



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

La tenencia y el Interés superior del niño:

La tenencia es una institución jurídica creada por el derecho, no en 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, entre 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

Lima, nueve de junio de dos mil veintidós

La **Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**; con los expedientes acompañados; vista la causa número 1736-2020, en audiencia pública virtual de la fecha, y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso de tenencia y custodia de menor, la demandante **Marylin Yanina Núñez Tamayo**, a fojas novecientos setenta y cinco, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha seis de marzo de dos mil veinte obrante a fojas novecientos sesenta y uno, que **confirma** la sentencia apelada de fecha veintiocho de octubre de dos mil



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

diecinueve, que obra a fojas novecientos ocho, que declara **fundada** la demanda de tenencia interpuesta por Wilmar Dante Larico Arimborgo respecto de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez (07); e **infundada** la demanda interpuesta por Marylin Yanina Núñez Tamayo respecto de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez (07); **conceder un régimen de visitas** a favor de la madre Marylin Yanina Núñez Tamayo para que visite a su hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez (07), de la siguiente manera:

- a) **La primera y tercera semana** de cada mes: Con externamiento y pernocte, desde el Viernes a las 08:00 pm hasta el domingo a las 06:00 pm, debiendo recoger al menor en el domicilio del padre y, del mismo modo, retornar al menor en el domicilio del padre, en las horas antes señaladas.
- b) **La segunda semana** del mes, con externamiento, los días Martes, Jueves, desde las 06:30 pm a 08:00 pm y el día sábado, desde las 09:00 am hasta las 06:00 pm, debiendo recoger y retornar al menor el mismo día en el domicilio del padre, en las horas señaladas.
- c) **La cuarta semana** del mes, con externamiento, los días Martes, Jueves, desde las 06:30 pm a 08:00 pm y el día domingo, desde las 09:00 am hasta las 06:00 pm, debiendo recoger y retornar al menor el mismo día en el domicilio del padre, en las horas señaladas, **bajo apercibimiento** de imponerle MULTA de 3 URP al padre, en caso incumpla el régimen visitas fijado en la presente sentencia. La multa se irá incrementando progresivamente si el padre persiste en su conducta, sin perjuicio de remitir los actuados al Ministerio Público para los fines de ley y variarse la tenencia conforme a derecho. Se **EXHORTA** a las partes para que se comporten adecuadamente en el régimen de visitas.



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda del Expediente número 7825-2016

El treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, mediante escrito a fojas veinticinco, **Marylin Yanina Núñez Tamayo** interpuso **demanda** de tenencia a favor de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez, nacido el veintitrés de 23 de junio de dos mil doce, de tres años de edad, la misma que la dirige en contra de Wilmar Dante Larico Arimborgo. Funda su pretensión en lo siguiente:

- 1) Que, producto de la relación de convivencia con el demandado, procrearon a su hijo Pablo Dante Larico Núñez; su menor hijo ha vivido con ella desde su nacimiento, mientras que su padre lo ha llevado a su domicilio solamente de manera temporal y cuando se encontraba desocupado; sin embargo, el día dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, en circunstancias que se encontraba en su trabajo, cuando su hermana se disponía a llevar a su menor hijo a su centro de estudios, el demandado sin autorización le arrebató al menor a viva fuerza, llevándoselo en su vehículo blanco, para posteriormente el demandado interponer una denuncia por supuestos maltratos, hecho que niego categóricamente.
- 2) Desde que el demandado se llevó a su menor hijo, he concurrido consecutivamente a ver a mi hijo en el domicilio del demandado y consecutivamente me han negado en razón de que supuestamente no se encontraban, que había salido, hasta que finalmente he decidido solicitar el apoyo de la policía de la Ensenada, Puente Piedra y recién a raíz de ello me han permitido ver a mi hijo, pero no con la libertad que desearía sino permanentemente custodiada por la abuela y el demandado.
- 3) La suscrita y el demandado tenemos una hija de 13 años de edad de nombre Fiorella Yanina Yolanda Larico Núñez quien igualmente se



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

encuentra bajo mi tenencia por mandato judicial del Sexto Juzgado de Familia Norte, quien en algún momento, cuando se encontraba en el domicilio de su padre en sus vacaciones, fue agredida por sus primos, por lo que tiene temor por la seguridad de la integridad física y emocional de su menor hijo.

