



 <p>PODER JUDICIAL DEL PERÚ</p>	<p>ILUSTRE CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA</p> <p>PUEUNTE PIEDRA - VENTANILLA</p> <p>SALA CIVIL PERMANENTE</p> <p>(Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral - Manzana V22, Lote 01, Urbanización Satélite, Ventanilla)</p>
--	---

EXPEDIENTE : 08979-2022-0-3301-JR-FC-01¹
MATERIA : TENENCIA
DEMANDADO : [REDACTED]
DEMANDANTE : [REDACTED]
JUZGADO : 3° JUZGADO DE FAMILIA DE VENTANILLA Y MI PERÚ
JUEZ PONENTE : JUAN ROLANDO HURTADO POMA

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO: 24

Ventanilla, ocho de mayo
del año dos mil veintitrés.

I.- AUTOS Y VISTOS:

Viene en grado de apelación la **sentencia** contenida en la resolución número **DIECINUEVE** de fecha seis de noviembre del año dos mil veintitrés que resolvió: *PRIMERO: DECLARANDO FUNDADA la demanda de folios 38 a 46, subsanada a folios 60 presentado por [REDACTED], en contra de [REDACTED] sobre VARIACIÓN DE TENENCIA de su menor hijo [REDACTED] (de 08 años de edad).* *SEGUNDO: ORDENO que, a partir de la fecha, LA TENENCIA Y CUSTODIA del menor [REDACTED] será COMPARTIDA ejercida por AMBOS PROGENITORES el demandante [REDACTED] y la demandada [REDACTED], (...).* El recurso de apelación fue interpuesto por la demandada. -----

II.- JUECES SUPERIORES INTEGRANTES DEL COLEGIADO:

La Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia Puente Piedra - Ventanilla, se encuentra integrada por los Jueces Superiores: **Juan Rolando Hurtado Poma** (PRESIDENTE Y PONENTE), Flaviano Ciro Llanos Laurente y Jorge Luis Pajuelo Cabanillas; quienes, en audiencia de apelación de sentencia, llevada a cabo a través del sistema de video conferencia, han visto la causa el día **veintitrés de abril del año en curso**; quedando al voto. -----

¹ Consulta de Estado de Expediente (CEJ) <http://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>



III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN Y AGRAVIOS:

Viene a consideración de esta Sala Civil el recurso de apelación interpuesto por la demandada quien, solicitando la revocatoria de la sentencia impugnada, señala como agravios: -----

3.1) En el agravio de los ítems segundo y tercero del recurso de apelación, la demandada SOSTIENE, en resumen, que: *La sentencia impugnada incurre en una flagrante violación del derecho fundamental y constitucional al debido proceso en su vertiente de falta o carencia de motivación por cuanto la sentencia no ha contemplado los elementos probatorios, no sólo en forma individual, sino también en forma conjunta, no otorgándosele el real valor a todos los medios probatorios actuados en sede judicial, no habiéndose dado una real connotación al principio del interés superior del niño, así no se ha compulsado la propia declaración de su hijo [REDACTED], si bien ha sido apenas referido en la sentencia impugnada, empero, ha sido únicamente como sustento de que el niño presuntamente habría sido manipulado por la madre (demandada) y por la familia materna, quienes le habrían señalado que ante las preguntas que se le realice en la audiencia tendría que responder en un determinado sentido, lo que es absolutamente falso, no tomándose en consideración el contexto real e integral de tal declaración y que se trata de un niño de apenas 7 años. Reconoce la apelante que era preciso y primordial -dada su naturaleza- preparar al niño para la audiencia en cuanto del por qué de la audiencia, qué es una audiencia judicial, quiénes iban a estar presente y cómo se desarrollaría la misma, sin que ello implique necesariamente una manipulación o influencia sobre lo que deba declarar. Tampoco se ha tomado en cuenta lo que el menor refirió en audiencia ante las preguntas del fiscal, como es que quiere vivir con su mamá y que su papá lo recoja, entre otros, todo lo cual denota claramente que no procede una tenencia compartida.* -----

