

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

No existe vulneración alguna en el proceso, si la Sala de mérito ha emitido una sentencia clara, concreta y suficiente, justificando su decisión con la previa valoración conjunta de los medios probatorios acompañados por las partes y de las actuaciones realizadas en el proceso (declaraciones de la menor, informes psicológicos y sociales, entre otros), resaltando el principio del interés superior del niño, y sobre todo garantizando la estabilidad de la menor.

Lima, seis de agosto de dos mil diecinueve.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil cuatrocientos cuarenta y ocho del año dos mil dieciocho, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley y de conformidad con lo opinado en el Dictamen Fiscal N° 169-2019-MP-FN-FSC, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación¹ interpuesto por la demandada [REDACTED], contra la sentencia de vista de fecha dieciocho de abril de dos mil dieciocho, obrante a fojas mil doce, que **revocó** la sentencia apelada de fecha diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, obrante a fojas ochocientos setenta, que declaró infundada la demanda de tenencia interpuesta por [REDACTED] y fundada la demanda acumulada interpuesta por [REDACTED], y **reformándola, declaró fundada la demanda** originaria interpuesta por [REDACTED] e Infundada la demanda acumulada interpuesta por [REDACTED], con lo demás que contiene.

¹ Obra de páginas 1060/.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

II. ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

a) Expediente N° 09731-2014 (Tenencia)

Mediante escrito de fecha veintinueve de agosto del dos mil catorce², [REDACTED] interpone demanda de Tenencia y Custodia de menor, a efectos de que se le otorgue el derecho a la tenencia exclusiva de su menor hija [REDACTED] quien actualmente se encuentra bajo su custodia; asimismo, solicita la fijación de un régimen de visitas para la demandada el cual propone se extienda mediante el uso de medios electrónicos (teleconferencias vía internet y otros) el cual podría ser los días lunes, miércoles y viernes de 2:30 a 4:00 pm., siendo los fundamentos de la demanda lo siguiente:

- Señala que su menor hija [REDACTED], nacida el veinticinco de diciembre de dos mil diez, es producto de la relación convivencial que mantuvo con la demandada.
- Indica que, nunca estuvo de acuerdo con el trato que la demandada le daba a su menor hija, ya que cuando la menor requería de algo, la demandada le contestaba: "deja de molestarme", "ya me tienes harta", "nunca te estas tranquila", lo cual era motivo de discusión y generó con el tiempo, que su hija tenga una forma particular de responder a las llamadas de atención: "bajando la cabeza y cerrando sus manos".
- Precisa que el seis de enero de dos mil doce (un día antes del bautizo de su menor hija) sufrió un grave accidente en la ciudad de [REDACTED] su columna vertebral e incluso fue trasladado a [REDACTED] de Lima donde estuvo hospitalizado por cinco meses hasta que le dieron de alta, el seis de junio de dos mil doce; tiempo durante el cual la demandada se quedó con él mientras que su hija

² Página 17.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

██████████ se quedó bajo el cuidado de sus hermanos ██████████ ██████████.

- Asimismo indica que por su accidente quedó con discapacidad para caminar, movilizándose en silla de ruedas, y luego de su alta, los problemas de pareja se acrecentaron ya que la demandada le decía que no se podía vivir con la pensión que le iban a dar, posteriormente, el veintiséis de noviembre de dos mil doce, fue internado en ██████████ ██████████ por el tiempo de cinco meses que duró su tratamiento; periodo en el cual la demandada y su menor hija lo visitaban, pero una semana antes de su alta, la demandada le mencionó que no podía regresar a Chimbote porque según ella "no se iba a ser cargo de su persona, su hija y su hijo", lo cual era una felonía y una mentira porque él se puede desenvolver y trabajar por sí mismo.
- Por lo que, antes de interponer la presente demanda, por medio de la red social "facebook", se enteró que su conviviente contrajo matrimonio con fecha catorce de febrero de dos mil catorce, tanto en lo civil como en lo religioso con un ciudadano extranjero llamado ██████████ ██████████ aspecto que evidencia la poca madurez y falta de sentido de maternidad de la demandada por cuanto mientras que aquella lo atendía y visitaba con su hija, y él se encargaba de pagar sus cuentas con sus tarjetas adicionales de crédito, su conviviente conoció a otra persona y se terminó casando.
- Finalmente indica que la demandada viajó a España el veintitrés de julio de dos mil catorce, lugar donde radica con su pareja, dejando en total abandono moral y material a ██████████, tal como lo hizo con su hijo mayor habido en otra relación que se encuentra a cargo de su tía y abuelo, precisa que su menor hija tiene un padre que responde por ella y su situación de discapacidad no es ningún impedimento para ejercer su custodia, por lo que viajó ██████████ con su hermana ██████████, y con fecha veinte de agosto de dos mil catorce recuperó a su menor hija y la

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

trajo a Lima, luego que fuera ocultada por la familia de la demandada, agrega, que luego procedió a matricular a su hija [REDACTED] [REDACTED] y realizó su traslado a fin que continúe con sus estudios; señalando que durante el tiempo que su hija estuvo en Chimbote aprendió malos hábitos y palabras (lisuras), lo cual evidencia el estado de abandono de su menor hija.

b) Expediente N° 01737-2014 (Tenencia)

Mediante escrito de fecha treinta y uno de diciembre del dos mil catorce³, [REDACTED] [REDACTED] interpone demanda de Tenencia y Custodia de su menor hija [REDACTED] de cuatro años de edad, la misma que la dirige contra [REDACTED], siendo los fundamentos de la demanda los siguientes:

- Señala que producto de sus relaciones convivenciales con el demandado nació su menor hija [REDACTED]
- Indica que su relación sentimental duró un año con ocho meses y por desgracias de la vida el demandado se accidentó pero ella, como ser humano, no lo abandonó y lo ayudó a recuperarse; incluso su padre y hermano fueron las personas que lo ayudaron económicamente con una mensualidad a fin de que pueda subsistir ya que el demandado se había quedado parapléjico e imposibilitado de medio cuerpo, de por vida (sección de la medula).
- Precisa que por todo lo ocurrido, con fecha veintitrés de julio de dos mil catorce, tuvo que viajar a España en busca de un mejor porvenir para sus hijos ya que el padre de su hija no podía trabajar por haber quedado parapléjico y no podía valerse por sí mismo; aspecto que se lo hizo saber al demandado, acordando que su hija se quedaría con su hermana por unos meses y que el demandado fuera a la ciudad

³ Página 328.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Chimbote para verla las veces que quisiera, y que incluso podía pasar navidad, vacaciones y feriados largos con su menor hija.