2.2. Contestación de Demanda

El once de agosto de dos mil dieciséis, **Wilmar Dante Larico Arimburgo**, mediante escrito de fojas ciento diez, se apersona al proceso y **contestó** la demanda, argumentando que:

- 1) Es falso lo que expresa la demandante, ya que siempre tuve contacto continuo, pacífico y público con su menor hijo desde su nacimiento y está participando en el desarrollo integral de su hijo. En el mes de enero del año dos mil catorce, como se puede constatar en la ocurrencia policial de fecha uno de enero de dos mil catorce, doña Marilyn Yanina Núñez Tamayo trajo de manera voluntaria a mi menor hijo a mi domicilio y lo dejó a mi cuidado, con el argumento de que “tengo cosas más importantes que hacer” sin reprocharle o increpar su actitud, guarde silencio y asumí mi rol de padre a tiempo completo cambiando mi forma de vida y costumbre por amor, con la finalidad de que el niño no sienta la ausencia de la madre, ha venido asumiendo la tenencia de hecho de mi menor hijo y cuando ya estaba estudiando solicite una ocurrencia policial de fecha 14 de marzo del 2016 que da fe que el niño se encontraba viviendo y estudiando en el distrito de Puente Piedra.
- 2) Mi hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez es obediente, respetuoso y de buen comportamiento y es porque en el entorno familiar donde está creciendo, hay respeto mutuo y en nuestro vocabulario no hay



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

groserías, el buen comportamiento es la dedicación que se le entrega a mi menor hijo con amor.

2.3 Acumulación de expedientes

El doce de setiembre de dos mil dieciocho, mediante la resolución número treinta y cuatro de fojas quinientos veinticinco, el **Juzgado de Familia Transitorio de Independencia**, dispuso que se **proceda a la acumulación** del expediente número 4580-2016 procedente del Juzgado de Familia de Puente Piedra.

2.4 Demanda del Expediente acumulado número 4580-2016

El uno de abril de dos mil dieciséis, mediante escrito obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, **Wilmar Dante Larico Arimborgo** interpone **demanda** de tenencia a favor de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Nuñez de tres años de edad, la misma que dirige en contra de Marylin Yanina Nuñez Tamayo. Funda su pretensión en lo siguiente:

- 1) Su menor hijo Pablo Dante Larico Nuñez ha vivido en su casa ubicada en Calle Los Olivos n/n manzana H, lote 16 Parcela, semirústica de la Ensenada, distrito de Puente Piedra, el niño le fue entregado de hecho por su madre, la demandada.
- 2) Al cambiarlo de manera violenta de su hogar, conllevaría una abrupta variación de su desarrollo integral, más aún que la demandada nunca se ha preocupado por su bienestar y demás circunstancias.

2.5. Contestación de la demanda

El dos de noviembre de os mil diecisiete, la demandada **Marylin Yanina Nuñez Tamayo**, mediante escrito de fojas setecientos setenta y nueve, se apersona al proceso y contestan la demanda, alegando lo siguiente:



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

- 1) Alega que si bien su menor hijo, algunas veces se ha quedado con su padre, debido a su intención de no privarlo de esa relación paterno filial, eso no significa que haya vivido permanentemente con el demandante, como falsamente afirma.
- 2) Que con fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, el demandante usando violencia y un vehículo para su fuga se lo ha llevado a vivir, cuando mi hijo en compañía de mi hermana se dirigía a su centro educativo cerca a su domicilio. Prueba de ello existe una denuncia del hecho ante la Comisaria de Túpac Amaru, distrito de Comas.
- 3) La intención del demandante es de índole económica, así como de violentarme psicológicamente. Ello se debe a que en el caso de su menor hija, Fiorella Yanina Yolanda Larico Nuñez, interpuse una demanda de alimentos, el día diez de marzo de dos mil once, ante el Cuarto Juzgado de Paz Letrado de Comas, Expediente número 1337-2011, actualmente con una deuda por devengados de dieciséis mil trescientos catorce punto cincuenta y uno.

2.6. Puntos Controvertidos

Mediante Audiencia única de fecha siete de mayo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ochocientos cincuenta y seis, se fijaron como puntos controvertidos, determinar si corresponde declarar:

- a) Cuál de los señores Wilmar Dante Larico Arimborgo o Marilyn Yanina Núñez Tamayo tiene mejores condiciones que posibilite la mejor convivencia para la tenencia pretendida de su mejor hijo Pablo Dante Alberto Larico Nuñez.
- b) Si debe fijarse un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtenga la tenencia.

2.7. Sentencia de Primera Instancia



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

El veintiocho de octubre de dos mil diecinueve, mediante resolución número cuarenta, obrante a fojas novecientos ocho, el Octavo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, declaró: **1) fundada** la demanda de tenencia interpuesta por Wilmar Dante Larico Arimborgo, respecto de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Nuñez de siete años de edad; e, **infundada** la demanda interpuesta por Marylin Yanina Nuñez Tamayo. **2) Conceder un Régimen de Visitas** a favor de Marylin Yanina Nuñez Tamayo para que visite a su hijo Pablo Dante Alberto Larico Nuñez siete años de edad, de la siguiente manera:

- a) **La primera y tercera semana de cada mes:** Con externamiento y pernocte, desde el Viernes a las 08:00 pm hasta el domingo a las 06:00 pm, debiendo recoger al menor en el domicilio del padre y, del mismo modo, retornar al menor en el domicilio del padre, en las horas antes señaladas.
- b) **La segunda semana del mes,** con externamiento, los días Martes, Jueves, desde las 06:30 pm a 08:00 pm y el día sábado, desde las 09:00 am hasta las 06:00 pm, debiendo recoger y retornar al menor el mismo día en el domicilio del padre, en las horas señaladas.
- c) **La cuarta semana del mes,** con externamiento, los días Martes, Jueves, desde las 06:30 pm a 08:00 pm y el día domingo, desde las 09:00 am hasta las 06:00 pm, debiendo recoger y retornar al menor el mismo día en el domicilio del padre, en las horas señaladas, **bajo apercibimiento** de imponerle MULTA de 3 URP al padre, en caso incumpla el régimen visitas fijado en la presente sentencia. La multa se irá incrementando progresivamente si el padre persiste en su conducta, sin perjuicio de remitir los actuados al Ministerio Público para los fines de ley y variarse la tenencia conforme a derecho. Se **EXHORTA** a las partes para que se comporten adecuadamente en el régimen de visitas.



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

Señalando que:

- 1) En el presente caso, de los medios probatorios en autos, es necesario advertir que las partes no han tenido en consideración que su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Nuñez es un sujeto de derecho. En efecto, resulta reprochable que el niño, encontrándose en custodia de su padre desde el año dos mil catorce como se acredita de la ocurrencia policial de fecha veintidós de julio de dos mil catorce a fojas quinientos cuarenta y cuatro; la madre, contrariamente a su comportamiento inicial, el día veinticinco de marzo de dos mil dieciséis retiró por la fuerza al niño del entorno familiar del padre como se evidencia de la Denuncia policial de fecha veinticinco de marzo de dos mil dieciséis a fojas quinientos cuarenta y siete; para posteriormente, de manera similar, el padre del menor retirar al niño del entorno materno y retornar con su hijo a su domicilio el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis como se acredita de la Denuncia policial de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis a fojas setecientos veintisiete.
- 2) En otros términos, las partes, en la presente controversia, buscan prevalecer su interés personal, dejando de lado el interés superior del niño Pablo Dante Alberto Larico Nuñez, a quien llevan de un lado a otro como un “objeto”, sin respetar sus derechos, situación que el niño ha opinado en audiencia, al manifestar, entre otros aspectos, que sus padres “discuten sobre él” en la Audiencia a fojas ochocientos cincuenta y nueve.
- 3) Centrándonos en que es lo más beneficioso para Pablo Dante Alberto Larico Nuñez, se concluye que, del análisis conjunto de los medios probatorios, deberá declararse fundada la demanda a favor del padre del menor, estando a que Dante Alberto Larico se identifica con el padre, por los cuidados y atenciones que le brinda, contando también



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

con el apoyo de la abuela y tía paterna, sintiéndose el menor protegido y cómodo (Informe Psicológico realizado al menor a fojas doscientos ochenta y ocho); adicionalmente, se concluye en el citado Informe que el menor es un niño respetuoso, amable, obediente y con buen rendimiento escolar (conforme al citado Informe psicológico), detallando en el Informe Social, a fojas ciento setenta y nueve, practicado en el domicilio del padre que el menor refiere que le gusta cantar, ver dibujitos en la televisión, juega con su bicicleta con rueditas, su papá lo lleva a su colegio.

- 4) Por otro lado, si bien en el Informe Psicológico 184-17-PSI-CSJLN-PJ, de fojas doscientos ochenta y ocho, se concluye que la figura materna no se encuentra dentro del esquema familiar del niño Pablo Dante Alberto, en el Informe Social practicado en el domicilio del padre, se ha dejado constancia que el menor refiere que quiere ver a su mamá, **pero** que su papá lo recoja a fojas ciento ochenta y uno. Este último informe guarda relación con la opinión brindada por el menor en audiencia en donde refiere que le gustaría vivir con sus padres, prefiriendo a su mamá porque ella lo divierte y juegan juntos a fojas ochocientos cincuenta y nueve.
- 5) Si bien la madre del menor ha manifestado en el proceso que Wilmar Dante Larico Arimborgo le niega ver a su hijo, el propio menor ha opinado en audiencia que su papá lo lleva a visitar a su mamá, pero resaltando que no lo deja estar mucho tiempo (a fojas ochocientos cincuenta y nueve). Es así que el menor ha señalado que le gustaría que su mamá lo visite diariamente, lo que permite inferir que a Pablo Dante Alberto Larico Nuñez le favorecerá que su madre lo visite con una habitualidad que permita mejorar las relaciones entre ambos.
- 6) Considerar las visitas de la madre Marylin Yanina Nuñez Tamayo a su hijo Pablo Dante Alberto Larico Nuñez.