3.2) En el agravio del ítem cuarto del recurso de apelación, la demandada SOSTIENE, en resumen, que: *No se ha compulsado en su real dimensión el informe psicológico realizado al demandante, por lo que no se dan las condiciones para una tenencia compartida a favor del demandante, toda vez que no existe ese apego de padre a hijo, por tanto, la tenencia compartida resulta atentatorio contra la salud emocional, espiritual y hasta físico del niño e imponerle a ello es someterlo a un daño irreparable.* -----

3.3) En el agravio del ítem quinto del recurso de apelación, la demandada SOSTIENE, en resumen, que: *No se ha compulsado debidamente el informe psicológico realizado al menor, cuando sostiene, entre otros, que la figura del padre no lo incluye en su esquema de familia, y lo percibe malhumorado, irritable, siendo crítico y desconfía sobre el actuar del padre, rechazando la relación con el padre, por lo cual no resulta viable una tenencia compartida, disponer lo contrario es llevar a un peligro emocional del niño, toda vez que no está preparado para tal tenencia compartida, habiendo vivido toda su vida al lado de la demandada, su madre,*



no puede venirse de buenas a primera a disponerse una tenencia compartida, pues para ello es necesario y fundamental preparar el camino para un correcto acogimiento y, que además tal ruta tiene que ser progresiva y paulatina, de debida adaptación de padre hijo, sembrando las condiciones para que se dé ese apego paulatino, lo cual no se gana de la noche a la mañana y, es así que el padre, el demandante tiene que necesariamente ganárselo a puño limpio, entendido ello como un claro esfuerzo, con trabajo, con cariño, con amor, con acercamiento. --

IV.- ANTECEDENTES

4.1) De la demanda y subsanación: El demandante [REDACTED] formula demanda contra [REDACTED] sobre variación de tenencia y custodia a fin de que en su condición de padre se le otorgue la tenencia compartida de su menor hijo [REDACTED]. **Refiere que** con la empleada tuvo una relación producto de la cual procrearon a su menor hijo de 7 años de edad. Que, producto de problemas familiares y la violencia que recibió dentro del hogar donde vivía, por parte de la madre de su hijo, tomó la decisión de separarse de la demandada, posteriormente a su salida, quiso coordinar con la demandada los días para poder compartir tiempo con su hijo, pero ante la negativa de ella no se logró, ya que le solicitaba una suma de dinero muy alta a cambio de poder visitarlo; suma que no iba acorde con su salario, es par tal motivo que decidió realizar una conciliación por medio de la DEMUNA, fijándose fecha de audiencia, pero ella no asistió, no obstante no tener una conciliación extrajudicial realizó depósitos de dinero para su hijo a nombre de la demandada por el monto de S/250.00. Que, un mes después de haber solicitado la conciliación en la DEMUNA, le llegó una notificación para acudir nuevamente a una conciliación extrajudicial esta vez iniciada por la demandada, a la que acudió porque ya llevaba casi un mes y días sin ver a su menor hijo, llegando a un acuerdo total con fecha 8 de diciembre de 2016 donde suscribieron el acta de conciliación N° 031-2016-CC/LUDES, mediante la cual le entregó la tenencia de su menor hijo a la señora [REDACTED], otorgándosele un régimen de visitas. Que, posterior a la firma del Acta de Conciliación N° 031-2016-CC/LUDES, acudió después de un mes a la casa de la demandada, quien le exigía que firme un cuaderno para poder concretar el retiro de su hijo, a lo que le indicó no debía de firmar ningún cuaderno ya que existía un acta de conciliación la cual se firma de mutuo acuerdo y tiene carácter de sentencia, pero como la demandada se mostraba insistente y al tener ansias de compartir tiempo con su hijo, accedió a hacer una rúbrica al cuaderno que la señora le alcanzó con el fin de concretar la visita. Que, la demandada desde el momento de la separación no quería tener comunicación con su persona, no contestaba las llamadas, ni mensajes de texto ni WhatsApp, es decir, el accionante estaba incomunicado con su menor hijo, tanto así que la señora decidió hacerle una denuncia policial llegando a la fiscalía de familia acusándole por hostigamiento, cuyo caso quedó archivado. Que, entre los años 2017 y 2018, coma era de costumbre, decidió hacerle un control médico a su hijo, ya que