- Sin embargo, se sorprendió cuando se enteró que con fecha veinte de agosto de dos mil catorce, mientras que no se encontraba en el país, el demandado mandó a su hermana [REDACTED] a la casa de su hermana [REDACTED] y sin mediar razón alguna se llevó a la fuerza a su hija para traerla a Lima, sabiendo que el emplazado es una persona incapacitada que ni él se puede atender.
- Finalmente regresó al Perú, se dirigió a Lima y recogió a su menor hija quien vive con ella y su hermano desde el veinte de noviembre de dos mil catorce; asimismo agrega que su menor hija estuvo estudiando en el [REDACTED] cursando inicial de tres años, de donde el demandado la sacó a mitad de año y se la llevó, pero el colegio al conocer del problema, ha recibido a su hija y ha culminado con éxito su kínder.

2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

a) Expediente N° 09731-2014

Se declaró rebelde a la demandada [REDACTED].

b) Expediente N° 01737-2014

- [REDACTED]
- Señala que ha convivido solo un año con ocho meses y que procedieron a separarse, pues fue la demandante quien lo abandonó al igual que a su hijo mayor y su menor [REDACTED]; además, niega que el padre de la demandante le haya ayudado económicamente con una mensualidad y que moralmente le ayudara su familia, ya que existió una ayuda, pero no era mensual y que los gastos del accidente fueron asumidos por [REDACTED].

⁴ Página 91.

⁵ Página 361.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

- Agrega, que tampoco es cierto que el viaje de la demandante a España fuera para buscar un mejor porvenir y que su persona no pueda trabajar, ya que sigue trabajando y además percibe una renta vitalicia en forma mensual.
- Indica que la emplazante no le hizo conocer de su viaje a España y menos aún acordaron que su menor hija se quedara con su hermana y que él tuviera un régimen [REDACTED]
- Asimismo, niega que fuera su [REDACTED] quien se llevó a su hija [REDACTED] el día veinte de agosto de dos mil catorce del lugar donde se encontraba, ya que ese día fue él quien en compañía de su [REDACTED] recuperaron a su hija que se encontraba abandonada en la casa de su [REDACTED], y fue ésta persona quien presentó una denuncia por sustracción de menor, la cual a la fecha se encuentra archivada al demostrarse que fue su persona y no su hermana quien se llevó a su hija.
- Finalmente, señala que es cierto que con fecha veinte de noviembre de dos mil catorce la demandante se llevó a su hija cuando salía del colegio, fecha en la que personas desconocidas arrinconaron a su abuela paterna mientras que la demandante se le fue encima de su tía Norma [REDACTED], que tenía en sus brazos a su hija, y comenzó a jalnearla hasta quitarle a la menor de los brazos atentando de este modo con la salud física y mental de la menor, hecho que motivó que denuncie a la madre biológica por violencia familiar en su agravio. Agrega que si su hija dejó de estudiar en el [REDACTED] [REDACTED] fue porque su mamá se fue a España y quedó abandonada, y al traerla a Lima la matriculó en [REDACTED] [REDACTED] " de donde la demandante la sacó sin tener en cuenta que venía llevando sus cursos con éxito.

3. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Se fijaron como puntos controvertidos:

- Determinar a quién corresponde la tenencia de la menor [REDACTED] y establecer un régimen de visitas para el padre que no la ostente.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez emite sentencia declarando **INFUNDADA** la pretensión seguida por [REDACTED] y declara **FUNDADA** la pretensión seguida por [REDACTED], en consecuencia, se declara la tenencia o custodia de la niña [REDACTED] (6) a favor de su madre biológica [REDACTED], siendo el régimen de visitas de la niña [REDACTED] (6) a favor del padre biológico [REDACTED]. Asimismo como medida de protección, que los ciudadanos [REDACTED] y [REDACTED] también la niña [REDACTED] (6), reciban un tratamiento psicológico en un centro de salud público por un plazo de doce meses, a efectos de mejorar su salud mental así como los padres ejerzan correctamente su rol, bajo los siguientes argumentos:

- Señala que ambos padres son competentes para ejercer la custodia de la menor; sin embargo, consideran que se debe priorizar la custodia a favor de la madre porque es voluntad de la niña [REDACTED] vivir con su madre, conforme se ha explicado en la entrevista psicológica.
- De otro lado, se debe tener en cuenta que el demandante [REDACTED] ha modificado unilateralmente la residencia de su hija, al trasladarla [REDACTED] con fecha veinte de agosto de dos mil catorce, pues si bien explica y justifica que lo realizó por la existencia de actos de violencia del grupo familiar es decir la abuela, ello no ha sido objetivamente probado con otros medios probatorios, contrario a ello, su comportamiento demuestra que no garantiza el contacto de la niña con el otro progenitor. Y si bien, a la fecha ejerce la custodia de la niña es

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

por orden judicial la cual es de tenencia provisional, siendo la entrega el veintiuno de diciembre de dos mil quince.

- Asimismo, [REDACTED] ha demostrado que viene desarrollando su vida en forma adecuada y ejemplar. Pero si interpretan su comportamiento, en el sentido de que aquél ha sido quien modificó unilateralmente la residencia de su hija, al trasladarla [REDACTED] el veinte de agosto de dos mil catorce, sin utilizar los mecanismos legales para modificar la residencia de la niña. Y si bien, posteriormente, por orden judicial, medida cautelar, ejerce la tenencia provisional, no puede perderse de vista que fue él quien inicialmente modificó la tenencia de la niña. Adicionalmente, el demandante ha reconocido que luego de que le dan de alta se entera por el Facebook que la madre de su hija se había casado y viajado a España, luego del cual aquél modifica la residencia de su hija, lo que no descarta otra motivación, dejando de priorizar el bienestar de su hija.

