, siendo imposible su vida en común.

Siendo ello así, la sentencia debe confirmarse y dejarse sin efecto la tenencia compartida otorgada a favor de los padres en el cuaderno de medida cautelar, siendo que lo que corresponde es otorgar la tenencia en favor del padre.

**3.5.** Por lo demás, se evidencia que el menor si bien prefiere estar bajo el cuidado del padre, sin embargo ha manifestado que quiere interrelacionar también con su mamá, debiendo destacar que, por su edad si bien dicha versión del menor no es determinante para decidir su tenencia, sin embargo ello refleja que el menor por ahora tiene una mayor afinidad con el padre, ello motivado por el hecho de que éste ha aprovechado el tiempo de convivencia con su hijo para forjar una mayor afinidad hacia el niño, sin que se haya demostrado que dicha convivencia le haya sido perjudicial para el menor.



**3.6.** Cabe destacar además que conforme lo precisa el Artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, el niño y adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, y no podrá ser separado de la misma sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos, siendo que la misma norma precisa que los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

Asimismo, teniendo en cuenta que en el presente caso es materia de controversia un derecho del niño Y.H. cabe señalar que la controversia planteada, debe ser analizada teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño, y otros principios generales que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, entre ellos, el derecho que tiene el niño a vivir con la familia, consagrado en el Artículo 9.1. de la Convención, la misma que estipula lo siguiente:

“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”

**Lo antes expresado se ha tomado en cuenta en este proceso, por cuanto se aprecia que tanto el demandante como la demandada no han posibilitado el ejercicio efectivo del derecho que tenía su hijo a vivir en familia y no ser separados de ambos padres, debiendo agregar que para el presente caso, la situación del hijo se ve agudizado por el enfrentamiento en que han incurrido los padres, quienes más allá de sus diferencias personales, no han logrado superar las mismas y pretenden ahora inmiscuir a su hijo en dichas diferencias, sin tener**



**en cuenta que su hijo tienen derecho a vivir una vida sana y pacífica, que les asegure un desarrollo adecuado y sostenido.**

3.7. Por otro lado, cabe señalar que más allá de las circunstancias y situaciones narradas por el menor, en torno a que su mamá lo encerraba en un departamento y lo dejaba solo, lo concreto es que en el presente caso, estamos ante la situación trágica generada por el hecho de que la separación de los padres no ha posibilitado que el niño pueda ejercer su derecho a vivir en familia, siendo que ello ha llevado a que tenga que definirse en sede judicial la tenencia del menor, cuando ello debió haber sido materia de un acuerdo entre los padres, todo ello en aras de lograr un desarrollo adecuado para Y.H. Siendo ello así, y como corolario de todo lo antes analizado, cabe señalar que realizando el proceso de subsunción de los hechos en relación con las normas invocadas, se constata que de acuerdo con la opinión de Y.H., el mismo ha expresado que se encuentra a gusto viviendo con su papá; por lo que siendo ello así, si efectuamos una ponderación adecuada entre el derecho de los padres de cuidar y proteger a su menor hijo, y el principio del interés superior del niño, según el cual en toda decisión adoptarse en relación a un niño, debe privilegiarse el derecho del mismo a su bienestar y desarrollo adecuado, se tiene que en este caso debe protegerse la integridad y los derechos del niño, por lo que siendo ello así, al verificarse que la convivencia del niño con su padre le ha sido más favorable para el mismo, no apreciándose que el mismo se encuentre descuidado o en una situación de peligro o inestabilidad; ello nos lleva a señalar que por ahora la tenencia del menor la debe ostentar el padre.

3.8. Siendo ello así, de la evaluación de lo antes señalado, se llega a concluir que entre el demandante y su menor hijo existe una relación filial más sólida de la que mantiene el niño con su madre, a quien si bien no acusa de maltratos físicos ni verbales, si le imputa el no haberse preocupado por su cuidado, su educación y formación, siendo que en relación al padre sucede todo lo contrario, debiendo agregar que respecto del mismo no





se ha verificado la existencia de alguna circunstancia que pudiera resultar perjudicial para el referido menor o que pudiera poner en peligro su integridad; por lo que siendo ello así, debe rechazarse los fundamentos de la apelante, ello además en estricto cumplimiento de lo establecido en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

**3.9** Finalmente cabe indicar que lo resuelto y señalado en la presente resolución, no implica de que ello se mantenga en forma indefinida, sino que el mismo se puede variar, en la medida que los padres entiendan que es deber de los mismos el velar por el desarrollo y bienestar de su menor hijo, siendo que para ello resulta necesario que ambos decidan someterse a una terapia psicológica familiar que les permita forjar una mejor interrelación como padres.

**ANTICONA LUJÁN**