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

2.8. Recurso de Apelación

El cinco de diciembre de dos mil diecinueve, mediante escrito a fojas novecientos veintitrés, la demandante **Marylin Yanina Núñez Tamayo**, **apelo** la sentencia de primera instancia, señalando que:

- 1) El menor nació el día veintitrés de junio dos mil doce y vivió con la madre hasta el mes de mayo de dos mil dieciséis, es decir tres años y once meses, fecha en que fue sustraído del hogar materno por el padre demandado a pesar de que recién lo reconoció en marzo del año dos mil dieciséis.
- 2) La intención del demandado para sustraer al menor es no asumir su obligación alimentaria, porque fue demandado por alimentos respecto de su hija mayor y por ello tiene devengados por dieciséis mil trescientos catorce con cincuenta y un soles que no ha pagado.
- 3) No se ha considerado que según el Informe Social del demandado no tiene vivienda favorable porque él comparte la habitación con el menor, su abuela y tía paterna, incluso el baño comparte con los demás familiares, a diferencia de la demandante que sí tendría mejores condiciones.
- 4) El padre demandado le niega a la madre mantener contacto con el menor con denuncias y constataciones policiales con hechos falsos, tiene conducta violenta hacia la recurrente por lo que tiene garantías y medidas de protección a su favor porque el demandado la retuvo dentro de su domicilio y ejerce violencia cuando asiste a visitar al menor.
- 5) El ambiente familiar del demandado no es adecuado, pues en el inmueble viven sus dos sobrinos de dieciséis y diecisiete años, los hijos de su hermana, que fueron sentenciados por actos contra el pudor en agravio de la hermana mayor del menor cuya tenencia se



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

peticiona, que tiene diecisiete años de edad, hechos ocurridos en el domicilio donde ahora vive el menor.

2.9. Resolución de Segunda Instancia

El seis de marzo de dos mil veinte, la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emitió la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y uno, que **confirmó** la apelada, que declara **fundada** la demanda de tenencia interpuesta por Wilmar Dante Larico Arimborgo respecto de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez (07); e **infundada** la demanda interpuesta por Marylin Yanina Núñez Tamayo respecto de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez (07); **conceder un régimen de visitas** a favor de la madre Marylin Yanina Núñez Tamayo para que visite a su hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez (07), bajo los siguientes argumentos:

- 1) En cuanto al presupuesto de la tenencia y/o tiempo de convivencia, en ese sentido, la recurrente sostiene que tiene el mayor tiempo de convivencia con el menor, desde su nacimiento en el mes junio de dos mil doce hasta mayo de dos mil dieciséis, es decir tres años y once meses), no obstante en el informe social a fojas ciento sesenta y seis consta que la referencia de la demandante en el sentido que cuando se separaron ella se quedó al cuidado del menor y su hermana mayor, pero por motivos económicos, entregó al menor a su padre para que lo cuide, cuando éste tenía dos años, luego en el mes de marzo de dos mil dieciséis el menor regresó con ella, lo tuvo casi un mes, pero el demandado lo sustrajo y lo tiene hasta la fecha, lo que desvirtúa su argumento de que tiene el mayor tiempo de convivencia con el menor.
- 2) El incumplimiento del demandado de su obligación alimentaria con la hija mayor de ambos no resulta suficiente para limitar su derecho de



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

tenencia, como se alega en el segundo agravio de la apelación, especialmente si en el proceso existe evidencia que fue la propia madre quien entregó el cuidado del menor a su padre, hecho corroborado con las referencias del demandado brindadas en su informe social donde afirma que la madre le entregó al menor cuando este tenía un año y seis meses; además, debe considerarse que el incumplimiento de las obligaciones que se atribuye al demandado no habría sido la única razón de la disputa de la tenencia, ya que en el mismo informe la demandante también refirió que fue la denuncia por actos contra el pudor contra los sobrinos del demandado en agravio de su hija mayor, el motivo por el cual decidió recuperar la tenencia de su menor hijo a fojas ciento sesenta y seis.

- 3) En el proceso se advierte que ambas partes tienen condiciones económicas, familiares y personales favorables para ejercer la tenencia del menor, así se advierte de los informes sociales y psicológicos a fojas ciento sesenta y cinco, ciento setenta y nueve, doscientos seis y, doscientos ochenta y seis; y no existe evidencia que sustente la afirmación de la demandante en el sentido que el demandado no tiene vivienda favorable, máxime si su informe social a fojas ciento ochenta indica, claramente, que *“la vivienda es de propiedad del demandado, está semi construida, tiene 1,000 metros cuadrados, tiene sala, comedor, cocina, dos dormitorios, una oficina y cuenta con servicios básicos y el menor comparte la habitación con el demandado y cada uno tiene su cama”*, razón por la cual en este extremo también debe desestimarse el recurso de apelación.
- 4) Respecto al presupuesto de la tenencia: garantía de contacto con el progenitor que no ejercerá la tenencia, en este extremo la demandante sostiene que el demandado le niega el contacto con el menor y tiene conducta violenta hacia la recurrente; sin embargo, la



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

propia recurrente ha referido en su informe social, que el padre demandado *“voluntariamente, personalmente poco a poco está trayendo a su hijo Pablo a su domicilio, mayormente dos días a la semana los días que no descansa, cuando trabaja de noche lo lleva por la mañana”* a fojas ciento sesenta y siete.