5. SENTENCIA DE VISTA

Elevados los autos en virtud del recurso apelación interpuesto, la Sala Superior resolvió **REVOCAR** la sentencia apelada, **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** la demanda interpuesta por [REDACTED], sobre tenencia de su menor [REDACTED] de siete años a la fecha, en consecuencia **ORDENARON** que dicha menor permanezca bajo el cuidado del actor y en el hogar paterno, e **INFUNDADA** la demanda interpuesta por [REDACTED], bajo los siguientes argumentos:

- La criatura expresó en abril del dos mil diecisiete, llevarse bien con ambos padres, pero vive con el padre por resolución cautelar de tenencia provisional, y que su madre la visitaba en ocasiones desde Chimbote; es así que la niña manifiesta extrañar a su madre, y querer estar [REDACTED] *“no siempre la veo. A mi papá siempre lo veo todos los días. Viviría [REDACTED] y le visitaría [REDACTED]. Puedo faltar*

**CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

un día al colegio para visitar a mi papá (...) de lo que recuerdo primero estaba con mi mamá [REDACTED] y el otro día mi papá me llamo y le dije que me traiga para acá (...) Ahora quiero irme con mi mamá a Chimbote porque extraño a mi mamá" (sic); que conforme señala el peritaje psicológico en mención, dado que la niña vive con el padre desde el dos mil quince, detalló que hasta entonces vivía con la abuela materna, no con la madre, y que ésta le pegaba con la escoba, y fue precisamente por ello que le pidió a su padre que la traiga a Lima, ya que su madre no estaba en el país "por estar con [REDACTED], ciudadano español con el que su madre contrajo nupcias al año siguiente de romper su relación convivencial con el actor; por lo que, es este factor por el cual no recibe visitas de la madre, como precisa la niña cuando detalla que la madre viene a verla a Lima pero no muy seguido, y que ella sabe que se va con el esposo, lo que reafirma los viajes que la madre realiza a [REDACTED] donde habita con su cónyuge.

- El peritaje específica, de manera concreta, que el afecto de la niña por ambos padres se mantiene, denotando satisfacción por la vivencia con la familia paterna dada la atención y afecto recibidos, pero que muestra añoranza por la figura materna, es decir, la extraña porque la madre no viene de cotidiano a visitarla, y es precisamente lo que ella quisiera, un contacto frecuente, pero está presente su temor al ir con su madre, ya que implica que esta la vuelva a dejar como ha hecho en oportunidades anteriores, con la abuela materna y ella se vaya con el cónyuge fuera del país, y que si tal hecho sucediera, ella preferiría quedarse con su padre; todo ello lleva a la niña a una confusión a su corta edad, tal como detalla el peritaje psicológico, dados sus temores también expresados.
- Asimismo la primera evaluación psicológica de la niña fue cuando vivía con la madre, ella denotaba extrañar al padre con quien vivía en Lima, y la segunda evaluación fue realizada cuando ella estaba en Lima con el padre y por lo tanto se asumía una buena relación con este y su entorno

**CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

actual, pero expresó en la entrevista ante el juzgado, conforme se ha detallado en considerando precedente, añoranza de la madre que no la visitaba, dado que no la frecuenta cotidianamente por sus viajes fuera del país; existe entonces por una confusión de la propia niña como se detalla en la evaluación psicológica respecto a la posibilidad de definir con quien vivir, pues incluso ella tiene temor si le dice al padre que quisiera estar en el hogar materno, este se va a molestar, lo que hace ver que para la niña el contacto en su momento con el padre con el que no habitaba, lo que originaba su pedido de cambio de hogar, por lo tanto a esta fecha y con siete años cumplidos, deben evaluarse los contextos familiares en uno y otro caso.

- En efecto ella se encuentra estable y segura con el padre, el certificado de educación incorporado como medio probatorio extemporáneo y el informe revelan que está siguiendo positivamente su formación académica, y aunado a ello la propia niña detalló que no sabía lo que podría suceder si su madre desea vivir con el cónyuge actual fuera del país, y si la dejaría a ella con la abuela, experiencia que no desea repetir, mientras en el caso del padre éste ha manifestado de manera expresa su deseo de continuar manteniendo a la niña a su lado, y cuenta para ello con un soporte familiar adecuado; en efecto, el padre en forma permanente se vincula a la niña cuando ella está en su hogar, y para todas las tareas de atención cuenta con el apoyo de sus familiares directos, habiéndose evidenciado de las evaluaciones técnicas, que la niña tiene una buena relación con los integrantes de esa familia paterna, con quienes además ha creado un vínculo más estrecho a partir de la tenencia provisional que le fuera otorgada y ejecutada a favor del progenitor.
- Precisa que de las evaluaciones psiquiátricas practicadas a ambos padres, se concluye que ninguno de ellos tiene dificultad o problemática a ese nivel; asimismo deben precisar que es innegable que la madre

**CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

tenía todo el derecho de contraer un nuevo compromiso, al ser una persona joven, y que haya decidido en bien de su desarrollo, trasladarse al extranjero donde reside su cónyuge, sin embargo, no es menos cierto que acreditadas sus prolongadas estadías fuera del país luego de tal enlace, es ella la que delega el cuidado no solo de la niña, sino inclusive de su hijo mayor producto de otro compromiso, a sus familiares cercanos, y es por ello que, negarle la posibilidad al padre de proseguir ejerciendo la tenencia, dado que ella se mantiene por lapso prolongado fuera, manteniendo la niña una buena relación con el padre y sus familiares, y con el afecto y cuidados adecuados, puede resultar contraproducente para la estabilidad de la criatura por el cambio de hogar que solicita la madre, pues en el hogar paterno no existe riesgo alguno para dicha permanencia, dado que las condiciones de residencia además en esta ciudad son adecuadas, existiendo la certeza de que el padre se encuentra actualmente en la posibilidad de ejercer una tenencia adecuada para su menor hija como lo ha ido haciendo. Por lo que, se desea darle estabilidad a la menor, pero además porque no es posible afirmar que sea la madre quien en su caso la ejerza si se le otorgara a ella, sino que por el contrario la delegaría nuevamente en sus familiares y ella viajaría para habitar con su cónyuge, siendo que de los certificados de movimiento migratorio, se detalla que la madre viaja fuera del país para visitarlo, y en tales periodos de cuatro, uno, siete, o seis meses, ella delega en sus familiares el cuidado de la niña, pues resulta evidente que no puede atender directamente a su menor hija, ya que tiene la opción además de un trabajo regular al lugar en el que viaja, cuando se reúne con su cónyuge tal como ella ha manifestado.