su peso y talla no era el adecuado para su edad, obtenido los resultados no favorables, ya que su hijo tenía anemia. Que, siempre se ha hecho cargo de su hijo, de sus necesidades, preocupándose de sus estudios, ya que en pandemia la demandada no quiso que estudie y él habló con el director para que estudie virtual, asimismo, durante ese periodo la demandada le restringió ver a su hijo con la excusa del Covid, pese que ella trabajaba en el área del COVID y arriesgaba a su menor hijo, ya que no quería que lo llevara consigo y solo le permitía verlo cuando compró varios equipos de protección por solo 30 minutos. Que, en el 2021 llegaron a un acuerdo verbal de que su hijo se quedaría con él una semana completa, acuerdo que duró hasta el 31 de diciembre, debido a que la demandada decidió cambiarlo todo reduciendo las visitas al acuerdo conciliatorio, perjudicando ello a su menor hijo y a su persona, ya que solo le brinda 4 días al mes para compartir con él, situación que está afectando en la salud de su hijo y en su comportamiento, por lo que le solicitó la tenencia compartida a la cual se negó la demandada. Que, la comunicación en el 2022 ha sido pésima, no le permite comunicarse con su hijo y solo los días de la visita puede saber de él, razón por el cual tomó la decisión de darle un celular a su menor hijo, para poder así comunicarse con él y aprovechando los feriados de Julio, yo había programado actividades para realizar con su hijo, sin embargo, la demandada se lo llevó a Chíncha no realizando sus visitas, por lo que fue a la comisaría a dejar constancia del incumplimiento del acta de conciliación extrajudicial². -----

4.2) Sobre el auto admisorio de demanda: mediante resolución número dos de fecha seis de enero de 2023 se admite a trámite la demanda de variación de tenencia a tenencia compartida. --

4.3) Sobre el escrito de contestación de demanda de la demandada: mediante escrito de fecha dos de febrero del dos mil veintitrés [REDACTED] contesta la demanda señalando, entre otros, que es cierto que con el demandante han procreado a su menor hijo. Que, es falso que haya ejercido violencia contra el demandante, pues la causa para el abandono del demandante es porque éste quería que se fueran a vivir a una casa en Ventanilla, pero con su madre y sus dos hermanas, a la que ella no aceptó porque ella quería vivir solo los tres como familia y como no lo aceptó, optó por retirarse del hogar. Que, nunca le pidió dinero al demandante bajo condición de visitar a su menor hijo, lo que no implica que se desatienda de sus responsabilidades ante el menor. Que, no es cierto que no haya querido acudir a la conciliación que promoviera el demandante, sino que ya existía para ello un acuerdo ante el centro de conciliación particular. Que, es cierto que se arribó al acuerdo conciliatorio el 8 de diciembre del 2016 donde suscribieron el Acta de Conciliación N° 031-2016-CC/LUDES. Que, nunca lo denunció por hostigamiento, sino que fue denunciado por violencia psicológica, ya que en ese tiempo aproximadamente a fines del año 2017 lo denunció porque le enviaba mensajes a su celular insultándole con palabras denigrantes hacia su persona y su familia, denuncia que se archivó en su momento porque no continuó con el proceso de investigación. Que, es falso que

² De fecha 12/12/2022 subsanada mediante escrito de fecha 30/12/2022.



alejó al menor de su padre de manera arbitraria (en el tiempo del aislamiento social debido a la pandemia), sino que, dada las condiciones y la pandemia declarada, su hijo no podía romper su entorno social por el miedo de contagiarse, en ese tiempo eran las recomendaciones de los especialistas, sin embargo, permitió que su hijo se comunice con su padre de manera virtual por una videollamada o llamada telefónica, por lo que nunca rompió el vínculo con el padre, como también permitió que pueda visitarlo con las medidas de bioseguridad, ya que él no vivía con ellos y no podía poner en riesgo a su familia. Que, es cierto que acordaron un nuevo régimen de visitas de manera verbal donde el menor pasaba una semana con su papá y la otra semana con mamá la cual se llevó a cabo hasta el 31 de diciembre del 2021, fecha en que el padre incumplió con dicho acuerdo verbal, pues debía regresarlo a casa el 1 de enero 2022 al medio día, sin embargo, lo devolvió recién a las seis de la tarde de dicho día, por lo que el acuerdo terminó. -----