- 5) En cuanto al agravio del recurso sostiene que no se ha considerado que el ambiente familiar del demandado no es adecuado, pues en él viven sus dos sobrinos adolescentes de dieciséis y diecisiete años de edad, quienes fueron sentenciados por actos contra el pudor en agravio de la hermana mayor del menor (17) de cuya tenencia se peticiona; al respecto, efectivamente se advierte que existe una sentencia penal del Juzgado de Familia a fojas ochocientos sesenta y cinco que declara responsables a los sobrinos del demandado por tocamientos indebidos, sin embargo, este hecho es circunstancial para el menor y su padre, y no es suficiente para privarle su derecho de ejercer la tenencia, máxime si según el Informe Social realizado al domicilio del padre demandante, de fojas ciento setenta y nueve, no se observa que se haya consignado a los citados adolescentes infractores como residentes, es decir no viven con el padre, ni con su menor hijo, cuya tenencia se peticiona.
- 6) En conclusión, en el presente caso ambos padres tienen similares condiciones económicas, soporte familiar y aptitudes personales para ejercer la tenencia, sin embargo, es el padre quien tiene mayor tiempo de convivencia, por tanto lo más favorable para los intereses del menor es que continúe viviendo en el hogar paterno, especialmente si hay garantía de contacto con la madre y no existe razón atendible para alterar su situación familiar, como así se advierte del relato de las evaluaciones psicológicas e informes sociales de ambos padres y de la propia opinión del menor.



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

III. RECURSO DE CASACIÓN

El veintisiete de agosto de dos mil veinte, la demandante **Marylin Yanina Núñez Tamayo**, mediante escrito de fojas novecientos setenta y dos, interpuso recurso de casación contra la resolución de vista, siendo declarado **procedente** por este Supremo Tribunal, mediante la resolución de fecha once de diciembre de dos mil veinte, por las siguientes infracciones:

Infracción normativa de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución; artículos I del Título Preliminar, 188, 197 del Código Procesal Civil; artículos IX del Título Preliminar y 84 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes. Alega que se ha vulnerado el derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, pues no se ha valorado de forma conjunta y razonada los medios probatorios, entre ellos, el informe social; indica que sin mayor análisis cuantitativo de la convivencia que mantuvo su hijo el menor, el *Ad quem* determina el que el menor estuvo más tiempo con su padre.

IV. MATERIA JURIDICA EN DEBATE

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso, se centra en determinar, si la sentencia de segunda instancia incurre en infracción normativa de las normas denunciadas, esto es, si se ha vulnerado el derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, el principio del interés superior del niño, así como la esencia de la figura de la tenencia y custodia del menor.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

Primero.- En el presente caso, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de infracción de normas de derecho material y procesal, teniendo en cuenta ello, es de advertir que conforme lo dispone el



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara fundado el recurso de casación por la causal de infracción normativa de orden procesal, se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita un nuevo fallo, mientras que, si se declara fundado el recurso por la causal de infracción normativa material, la Sala Suprema actuando en sede de instancia, deberá resolver el conflicto según su naturaleza. Es por ello, que la revisión de las causales por las que ha sido declarado procedente el recurso de casación debe comenzar por el análisis de la infracción normativa de naturaleza procesal.

Segundo.- La recurrente denuncia la infracción normativa del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, al respecto debe precisarse que constituye Principio de la Función Jurisdiccional la Observancia del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva que consagra el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; en igual sentido, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, establece el derecho de toda persona a la Tutela Jurisdiccional Efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción de un Debido Proceso¹. De otro lado, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento del debido proceso y, además, se ha considerado como principio y derecho de la función jurisdiccional consagrado en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, norma constitucional que ha sido recogida en el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el inciso 6 del artículo 50 e incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, y cuya contravención origina la nulidad de la

¹ El derecho a un debido proceso supone desde su dimensión formal la observancia rigurosa por todos los que intervienen en un proceso, de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento de tutela de derechos subjetivos, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. Desde su dimensión sustantiva se le concibe cuando la decisión judicial observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad. CAS. N° 178-2009 (Huancavelica), Sala Civil Transitoria, considerando segundo, de fecha 17 de enero de 2011



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

resolución, conforme lo disponen las dos últimas normas procesales señaladas.

Tercero.- Asimismo, importa destacar que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta prima facie:

- a) Siempre que exista fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas.
- b) Siempre que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes.
- c) Siempre que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión².

Cuarto.- Es de precisar que en materia probatoria el derecho a la utilización de los medios de prueba, se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que entre sus vertientes engloba el derecho a obtener una resolución razonada, motivada y fundada en derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el interior del proceso, así como también, con el derecho de defensa del que es inseparable. De esta manera, el contenido esencial de este derecho se respeta siempre que, una vez admitidas las pruebas declaradas pertinentes, son valoradas por los órganos judiciales conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado.

² 4 (Cfr. STC N.º 4348-2005-PA, fundamento jurídico segundo).