III. RECURSO DE CASACIÓN

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha seis de setiembre de dos mil dieciocho ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por [REDACTED], por la siguiente causal:

- a) **Infracción normativa de los artículos 81, 82 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley N° 29269**, considera que la Sala Superior al no valorar la declaración de su menor hija en la audiencia y las pericias especializadas han omitido el hecho que su hija desea vivir con ella, cuando las normas señalan que tiene que tenerse en cuenta la opinión de la menor al momento de resolver. Añade, que le causa perjuicio el hecho que el Colegido Superior haya aplicado una tenencia del sistema monoparental, ya que no le permite participar del desarrollo y decisiones de su hija cuando las normas del Código de los Niños y Adolescentes señalan lo contrario, debido a ello, refiere que el *ad quem* ha dispuesto la aplicación del sistema monoparental en tenencia sin explicar los motivos por los cuales no ha aplicado lo dispuesto en los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley N° 29269, infringiendo el ordenamiento legal vigente, afectando su calidad de madre y su derecho a la patria potestad que se mantiene incólume, siendo que la voluntad de su menor hija en todas sus declaraciones y pericias realizadas es la de querer vivir con ella, máxime cuando con el evolucionar de su desarrollo femenino necesita la guía de su madre en consultas y detalles que son de exclusiva naturaleza femenina, a los que siempre la madre atiende a sus hijas, por lo tanto, indica que no entiende como la Sala Superior manifiesta que en todo aspecto educativo y formativo el estar con su padre le es más beneficioso, cuando por la misma imposibilidad física de aquél le es imposible participar en las actividades educativas y formativas, lo que llevará a que sufra en el futuro contradicciones y limitaciones que puedan afectar su formación; por ello, precisa que el Código de los Niños y Adolescentes señala la tenencia compartida como

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

el camino ideal en estos casos, sin embargo, alega que el *ad quem* al momento de emitir la sentencia de vista ni siquiera ha considerado esta modalidad que está expresamente señalada en la ley y que debe primar al momento de resolver, por ello, refiere que se ha cometido una infracción contra el Código de los Niños y Adolescentes. Finalmente, arguye que aun en el caso de haber aplicado la tenencia compartida, el Colegiado Superior debió indicar en la recurrida las medidas necesarias para que su hija a tenor de lo mencionado en su declaración y pericia psicológica demuestra temor y confusión, tenga la asesoría psicológica permanente, y asimismo reconociendo que a raíz del presente proceso se han acentuado las diferencias con su padre, por el bien de su menor hija ambos padres deben someterse a terapia psicológica a fin de encaminar su conducta por el bienestar de la menor, por lo tanto, señala que al no ser así se está infraccionando lo establecido en el artículo 82 del citado Código, lo que aunado a las infracciones de los artículos 81 y 84 del mismo cuerpo de normas, constituye una grave falencia en la sentencia de vista.

- b) Infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Estado**, manifiesta que en la sentencia de vista se menciona los argumentos por los cuales el *ad quem* considera que la actividad probatoria del proceso es totalmente favorable a la parte demandante, empero, por un lado no explica porque al revocar la sentencia de primera instancia donde se daba razón a la parte demandada, se han desechado cada uno de los argumentos de esta sentencia, añade, que al momento de realizar el análisis de la recurrida advierte que solo se han valorado los elementos probatorios que favorecen a una de las partes, fundamentos imprescindibles por dos razones, primero por tratarse del bienestar de una menor de edad y en segundo lugar para justificar y entender en que se equivocó el Juez de primera instancia y conforme a lo expuesto según la función

**CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

endoprocesal para convencer y persuadir de la razonabilidad de sus argumentos. Asimismo, precisa que existe vulneración en la sentencia de vista al incluir en sus argumentos inexactitudes como verdades, como por ejemplo: en el noveno considerando señala que la menor ha manifestado en abril del dos mil diecisiete “*que ella sabe que (su madre) se va con el esposo, lo que reafirma los viajes que la madre realiza a España donde habita con su cónyuge*”, siendo estas afirmaciones falsas, ya que, de la lectura detallada de la declaración de su hija en la audiencia, no se aprecia que aquella haya expresado nada de eso, entonces de donde salieron las supuestas afirmaciones de la menor respecto a que mi persona se iba a ir al extranjero para vivir con su esposo y que habita en España, por lo tanto, refiere que, la Sala Superior debe explicar y fundamentar de donde ha salido esto ya que cuando ha revisado todo el expediente en ninguna parte aparece esta supuesta declaración de su hija. Del mismo modo, indica que el Colegiado Superior debería fundamentar porque no ha optado por el régimen de coparentabilidad (tenencia compartida) como fija la norma del Código de los Niños y Adolescentes y optado por la monoparentabilidad, teoría en desfase pues perjudica a uno de los padres al suspenderle de hecho la patria potestad y perjudicar al menor, quien es el fin supremo del proceso, al separarlo de uno de los padres. Por último, arguye que la recurrida ha sido expedida en contra de las normas del Código de los Niños y Adolescentes, debido a que no se ha tomado en cuenta la opinión de su menor hija que tanto en las pericias psicológicas, informe psicológico y declaración en audiencia ha manifestado su deseo de vivir con ella [REDACTED] pero visitar constantemente a su padre, por lo que, refiere que debe fundamentarse este punto ya que la norma citada y los tratados internacionales señalan que para decidir la tenencia se debe tener en cuenta la opinión del menor sobre con cuál de los padres desea vivir.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

- c) **Infracción normativa de los artículos 418 y 423 incisos 5 del Código Civil**, precisa que de manera tácita pierde sus derechos de madre y la patria potestad ya que sin que se mencione en la sentencia de vista se la están entregando exclusivamente al demandante, relegándole a una situación de "madre de segunda clase", ya que, no podrá intervenir en la educación de su hija, pues no puede asistir a su colegio, compartir actividades curriculares escolares y menos extracurriculares, no puede asistirle en su desarrollo físico y psicológico como mujer, ni en decisiones sobre su futuro, por lo que, indica que ninguno de estos aspectos han sido considerados en la recurrida y tácitamente se le ha entregado en exclusiva la patria potestad de la menor al demandante, cuando esta no era la finalidad de la demanda; todo lo cual es contrario a lo dispuesto en los artículos 418 y 423 inciso 5 del Código Civil, siendo lo más contradictorio pues en la misma sentencia de vista se menciona que no existe ningún elemento que la descalifique para la tenencia de su menor hija.
- d) **Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil**, indica que en la sentencia de vista no se han valorado diversos medios de prueba pendientes a acreditar que el demandante no es la persona idónea que debería ejercer la tenencia de su menor hija, como si se realizó en la sentencia de primera instancia. Además, señala que el *ad quem* no se ha pronunciado sobre el Informe Psicológico N° 2015-45, de fecha veintiséis de enero del dos mil quince, formulado a su menor hija, realizado en Chimbote, el cual es sumamente importante toda vez que indica *"que la niña tiene inteligencia normal promedio, lenguaje claro y entendible, dependencia y apego a las personas conocidas en su entorno propio a su edad"*, en pocas palabras que tenía un desarrollo normal durante el tiempo que ha vivido con ella en Chimbote y que no ha tenido problemas ni con su persona, ni con su hermano mayor ni con mis familiares, siendo su única preocupación la de no poder ver más seguido

**CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

a su padre por no residir en Chimbote; este medio probatorio valorado en primera instancia no ha sido considerado por la Sala Superior al momento de resolver. Asimismo, precisa que el Colegiado Superior para fundamentar que el hogar paterno es el que le da las garantías para el desarrollo de la menor se menciona el Informe Social practicado en el domicilio del demandante en Lima, sin embargo no menciona el Informe Social realizado el ocho de abril de dos mil quince en su domicilio en Chimbote, donde el trabajador social determina que su hija se encuentra en buen estado de salud, bien cuidada y en buen desarrollo psicomotriz, este informe que es totalmente confrontable al realizado en la vivienda del demandante, empero, refiere que solo se ha valorado el efectuado al domicilio del padre y se le da valor pleno para el resultado final sin que se incluya el realizado en su domicilio, en cuyo caso se tendría que especificar porqué un domicilio resulta más adecuado que el otro cuando ambos son al menos similares y su menor hija tenía también un desarrollo normal cuando se encontraba viviendo con ella. Del mismo modo, alega que el valorar solo una parte de un medio probatorio y justamente el que favorece a una de las partes sin mencionar nada del aspecto negativo no es válido, máxime cuando en la misma sentencia de vista en el considerando décimo primero solo se anota los aspectos negativos de su Informe Psicológico lo que no es justo. Añade, que en el presente caso el *ad quem* no valora los medios probatorios necesarios para crear convicción, pues mientras detalla los medios probatorios que respaldan la posición del demandante no solo no menciona los medios probatorios que fortalecerían su posición sino le da una forzada interpretación errónea e incluso solo transcribe las partes que favorecen a una de las partes; por este motivo considera que en la sentencia de vista se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 197 del Código Procesal Civil.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

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

SEGUNDO.- Asimismo, resulta necesario poner de relieve que por encima de cualquier análisis alegado por el recurrente, el conocimiento de una decisión jurisdiccional por parte del órgano superior jerárquico, tiene como presupuesto ineludible la evaluación previa del respeto, en la actuación procesal de los órganos jurisdiccionales, a los requerimientos básicos que informan al debido proceso; por ello, si bien es cierto, que la actuación de esta Sala Suprema al conocer el recurso de casación, se debe limitar al examen de los agravios invocados formalmente por la parte recurrente; también lo es que, dicha exigencia tiene como única y obligada excepción la tutela de los derechos procesales con valor constitucional, pues evidentemente que allí donde el ejercicio de la función jurisdiccional los vulnera o amenaza, se justifica la posibilidad de ejercer las facultades nulificantes que reconoce la ley, como instrumento de su defensa y corrección, quedando descartado que dentro de dicha noción se encuentren las anomalías o simples irregularidades procesales, que, no son por sí mismas contrarias a la Constitución Política del Perú.

TERCERO.- Según se ha precisado precedentemente, el recurso de casación objeto de pronunciamiento ha sido declarado procedente tanto en razón a infracciones normativas de carácter material (*in iudicando*) como a infracciones

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

normativas de carácter procesal (*in procedendo*). En ese sentido, dada la naturaleza y efectos del error *in procedendo*, este Colegiado emitirá pronunciamiento, en primer término, sobre estas denuncias, pues resulta evidente que de estimarse alguna de ellas, carecería de objeto pronunciarse sobre las causales restantes, al encontrarse perjudicada la validez de los actos procesales.

CUARTO.- En relación a la **segunda infracción (infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Estado)**, este Supremo Tribunal procederá a analizar si la sentencia emitida por el Colegiado Superior cumple con los estándares mínimos exigibles de respeto a los elementos del derecho al debido proceso, o si por el contrario la misma presenta defectos insubsanables que motiven la nulidad del fallo emitido, correspondiendo ordenar la renovación del citado acto procesal, o de ser el caso, la nulidad de todo lo actuado hasta la etapa en que se cometió la infracción.

Al respecto, se debe señalar que, el debido proceso establecido en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, de los jueces y tribunales, y exige que las sentencias expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, en concordancia con el artículo 139° numeral 5) de la Constitución Política del Perú, que se encuentren suficientemente motivadas con la mención expresa de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión.

QUINTO.- De la lectura de la sentencia de vista, la Sala Superior decidió revocar la sentencia de primera instancia, y reformándola declaró fundada la demanda interpuesta por don [REDACTED]
[REDACTED] menor prestada ante la audiencia única, informes psicológicos de la niña, de cada uno de los

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

padres, e informe social, es así que, del noveno al décimo sexto considerando ha desarrollado y motivado su decisión.

Así, tenemos que de las evaluaciones psicológicas practicadas a la menor, y de la declaración prestada por esta en la audiencia, se desprendió *“añoranza de la madre que no la visitaba, dado que ésta no la frecuenta cotidianamente por sus viajes fuera del país”, situación que le generaría temor si se fuera con su madre, ya que esta la dejaría al cuidado de su abuela materna como habría sucedido en oportunidades anteriores*, siendo que, en dicho caso ella preferiría quedarse con su padre; en contraste a ello, la Sala Superior ha evidenciado que *“se encuentra estable y segura con el padre, el certificado de educación incorporado como medio probatorio extemporáneo de fojas 857 y el informe de fojas 863 revelan está siguiendo positivamente su formación académica, y aunado a ello la propia niña detalló no sabría lo que podría suceder si su madre desea vivir con el cónyuge actual fuera del país, y si la dejaría a ella con la abuela, experiencia que no desea repetir, mientras en el caso del padre éste ha manifestado de manera expresa su deseo de continuar manteniendo a la niña a su lado, y cuenta para ello con un soporte familiar adecuado”,* asimismo ha indicado que se encuentra acreditado en autos que la madre de la menor debido a sus constantes y prolongadas estadías fuera del país habría estado delegando *“el cuidado no sólo de la niña materia de litis, sino inclusive de su hijo mayor producto de otro compromiso, a sus familiares cercanos, y es por ello que negarle la posibilidad al padre de proseguir ejerciendo la tenencia, dado que ella se mantiene por lapso prolongado fuera, manteniendo la niña una buena relación con el padre y sus familiares, y con el afecto y cuidados adecuados, puede resultar contraproducente para la estabilidad de la criatura el cambio de hogar que solicita la madre”*.