4.4) Sobre la sentencia de primera instancia: mediante resolución diecinueve de fecha seis de noviembre del año dos mil veintitrés, emitida por el 3° Juzgado de Familia de Ventanilla y Mi Perú, se resolvió: *PRIMERO: DECLARANDO FUNDADA la demanda de folios 38 a 46, subsanada a folios 60 presentado por ANTONIO DIESTRA AGUILAR, en contra de [REDACTED] sobre VARIACIÓN DE TENENCIA de su menor hijo [REDACTED] (de 08 años de edad). SEGUNDO: ORDENO que, a partir de la fecha, LA TENENCIA Y CUSTODIA del menor [REDACTED] será COMPARTIDA ejercida por AMBOS PROGENITORES el demandante [REDACTED] y la demandada [REDACTED] (...).* -----

4.5) Sobre el procedimiento en segunda instancia: con resolución N°20³, el juzgado de primera instancia, declara conceder apelación contra la sentencia, siendo que por **resolución N°21⁴**, la Sala Civil Permanente de este distrito judicial dispuso, entre otros: “*VISTA FISCAL para su dictamen*”; **a través del dictamen N° 40-2024⁵**, la Fiscalía Superior de Familia del Distrito Fiscal de Lima Noroeste opinó: *Se declare NULA la Sentencia contenida en la Resolución N° 19 fecha de 06 de noviembre del 2023 que obra de fs. 267/282 mediante la cual se declaró fundada la demanda interpuesta por [REDACTED] en contra de [REDACTED] sobre variación de tenencia; y, consecuentemente la Juez de la causa, deberá emitir una nueva Resolución teniendo presente los argumentos vertidos en el presente dictamen y teniendo en consideración el debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales*”; acto seguido mediante **resolución N°22⁶**, se dispuso, entre otros: **DESIGNAR EL DÍA 23 DE ABRIL DEL 2024 A HORAS 09.00 DE LA MAÑANA**, para la Vista de la Causa. Concluida la misma, se llevó a cabo el acto de deliberación, emitiéndose sentencia de vista. ----

³ De fecha 13/11/2023.

⁴ De fecha 20/12/2023.

⁵ De fecha 20/3/2024 según cargo de ingreso al sistema integrado judicial - SIJ.

⁶ De fecha 27/3/2024.



V.- CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- Que, sobre los límites del pronunciamiento frente al recurso de apelación: El artículo 364° del Código Procesal Civil establece que el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. Por otro lado, cabe señalar que este recurso contiene intrínsecamente el de nulidad, conforme a lo establecido en el art. 382° del Código Procesal Civil⁷, por lo que corresponde al colegiado revisar los actuados y la sentencia materia de grado, por cuanto ello es presupuesto necesario para la validez del proceso, en tanto que las resoluciones judiciales deben sustentarse en el mérito del proceso y de la ley. De conformidad con el artículo 370°, párrafo *in fine* del Código Procesal Civil, que –recoge, en parte, el principio contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, en la apelación, la competencia del superior sólo alcanza a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponde a este órgano jurisdiccional, revisor circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada. Asimismo, conforme al principio descrito, el órgano revisor se pronuncia respecto a los agravios contenidos en el escrito de su propósito, ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda instancia (según el caso). -----

SEGUNDO.- Que, sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a través de este derecho, se permite que toda persona sea parte en un proceso para promover la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas. Este derecho se reconoce tanto a personas físicas o naturales como a personas jurídicas o colectivas, el mismo que no se agota en la garantía del acceso a la justicia, sino que faculta obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas, el que solo podrá ser eludido cuando tales pretensiones resulten inadmisibles o improcedentes, de acuerdo con las normas legales. En relación al tratamiento de este derecho, el Tribunal Constitucional⁸ ha señalado: "(...) *La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos*

⁷ Artículo 382.- Apelación y nulidad [...] "El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada."