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

Quinto.- Precisamente, regulando este derecho fundamental, el legislador ha optado por imponer al juez, en los términos que señalan los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil, la obligación de que en atención a la finalidad de la prueba, valore en forma conjunta y razonada todos los medios probatorios, dado que las pruebas en el proceso, sea cual fuere su naturaleza, están entremezcladas formando no siempre un orden secuencial; por tanto, es responsabilidad del juzgador reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que den origen al conflicto; en consecuencia, ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, pues, solo teniendo una visión integral de los medios probatorios, se pueden extraer conclusiones que permitan alcanzar la verdad, la cual es el fin del proceso.

Sexto.- Como fundamentos para amparar la pretensión de la demanda, la instancia de mérito ha sostenido en los considerando décimo primero y décimo segundo de la recurrida lo siguiente: *“El último agravio del recurso sostiene que no se ha considerado que el ambiente familiar del demandado no es adecuado pues en él viven sus dos sobrinos (16 y 17 años) que fueron sentenciados por actos contra el pudor en agravio de la hermana mayor del menor (17); al respecto efectivamente se advierte que existe una sentencia penal del Juzgado de Familia (folios 865) que declara responsables a los sobrinos del demandado por tocamientos indebidos, sin embargo, este hecho circunstancial para el menor y su padre, no es suficiente para privarle su derecho de ejercer la tenencia, máxime si según el informe social de folios 179 los menores infractores no viven con él padre ni con su menor hijo. (...) En conclusión, en el presente caso ambos padres tienen similares condiciones económicas, soporte familiar y aptitudes personales para ejercer la tenencia; sin embargo, es el padre quien tiene mayor tiempo de*



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

convivencia, por tanto lo más favorable para los intereses del menor es que continúe viviendo en el hogar paterno, especialmente si hay garantía de contacto con la madre y no existe razón atendible para alterar su situación familiar, como así se advierte del relato de las evaluaciones psicológicas e informes sociales de ambos padres y de la propia opinión del menor (...)”.

Sétimo.- No obstante lo expuesto, esta Sala Suprema considera que la Sala Superior ha valorado de manera parcial o incompleta los medios probatorios que obran en autos, además, de no expresar bajo una motivación suficiente y acabada las razones por las que considera debe estimarse la demanda interpuesta a favor del demandado, pues minimiza medios probatorios importantes como es el Expediente número 13440-2017 en el cual los sobrinos del padre del menor Pablo Dante Alberto Larico Nuñez, fueron hallados responsables por la infracción a ley por el delito contra la libertad sexual - actos contra el pudor en agravio de la hija de la recurrente, por el cual le fue impuesta la sanción de libertad restringida por el plazo de doce meses que debían cumplir en el Centro de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima - Ex Maranga, refiriendo el *Ad quem* que no viven con el demandado, en base al Informe Social de fojas ciento setenta y nueve; sin embargo, no toma en cuenta la declaración del menor de fojas ochocientos cincuenta y ocho, ni su informe psicológico, en tal sentido se ha expedido una resolución sin una debida motivación de las resoluciones judiciales afectándose el debido proceso, sin tomar en cuenta que en este tipo de procesos el Juzgador debe de hacer un mayor despliegue de la actividad probatoria con el fin de procurar la defensa del interés superior de niño, lo cual a todas luces no se ha realizado en el presente caso. Lo propio sucede con la sentencia apelada expedida por el A quo, pues pese a que se presentó los documentos mencionados del proceso por infracción a la ley penal, antes de la expedición de la sentencia de primera instancia el juez solo proveyó



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

téngase presente en cuanto fuera de ley, no analizándolo con los demás medios probatorios al momento de expedir sentencia, lo cual evidentemente vulnera el derecho de defensa de la recurrente y por ende el debido proceso, reiterando que se está ante un proceso donde se decide la vida de un menor, razón por la cual el accionar del órgano jurisdiccional debe ser más activa y flexible, dado los derechos en disputa. Sin embargo, al advertirse los vicios procesales anotados lo formal sería reenviar la causa a fin de que se emita nueva sentencia, sin embargo, este Supremo Colegiado invocando el principio de interés superior del niño y velando por la integridad y seguridad del menor, emitirá pronunciamiento de fondo, a fin de solucionar la cuestión controvertida.

Octavo.- Con relación a la denuncia por infracción normativa material, debe mencionarse que la tenencia ha sido definida en la doctrina, como un atributo de la patria potestad y es un deber derecho preferente de uno de los padres de vivir en compañía de su hijo cuando se ha producido una situación de desavenencia con el otro progenitor que desplaza a uno de ellos de la convivencia³.

Noveno.- Es necesario destacar, asimismo, que el principio valor del interés superior del Niño, recogido en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de mil novecientos ochenta y nueve, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, según la cual en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades Administrativas o los Órganos Legislativos, se deberá tener como una consideración primordial el

³ SOKOLICH ALVA, María Isabel; Apuntes relativos a la patria potestad y a la tenencia y custodia; Material de Lectura del Curso de Derecho de Familia; Colegio de Abogados de Lima; 2005.