SEXTO.- Bajo dicho contexto, no existiría ninguna irregularidad y/o afectación en el desarrollo de la justificación de la sentencia vista, pues lo alegado por la

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

casacionista de que “el *Ad quem* habría realizado afirmaciones consistentes en la declaración de la menor que son falsas” resulta insostenible, pues luego de revisado la pericia psicológica y la declaración de la menor en la audiencia única, y los argumentos señalados por la Sala Superior, se aprecia que el Colegiado Superior ha consignado lo dicho por la menor según el contenido en dichas instrumentales, en efecto según la pericia psicológica practicada a la menor se indicó “*que vive con su padre desde diciembre de 2015, esta fue junto con sus tías para traerla porque hasta entonces vivía con su abuela materna y esta le pegaba con la escoba, por eso como acostumbraba comunicarse con su padre, le pidió que vaya a traerla porque quería venir a Lima ya que su madre no estaba, “por estar con [REDACTED] quien indica que es el esposo de su mamá. Su madre viene a verla a Lima pero no muy seguido, situación que le agrada porque van a los juegos. Su madre le dice que viva con ella y le gustaría ir a vivir con ella a Chimbote pero a veces se va con [REDACTED] y por eso solo quisiera ir a saludar a su padrino; por otro lado, aunque le gustaría ir a vivir con su mamá, no le dice a su padre sobre eso porque teme que se moleste, este no dice nada de su mamá y esta si dice que su papá es un tontito”, asimismo de su declaración en la audiencia única expreso lo siguiente: “a la fecha vivo con mi papá mi mamá a veces viene [REDACTED], yo extraño más a mi mamá, yo quiero estar allá [REDACTED] porque no siempre la veo, no todos los días la veo, a mi papa siempre lo veo todos los días, viviría en Chimbote y le visitaría a mi papa, puedo faltar un día al colegio para visitar a mi papa [...]”. Entonces, la Sala Superior habría invocado en la sentencia de vista lo expresado por la menor, y en virtud a ello, se pronunció siendo este razonamiento materia de cuestionamiento por la parte recurrente.*

Por tanto, el *Ad quem* ha emitido una sentencia cumpliendo con la garantía constitucional de motivación, encontrándose justificado en forma clara y razonada los argumentos por los cuales el demandante [REDACTED] [REDACTED] es el progenitor que va garantizar una estabilidad a la menor, y por

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

ende debe ejercer la tenencia de su menor hija; no advirtiendo este Supremo Tribunal afectación al debido proceso ni falta de motivación en la sentencia impugnada, ello sobre la base de lo mencionado en los considerandos líneas arriba de la presente resolución; en consecuencia, debe desestimarse la causal denunciada por la casacionista.

SÉTIMO.- En relación a la **cuarta infracción (infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil)**, debe precisarse que el artículo 197 del Código Procesal Civil dispone que *“todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”*, asimismo, debe mencionarse que las competencias de la Corte Casatoria no inciden en la valoración de la prueba sino en su motivación, en cuanto implica una garantía procesal y un ejercicio esencial de la jurisdicción que consiste en explicitar las razones que permitieron a los Jueces de mérito dar valor y eficacia, o en su caso, negarles valor a determinados medios probatorios.

7.1 En el caso de autos, obra el Informe Psicológico N° 2015-45 del veintiséis de enero de dos mil quince, en el cual se concluyó *“la menor [REDACTED] tiene 4 años de edad, inteligencia normal promedio; con lenguaje claro y entendible; muestra dependencia y apego a las personas conocidas de su entorno propio a su edad; se encuentra en proceso de aprendizaje de habilidades básicas en su formación académica escolar; así también se encuentra en proceso de ir asumiendo su autonomía acorde a su edad cronológica. Manifiesta que le gusta su papá y le gusta visitarlo en la ciudad de Lima”*. Asimismo, está inserto en autos el Informe Social N° 070-2015-CCM-EMCSJS-TS/PJ, cuya apreciación es la siguiente: *“la menor [REDACTED] desarrollo psicomotriz, es extrovertida alegre y sociable; se visualiza que existe*

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

buena relación y comunicación entre madre e hija. Mostrando que los lazos fraternales son fortalecidos; deja entrever que siente amor cariño por la figura paterna y desea verlo; la vivienda donde habita presenta una buena infraestructura cómoda y habitable; se encuentra cursando estudios de educación inicial, interactuando adecuadamente.” Al respecto, la parte recurrente señala que ambos medios de prueba no habrían sido considerados por la Sala Superior, en tanto que solo habría detallados los medios probatorios que respaldan la posición del demandante.

7.2. Si bien es cierto que los informes en mención habrían advertido el desarrollo óptimo de la menor (esto es de aprestamiento, comunicación, relación armoniosa con su entorno) durante el tiempo de convivencia con su progenitora, también lo es que la Sala Superior habría valorado tales evaluaciones psicológicas conforme se desprende del décimo primer considerando que señala *“en cuanto a la evaluación psicológica realizada a la niña en aquella fecha cuando contaba con cuatro años de edad y habitaba con su señora madre, la niña muestra dependencia y apego a las personas conocidas de su entorno propio de su edad, en proceso de aprendizaje de habilidades básicas, le gusta su papá y le gusta visitarlo en la ciudad de lima, sin presentar indicadores de alienación parental”;* y es así que en el décimo tercer considerando señaló lo siguiente: *“dado que la primera evaluación psicológica de la niña fue realizada cuando vivía con la madre, ella denotaba extrañar al padre con quien vivía en Lima, y la segunda evaluación fue realizada cuando ella estaba en Lima con el padre y por lo tanto se asumía una buena relación con éste y su entorno actual, pero expresó en la entrevista ante el juzgado, conforme se ha detallado en considerando precedente, añoranza de la madre que no la visitaba, dado que ésta no la frecuenta cotidianamente por sus viajes fuera del país; existe entonces por ello una confusión de la propia niña como se detalla en la evaluación psicológica respecto a esta posibilidad de definir con quien vivir, pues incluso ella tiene temor si le dice al padre que*

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

quisiera estar en el hogar materno, éste se va a molestar, lo que nos hace ver que para la niña es el contacto en su momento con el padre con el que no habitaba, lo que originaba su pedido de cambio de hogar, por lo tanto a esta fecha y con siete años cumplidos, deben evaluarse los contextos familiares en uno y otro caso; en efecto ella se encuentra estable y segura con el padre, el certificado de educación incorporado como medio probatorio extemporáneo de fojas 857 y el informe de fojas 863 revelan está siguiendo positivamente su formación académica, y aunado a ello la propia niña detalló no sabría lo que podría suceder si su madre desea vivir con el cónyuge actual fuera del país, y si la dejaría a ella con la abuela, experiencia que no desea repetir, mientras en el caso del padre éste ha manifestado de manera expresa su deseo de continuar manteniendo a la niña a su lado, y cuenta para ello con un soporte familiar adecuado; en efecto, el padre en forma permanente se vincula a la niña cuando ella está en su hogar, y para todas las tareas de atención cuenta con el apoyo de sus familiares directos, habiéndose evidenciado de las evaluaciones técnicas, que la niña tiene una buena relación con los integrantes de esa familia paterna, con quienes además ha creado un vínculo más estrecho a partir de la Tenencia provisional que le fuera otorgada y ejecutada a favor del progenitor”.