⁸ Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, en el Proceso de Amparo Número 763-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico Sexto (Sitio web: <http://www.tc.gob.pe/tc/causas/consulta>, búsqueda en el portal institucional del Tribunal Constitucional).



establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia". -- En dicha línea, se puede concluir, acorde con lo expuesto por la doctrina especializada⁹, que: "(...) La tutela judicial efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia. Este derecho puede quedar satisfecho con la declaración de inadmisibilidad o improcedencia de la pretensión, siempre y cuando, se produzca ese rechazo a través de una resolución razonada y fundada en derecho. Se conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el justiciable no obtiene una decisión sobre el fondo del asunto, siempre que se hayan empleado las vías procesales adecuadas, lo cual sin embargo no podría llevar a hablar de indefensión, cuando el recurrente ha tenido abiertas todas las instancias y recursos para hacer valer sus derechos (...)" -----

TERCERO.- Que, sobre la motivación de las resoluciones judiciales: el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º03226-2019-PHC/TC/LIMA- caso de Odilia Huamán Quispe, en el fundamento 2º señaló que: “Este Tribunal ha dejado establecido, a través de su jurisprudencia (Sentencia 01480-2006-PA/TC), que el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.”; asimismo en el fundamento 3º indico que: “(...) donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”. También, la motivación no debe ser extensa, sino que debe tener una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presente el supuesto de **motivación por remisión**¹⁰ (sic). Finalmente, la motivación aparente **puede ser corregida o integrada**¹¹ y no necesariamente genera la nulidad de la resolución recurrida. -----

⁹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella: "Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis Artículo por Artículo". Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2008. Pág. 28.

¹⁰ El Tribunal Constitucional en el **EXP N°08562-2013-PHC/TC** procedente de LA LIBERTAD en el caso de JACK WILFREDO CASTILLO CASTILLO, ha dicho en el fundamento 2.3.3: *Al respecto, se debe indicar que este Tribunal refiere en su jurisprudencia que: "La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, 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 remisión**. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado (...)" [véase, entre otras, la sentencia recaída en el Expediente N°1230-2002-HC/TC, fundamento 11].*

¹¹ **El Acuerdo Plenario N° – 2011** – Motivación escrita de las resoluciones judicial – del día 6 de diciembre del 2011, Fundamento: 11 tercer párrafo: **"La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión"**



CUARTO.- Que, sobre el proceso de tenencia: En principio, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico reconoce como uno de los atributos de la patria potestad de los padres respecto de sus hijos, la tenencia y cuidado de ellos¹², por lo que además de encontrarse positivizado en la legislación, es un derecho natural inherente de los padres sobre sus menores hijos. Aquello implica que los padres no requieren de declaración judicial alguna para cuidar a sus hijos menores en una situación normal. De esto surge que la declaración judicial de TENENCIA y CUSTODIA, regulado en la ley de la materia, supone una situación de conflicto, como sería la separación de hecho de ellos, por lo que el Juez es quién debe dirimir lo pertinente¹³, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente¹⁴. La tenencia, según lo ha definido la doctrina especializada¹⁵ es *“sinónimo de estar junto, tener al hijo a su lado, es una forma de convivencia inmediata de padre/hijo. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor de cuidar al hijo así como, recíprocamente, el derecho del hijo de vivir con el padre que mejor condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral”* (agregado nuestro). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República¹⁶ ha precisado que: *“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 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 aquel, entorpece su crecimiento y puede suprimirse los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia”*. -----

impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancias acaecidas.”(sic).

¹² **Código de los Niños y Adolescentes.- Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.-** Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: “(...) e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; (...)”.

¹³ **Código de los Niños y Adolescentes.- Artículo 81.- Tenencia.-** “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. 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” (**según Ley Nº 29269, publicada el 17 de octubre de 2008, vigente a la fecha de emisión de la sentencia apelada**).

¹⁴ **Código de los Niños y Adolescentes.- Título Preliminar.- Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-** “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, 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.”

¹⁵ Varsi Rospigliosi, Enrique: "Tratado de Derecho de Familia", tomo III. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2012, pág. 304.