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

interés superior del niño, lo cual ha sido ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa número 25278, de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día cuatro de ese mismo mes y año, y desarrollado a nivel nacional en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que lo consagra como un principio rector, precisando que: “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivos, 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”, contenido del que se desprende un valor especial y superior, así como la exigencia de un trato especial de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, que irradia no solo el Estado, sino a la sociedad y a la propia familia, incluidos los padres o responsables de los derechos del menor, tendientes a la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social, para que no se vean supeditados a la voluntad de tales personas, sino al interés de éstos, de manera tal que en las decisiones a adoptarse se debe considerar preferentemente aquéllas que les ofrezcan a los niños y adolescentes, el máximo bienestar.

Décimo.- El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, delimita algunos criterios orientadores, más no determinantes, a ser tenidos en cuenta por el Juzgador a fin de dilucidar cuál de los padres ejercerá la tenencia y custodia del hijo. De esta forma, establece criterios como: a) El tiempo de convivencia del hijo con los padres; b) La edad del hijo; están supeditados a su vez a que la tenencia y custodia del hijo recaiga en el progenitor que mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. El mayor tiempo de convivencia



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

entre un padre o madre y su hijo supone en condiciones normales y “saludables”; mayor grado de afinidad, empatía y afianzamiento de la relación paterno-filial como resultado de la interacción y presencia continua del padre o de la madre en la crianza del hijo; sin embargo, la realidad demuestra que no siempre este factor por sí mismo es suficiente para que el juez de la causa prefiera a un padre sobre el otro, por cuanto podría darse el caso que la convivencia por el contrario fuera perjudicial para el niño, sea por la existencia de actos de maltrato infantil o por el incumplimiento de los deberes a los que alude el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, de allí la necesidad que en todo proceso judicial de tenencia y custodia la decisión debe tener como sustento, además de la valoración conjunta de todos los medios probatorios, lo que resulte más beneficioso para el hijo, más no para el progenitor, en clara aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, consagrado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, ya precisado.

Décimo Primero.- Este Supremo Colegiado, debe de reiterar que en procesos como estos no se busca lo que le favorece al progenitor por el tiempo en que estuvo con el menor sino lo que sea más beneficioso para éste (menor), por ello el artículo 84 inciso a) del Código acotado, establece la excepción en el tiempo de convivencia, cual es **“siempre que le sea favorable”**; en tal sentido, para determinar esto, es necesario hacer una análisis de lo actuado en el proceso, con el único fin de determinar a quién corresponde la tenencia de la menor. Así tenemos:

- 1.- Conforme se puede observar de la Continuación de la Audiencia Única de fojas ochocientos cincuenta y ocho, en donde se toma la entrevista con el niño Pablo Dante Alberto Larico Núñez, cuando se le pregunta: *“Te gustaría estar con tu papa? Dijo. No mucho”; Porque dices eso? Dijo. Estoy aburrido. Patricio se va y yo me quedo*



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

aburrido; ¿Tu que sientes hacia tu papá? Dijo. Un poco de amor; ¿Hay algo que te molesta de tu papá? Dijo, no me deja estar mucho tiempo con mi mamá (...) Tú que sientes hacia tu mamá? Dijo Mucho amor (...) Te comunicas con tu mama por teléfono? Dijo No. (...) Como te corrige tu papá? Dijo Mal, me grita ¿Cómo te corrige tu mamá? Dijo: No, nunca lo ha hecho; Si tuvieras que elegir con quien vivir, ¿a quién elegirías a tu mamá o tu papá? Dijo con los dos. Con mi mamá, ella me divierte, jugábamos juntos. Con mi papá no juego; ¿Qué haces durante el día? Dijo. Juego con Patricio, veo televisión, voy a jugar. Mi papá trabaja todo el día, de noche y día. El escribe todo el día. De noche y de día. Me lleva al parque mi papá solo algunos días (...) Para que diga. ¿Tu papá te ha hablado de tu mamá? Dijo No, solo me dijo vamos a ir a algún sitio y me llevó a mi mamá, es que mi papá solo quiere que en las horas de descanso vayan a ver a mi mamá. Para que diga: ¿Extrañas a tu mama? Dijo. Sí.

- 2.- El Informe Psicológico número 184-17-PSI-CSJLN-PJ de fojas doscientos ochenta y ocho, de la entrevista con el menor, se tiene que él manifestó que cuenta con los cuidados y atenciones de su abuela y tía paternas, y que disfruta tiempo con ellas, identificando a su tía paterna como figura materna.
- 3.- En el Expediente número 13440-2017 en el cual los sobrinos del padre del menor, los adolescentes: Juan Diego Delgadillo Larico y, Wilmer Anthony Delgadillo Larico fueron hallados responsables por la infracción a ley por el delito contra la libertad sexual - actos contra el pudor en agravio de la hija de la recurrente, razón por la cual se les impuso la sanción de libertad restringida por el plazo de doce meses que cumplirán en el Centro de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima - Ex Maranga, señalándose en dicho sentencia que los hechos ocurrido



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

fueron en la casa del padre demandado del menor Pablo Dante Alberto Larico Núñez, en donde se encuentra viviendo el niño.