OCTAVO.- Tal como puede verse, la Sala Superior no solo habría valorado los informes que cuestiona la recurrente, sino que habría evidenciado que tales actuados habrían sido realizados cuando la menor contaba con cuatro años de edad, y que a la fecha (de emitida la sentencia de vista) la menor tenía siete años cumplidos, y por tanto, debían ser contrastados con las evaluaciones de cada uno de los progenitores, advirtiéndose una valoración conjunta de los medios probatorios aportados por las partes y los dispuesto por el órgano jurisdiccional.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Es así que, luego de merituar la evaluación social realizada en el domicilio paterno (al encontrarse viviendo la menor con su progenitor) y las evaluaciones psiquiátricas practicadas al padre y la madre de la menor, el Colegiado Superior concluyó en lo siguiente: *“el padre habita la casa paterna, junto con sus dos hermanos y tíos, y luego de la ruptura de la relación con la madre de su menor hija, siempre estuvo al tanto de su manutención prueba de ello es que no ha sido demandado por alimentos”, en cuanto a la madre “acreditadas sus prolongadas estadías fuera del país luego de tal enlace, es ella la que delega el cuidado no sólo de la niña materia de litis, sino inclusive de su hijo mayor producto de otro compromiso, a sus familiares cercanos, y es por ello que negarle la posibilidad al padre de proseguir ejerciendo la tenencia, dado que ella se mantiene por lapso prolongado fuera, manteniendo la niña una buena relación con el padre y sus familiares, y con el afecto y cuidados adecuados, puede resultar contraproducente para la estabilidad de la criatura el cambio de hogar que solicita la madre, pues en el hogar paterno no existe riesgo alguno para dicha permanencia, dado que las condiciones de residencia además en esta ciudad son adecuadas, existiendo la certeza de que éste se encuentre actualmente en la posibilidad de ejercer una tenencia adecuada para su menor hija como lo ha venido haciendo”.*

De lo expresado por la Sala Superior se advierte que habría meritulado el hecho de que la madre de la menor, en la fecha que se encontraba conviviendo con su hija se encontraba viajando constantemente a España y durante dicha ausencia delegaba el cuidado y la atención de la menor, a su hermana y a su madre y/o cuidadores; además, estando que durante la secuela del proceso, la madre habría estado viajando a España por períodos de cuatro, uno, siete o seis meses, conforme a los certificados de movimiento migratorio, entonces, *“resulta evidente no puede atender directamente a su menor hija, ya que tiene la opción además de un trabajo regular al lugar en el que viaja, cuando se reúne con su cónyuge tal como ella ha manifestado”.*

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

NOVENO.- Es por ello, que el *ad quem* evaluando el contexto integral de lo actuado en el proceso (audiencia, informes psicológicos, sociales, entre otros), y haciendo prevalecer el principio del interés superior del niño, teniendo en cuenta aquella permanencia con el progenitor, y en aras de garantizar una estabilidad a la menor, habría revocado la sentencia de primera instancia; por lo que, existe una justificación de que la decisión adoptada obedece a una adecuada valoración de los medios probatorios actuados en el proceso, los mismos que han sido expresados en la sentencia de vista. Por lo tanto, dicha infracción normativa debe ser desestimada, ya que no se demuestra la incidencia directa de tal infracción en la sentencia de vista impugnada.

DÉCIMO.- Por otro lado, al haber este Supremo Tribunal rechazado las infracciones de carácter procesal corresponde analizar las causales de infracción normativa de normas de derecho material, resolviendo el caso en contra de los valores y fines del derecho.

DÉCIMO PRIMERO.- Respecto a la **primera infracción, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes** dispone que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no existir acuerdo, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente. La norma citada promueve la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual *“ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y*

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

*otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable*⁶. La figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés.

DÉCIMO SEGUNDO.- Según fluye de la sentencia de vista, la Sala Superior ha analizado si era conveniente o no para el interés del menor el que su padre continúe ejerciendo su tenencia, aspecto que resulta también condicionante de la tenencia compartida, de este modo, señaló en el décimo quinto considerando que (sic) *“la tenencia no debe ser variada del status actual, al no existir razonable justificación para ello, pues se desea darle estabilidad a la menor, pero además porque no es posible afirmar que sea la madre quien en su caso la ejerza si se le otorgara a ello, sino que por contrario la delegaría nuevamente en sus familiares y ella viajaría para habitar con su cónyuge, siendo que de los certificados de movimiento migratorio de fojas 154, 504 y 802, se detalla que la madre viaja fuera del país para visitarlo, y en tales períodos de cuatro, uno, siete, o seis meses, ella delega en sus familiares el cuidado de la niña, pues resulta evidente no puede atender directamente a su menor hija, ya que tiene la opción además de un trabajo regular al lugar en el que viaja, cuando se reúne con su cónyuge tal como ella ha manifestado.”*

Entonces, siendo que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre estos exista –o sea probable- una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que solo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, en caso contrario, no puede

⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 375.

**CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres.

En consecuencia, al tenerse de autos la existencia de diferencias entre los padres de la menor, el cual ha sido reconocido por ambas partes, la conducta de la madre quien viaja fuera del país por períodos entre tres y seis meses, y además como lo señaló el *ad quem* “acreditada sus prolongadas estadías fuera del país luego de tal enlace, es ella la que delega el cuidado no sólo de la niña materia de litis, sino inclusive de su hijo mayor producto de otro compromiso, a sus familiares cercanos, y es por ello que negarle la posibilidad al padre de proseguir ejerciendo la tenencia, dado que ella se mantiene por lapso prolongado fuera, manteniendo la niña una buena relación con el padre y sus familiares, y con el afecto y cuidados adecuados, puede resultar contraproducente para la estabilidad de la criatura el cambio de hogar que solicita la madre, pues en el hogar paterno no existe riesgo alguno para dicha permanencia, dado que las condiciones de residencia además en esta ciudad son adecuadas, existiendo la certeza de que éste se encuentre actualmente en la posibilidad de ejercer una tenencia adecuada para su menor hija como lo ha venido haciendo”, por lo tanto, no resultaría posible conceder la tenencia compartida a favor de ambos padres, máxime si no existe acuerdo entre ellos para resolver la tenencia de su menor hija (ello sobre la base de los medios probatorios actuados en el proceso), siendo en el presente caso, el padre de la niña, el que mejor garantice el derecho de la menor a mantener contacto con la madre. En efecto, la causal denunciada respecto al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes debe ser desestimada.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