¹⁶ **Casación N° 1769-2015-La Libertad.**



QUINTO.- Que, en el caso sub iudice, respecto al agravio contenido en el numeral 3.1

sobre el agravio de los ítems segundo y tercero del recurso de apelación, la demandada **SOSTIENE**, en resumen, que: *La sentencia impugnada incurre en una flagrante violación del derecho fundamental y constitucional al debido proceso en su vertiente de falta o carencia de motivación por cuanto la sentencia no ha contemplado los elementos probatorios, no sólo en forma individual, sino también en forma conjunta, no otorgándosele el real valor a todos los medios probatorios actuados en sede judicial, no habiéndose dado una real connotación al principio del interés superior del niño, así no se ha compulsado la propia declaración de su hijo [REDACTED], si bien ha sido apenas referido en la sentencia impugnada, empero, ha sido únicamente como sustento de que el niño presuntamente habría sido manipulado por la madre (demandada) y por la familia materna, quienes le habrían señalado que ante las preguntas que se le realice en la audiencia tendría que responder en un determinado sentido, lo que es absolutamente falso, no tomándose en consideración el contexto real e integral de tal declaración y que se trata de un niño de apenas 7 años. Reconoce la apelante que era preciso y primordial -dada su naturaleza- preparar al niño para la audiencia en cuanto del porqué de la audiencia, qué es una audiencia judicial, quiénes iban a estar presente y cómo se desarrollaría la misma, sin que ello implique necesariamente una manipulación o influencia sobre lo que deba declarar. Tampoco se ha tomado en cuenta lo que el menor refirió en audiencia ante las preguntas del fiscal, como es que quiere vivir con su mamá y que su papá lo recoja, entre otros, todo lo cual denota claramente que no procede una tenencia compartida. **La Sala considera, en principio,** en atención a los fundamentos que sustentan el recurso de impugnación propuesto por la parte demandante, así como también de la revisión de lo actuado, que mediante la sentencia impugnada se declaró fundada la demanda de variación de tenencia incoada por el accionante y se dispuso la tenencia y custodia compartida entre los padres en vista de que la señora juez de la causa consideró que resulta amparable tal pretensión contenida en su acto postulatorio tras la valoración que efectuó sobre el caudal probatorio aportado a los presentes, sobre todo consideró la evaluación psicológica practicada al menor [REDACTED] (8) en la que se concluyó que el menor, en relación a la figura del padre, no lo incluye en su esquema familiar, el menor rechaza a la figura paterna por su conducta, señalando que existe indicador que posiblemente haya interferencia parental lo que refiere la señora juez ha sido ratificado por psicóloga Giovanna Rosalin Batlardo Mijichich en audiencia, por lo que teniendo en consideración que el rol del padre en la vida del menor es primordial y fundamental al igual que el de la madre, debe procederse a la tenencia compartida (considerandos 7.2.8 y 7.2.9 de la sentencia impugnada). Que, a su turno, la apelante refiere que la interferencia parental es absolutamente falso, no tomándose en consideración el contexto real e integral de la declaración del menor, que se trata de un niño de apenas 7 años y que si bien se preparó al niño para la audiencia con fines de que sepa de qué se trata, quiénes iban a estar*