Décimo Segundo.- De lo expuesto se puede concluir, el riesgo en que encuentra el menor al existir en la casa del padre el peligro potencial de que pudiera ser agredido, además que el demandado permitió que dentro de su casa donde vive su hijo sucedieran estos hechos, que por lo demás son reprochables, contra la hija de la recurrente, quienes han merecido sanción por parte del órgano jurisdiccional y, de lo cual se concluye el descuido que tiene el padre respecto a su hijo; asimismo, se observa de la entrevista con el niño que su deseo es vivir con su madre, que la trata con amor, su padre no le da mucho amor, pues trabaja de día y noche siendo que se encuentra al cuidado de su abuela y tía paternas, siendo que a esta última es a quien quién ve como su madre, entendiéndose de la entrevista con el menor, la actitud del padre al restringirle el derecho que tiene de poder ver a su madre, y permitir que identifique como madre a otra persona, además de las agresiones verbales incurridas por el padre, lo cual no ocurre con la madre; todo esto demuestra el comportamiento inapropiado del padre demandado frente a su hijo al hacerle presenciar conductas propias de adultos que pueden influir en un comportamiento negativo para su desarrollo integral, observándose una vez más, que el niño se siente más a gusto con su madre con quien mantiene una buena relación afectiva y quien le puede brindar mejores condiciones de vida; reiterando que en su declaración en audiencia, se ha advertido que se siente más cómoda con su madre; siendo así las condiciones más adecuadas se encuentran a lado de la familia materna.

Décimo Tercero.- Por lo expuesto, este Supremo Tribunal determina que quien debe tener a cargo la tenencia del menor, teniendo en cuenta lo expuesto y privilegiando el interés superior del niño es la recurrente Marilyn



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

Yanina Núñez Tamayo, por ello debe declararse fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia revocar la sentencia apelada, y reformándola declarar fundada la demanda a favor de la nombrada persona; con el régimen de visitas adecuado sin perjuicio de lo expuesto a favor del padre, cuya presencia es necesaria también en el desarrollo del menor teniendo en cuenta su prematura edad (siete años), que le ayudará a tener mayor seguridad siempre y cuando su actitud sea constructiva y amorosa, razón por la cual la el padre debe de gozar de un régimen de visitas a su favor.

VI. DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad en parte con el Dictamen Fiscal, declararon:

6.1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante Marylin Yanina Núñez Tamayo, obrante a fojas novecientos setenta y cinco; en consecuencia, **CASARON** la resolución de vista de fecha seis de marzo de dos mil veinte, de fojas novecientos sesenta y uno; y, **actuando en sede de instancia REVOCARON** sentencia apelada de fecha veintiocho de octubre de dos mil diecinueve de fojas novecientos ocho; que declara fundada la demanda de tenencia interpuesta por Wilmar Dante Larico Arimborgo; e infundada la demanda interpuesta por Marylin Yanina Núñez Tamayo; y, **REFORMÁNDOLA**, declararon **Infundada** la demanda de tenencia interpuesta por Wilmar Dante Larico Arimborgo respecto de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez; y **FUNDADA** la demanda interpuesta por Marylin Yanina Núñez Tamayo respecto de su menor hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez; y en consecuencia, **conceder un régimen de visitas** a favor del padre Wilmar Dante



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

**Sentencia
Casación N° 1736-2020
Lima Norte
Tenencia y Custodia del Menor**

Larico Arimborgo para que visite a su hijo Pablo Dante Alberto Larico Núñez, de la siguiente manera:

- a) **La primera y tercera semana** de cada mes: Sin externamiento, los sábados y domingos de 08.00 am a 08:00 pm.
- b) **Los días festivos de Navidad y año nuevo, la segunda semana, y cumpleaños del menor**, será de forma alterna año a año, con externamiento y pernocte, desde las 08:00 am a las 08.00 am del día siguiente, debiendo recoger al menor en el domicilio de la madre y, del mismo modo, retornar al menor al domicilio de la madre, en las horas antes señaladas. Se **EXHORTA** a las partes para que se comporten adecuadamente en el régimen de visitas, **bajo apercibimiento** de imponerle **MULTA** de 3 URP, en caso incumpla el régimen visitas fijado en la presente sentencia. La multa se irá incrementando progresivamente si persiste en su conducta, sin perjuicio de remitir los actuados al Ministerio Público para los fines de ley.

6.2. DISPUSIERON la publicación de la presente Ejecutoria Suprema en el Diario Oficial “El Peruano”; en los seguidos por Marilyn Yanina Núñez Tamayo con Wilmar Dante Larico Arimborgo, sobre tenencia y custodia del menor; notificándose y, los devolvieron. Interviene como ponente el juez supremo señor **Salazar Lizarraga**.

SS.

SALAZAR LIZÁRRAGA

CUNYA CELI

CALDERÓN PUERTAS

ECHEVARRÍA GAVIRIA

RUIDIAS FARFAN

Ec/Lsv