DÉCIMO TERCERO.- Respecto a la **infracción del artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes**⁷, la recurrente manifiesta que *“su hija a tenor de lo mencionado en su declaración y pericia psicológica demuestra temor y confusión, tenga la asesoría psicológica permanente, y asimismo reconociendo que a raíz del presente proceso se han acentuado las diferencias con su padre, por el bien de su menor hija ambos padres deben someterse a terapia psicológica a fin de encaminar su conducta por el bienestar de la menor, por lo tanto, señala que al no ser así se está infraccionando lo establecido en el artículo 82 del citado Código”*; sin embargo, dicha norma no tiene mayor asidero legal en el presente caso, ya que la tenencia provisional lo tiene el progenitor, y la sentencia de vista ha arribado a que definitivamente la otorguen a dicha parte (padre). Por lo que, al no haberse variado la tenencia de la menor (tal como lo establece el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes), no hay infracción al artículo denunciado, y en efecto, dicha infracción debe ser desestimada.

DECIMO CUARTO.- En cuanto a la **infracción normativa del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes**, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable; que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas,

⁷ **Artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes:**

Variación de Tenencia: “si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o transtorno.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.”

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

siendo además que en cualquier de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

La norma señalada acota el principio del Interés Superior del Niño, entonces, en el caso de autos la instancia de mérito ha advertido que se encuentra en riesgo la estabilidad emocional de la menor por la conducta de su madre, y que a su vez, resulta que su padre sí cuenta con las condiciones necesarias para asegurar su cuidado, siendo ello así, el juzgador puede no seguir los criterios señalados en la norma como determinantes para fijar la tenencia. En efecto, si bien es cierto que la menor tanto en la audiencia como en las pericias psicológicas ha declarado su deseo de vivir con su madre, también lo es que por sí solo no puede constituir medio probatorio para desestimar la pretensión demandada por el padre de la menor, y excluir los demás medios de prueba, pues en función a la naturaleza del proceso que nos ocupa es relevante determinar cuál de los progenitores reúne las mejores condiciones para garantizar el desarrollo del menor, bajo el principio del interés superior del niño; es por ello que la Sala Superior resolvió valorando de manera integral los medios probatorios (declaraciones de audiencia, informes psicológicos y sociales, entre otros), y justificando su decisión de revocar la sentencia de primera instancia, y reformándola declaró fundada la demanda interpuesta por [REDACTED], tal es así que en el décimo sexto considerando de la impugnada concluyó que *“tanto los tiempos y atención directa de la niña deben privilegiarse, pues a su corta edad, se trata de armonizar un criterio de estabilidad que le permita mantener tanto por etapa formativa, pero además por la seguridad que requiere a su alrededor, y que se ha demostrado cuenta con ellas en el hogar paterno, siendo para el padre su única hija”*; por tanto, la Sala Superior habría hecho prevalecer el interés superior de la menor, esto es determinar cuál de los progenitores reúne las mejores condiciones, emocionales, afectivas, sociales y personales para garantizar el pleno

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

desarrollo de la menor, entonces, no se advierte ninguna contravención a la norma antes descrita.

DÉCIMO QUINTO.- Respecto a la **tercera infracción**, el artículo 418 del Código Civil señala *“por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.”*, asimismo el numeral 5 del artículo 423 establece que es deber y derecho de los padres que ejercen la patria potestad *“tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario”*; como puede verse dicha figura jurídica “patria potestad” resulta ser de distinta naturaleza a los presentes autos, ya que en ella se debate la mejor posición que los padres ocupen en los órdenes social, laboral y/o económico, en cambio en la “tenencia” resulta relevante el derecho superior de la menor a que se le brinde una óptima protección para su completo desarrollo. Entonces, para el presente caso, se otorgó la tenencia monoparental a uno de los padres, en efecto quien ejercería la tenencia es el padre de la menor, lo cual implica no sólo el gozo de vivir con la menor, sino que también los demás atributos que confiere la patria potestad como es el proceso de su educación, las relaciones amicales con terceras personas, entre otros, siendo *“el padre el único representante legal, pues el hecho de tenerlo en su compañía permite ello”*⁸; en tal circunstancia resultaba lógico establecer un régimen de visitas para aquel que no va a gozar de la tenencia de la menor; como ya se ha indicado, en el caso de tenencia debe prevalecer el interés superior del niño, esto es lo que más convenga a sus intereses, lo que implica supeditar los intereses de los padres a los de la menor. Sin olvidar que por situaciones futuras que generen algún peligro al menor podrían cambiar en el futuro, lo que significa que la situación generada por la presente sentencia podría ser modificada.

⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. Derecho & Sociedad 32. Pág. 195.

CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Siendo ello así, no se advierte ninguna vulneración a los dispositivos legales mencionados por la casacionista, pues como bien se ha indicado, la parte demandante (padre) tiene el ejercicio de la tenencia, también lo es que la madre tendrá a su favor un régimen de visitas, advirtiéndose la continuidad en el contacto interpersonal y afectivo entre la madre y la menor, en aras de garantizar el desarrollo saludable e integral de su hija por el principio del interés superior del niño; en consecuencia, corresponde desestimar la causal denunciada.

DÉCIMO SEXTO.- Siendo así, este Supremo Tribunal considera que al expedirse la sentencia de vista impugnada se ha respetado el derecho de las partes al debido proceso, la motivación de las resoluciones judiciales y la valoración adecuada de la prueba, apreciándose de la misma que expresa las razones de hecho y derecho mínimas que apoyan la decisión adoptada y además responde a las alegaciones formuladas por las partes dentro del proceso, consideraciones por las cuales debe declararse infundado el recurso de casación.

V. DECISIÓN

Por tales consideraciones y de conformidad con lo regulado en el inciso 397° del Código Procesal Civil:

- a) Declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada [REDACTED]; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha dieciocho de abril de dos mil dieciocho (de fojas mil doce), dictada por la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE



CASACIÓN N° 2448-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por [REDACTED] sobre **Tenencia**; y los devolvieron. Por licencia de la señora Jueza Suprema Arriola Espino, integra esta Suprema Sala el señor Juez Supremo Lévano Vergara. **Juez Supremo Ponente: Hurtado Reyes.**

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES

SALAZAR LIZÁRRAGA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

LÉVANO VERGARA

MHR/ bhm/Lva