presente y cómo se desarrollaría la misma, empero, no es una manipulación o influencia sobre el menor, tanto más que refiere que no se ha tomado en cuenta lo que el menor refirió en audiencia ante las preguntas del fiscal, como es que quiere vivir con su mamá y que su papá lo recoja, entre otros, todo lo cual denota claramente que no procede una tenencia compartida. Al respecto, efectivamente, de la revisión del informe psicológico que se tiene de autos ingresado con fecha 2-5-2023 se tiene que en ella la perito sostiene que: “*La figura del padre no lo incluye en su esquema de familia, y lo percibe malhumorado, irritable, siendo crítico y desconfía sobre el actuar del padre, rechazando la relación con el padre*” (véase quinta conclusión), lo que denota que existe cierto rechazo del menor hacia el padre, si bien es cierto que la misma evaluación psicológica sostiene que existe indicador que posiblemente haya interferencia parental -lo que se habría evidenciado inclusive en audiencia como sostiene la señora juez al señalar el menor: “por si acaso me han dicho que si me preguntan, a mí me encanta vivir con mi mamá y que mi papá me visite”-, empero, no existe medio probatorio que pueda señalar o garantizar que la tenencia compartida resuelta por la señora juez no vaya generar algún problema emocional en el menor estando al rechazo que éste estaría evidenciando contra su padre. La perito psicóloga en la audiencia de fecha 19-6-2023 si bien ha ratificado dicha información, empero, no se le ha consultado si el cambio de régimen de tenencia y visitas, teniendo en cuenta que el menor expresa rechazo por el padre, podría generar algún problema en el menor. En ese sentido, **si bien se puede evidenciar la interferencia parental como bien se ha sostenido en la sentencia, empero, ello no puede soslayar las otras conclusiones del informe psicológico practicado al menor** (ratificado en audiencia por la perito psicóloga) como es que “*la figura del padre no lo incluye en su esquema de familia, y lo percibe malhumorado, irritable, siendo crítico y desconfía sobre el actuar del padre*” y en cuanto “*el menor rechaza a la figura paterna por su conducta*”, respecto del cual no ha habido pronunciamiento por parte de la señora juez en la sentencia materia de impugnación. Por tanto, siendo que la decisión de la señora juez no se ha pronunciado respecto de la relación del menor con el accionante dado el informe psicológico del menor así como de la propia declaración del menor en audiencia, aunado a que no se ha desarrollado en la sentencia los efectos que la tenencia compartida podría generar en el menor dado el contexto familiar que se advierte en el presente caso, consideramos que la sentencia impugnada no contiene una debida motivación debiéndose anular la misma a efectos que se emita nuevo pronunciamiento, debiéndose conocer las incidencias emocionales que generaría tal decisión en el menor siendo que para ello la señora juez se encuentra facultada por ley para actuar lo pertinente. En ese orden de ideas el agravio postulado por la apelante es de recibo. -----

SEXTO.- Que, en el caso sub judice, respecto al agravio contenido en el numeral 3.2 sobre el agravio del ítem cuarto del recurso de apelación, la demandada **SOSTIENE**, en resumen, que: *No se ha compulsado en su real dimensión el informe psicológico realizado al demandante, por lo que no se dan las condiciones para una tenencia compartida a favor del demandante, toda*



vez que no existe ese apego de padre a hijo, por tanto, la tenencia compartida resulta atentatorio contra la salud emocional, espiritual y hasta físico del niño e imponerlo a ello es someterlo a un daño irreparable. **La Sala considera** que la señora juez **tampoco ha valorado el citado informe psicológico practicado al demandante**, ya que en ella -como la misma señora juez lo citara en sentencia- se señala, entre otros: “El evaluado cuenta con rasgos de personalidad extrovertido, de carácter enérgico e impetuoso, con gran confianza y elevado autoestima, logrando metas y objetivos, buscando reconocimiento, pero es egocéntrico, con poca capacidad de empatía, tendiente actuar de manera hostil y crítico frente a ideas no familiares estando a la defensiva, con poca capacidad para afrontar las circunstancias, tendiente a evitarlo. Estado de ánimo indiferente, poco expresivo, emocionalmente dependiente. Con respecto a su dinámica familiar, hay poca identificación con su familia actual, con escasa pertenencia” (segunda y tercera conclusión: agregado nuestro), extremos que no han sido valorados tampoco por la señora juez en la sentencia materia de apelación. En ese sentido, advertimos nuevamente que la señora juez ha resuelto la litis sin la valoración conjunta de todos los medios probatorios actuados en el proceso, máxime si se trata de una decisión que va a afectar los intereses de un menor de edad, quien es de especial protección por parte del Estado. Así, el agravio es fundado. -----

SÉTIMO.- Que, en el caso sub iudice, respecto al agravio contenido en el numeral 3.3

sobre el agravio del ítem quinto del recurso de apelación, la demandada **SOSTIENE**, en resumen, que: *No se ha compulsado debidamente el informe psicológico realizado al menor, cuando sostiene, entre otros, que la figura del padre no lo incluye en su esquema de familia, y lo percibe malhumorado, irritable, siendo crítico y desconfía sobre el actuar del padre, rechazando la relación con el padre, por lo cual no resulta viable una tenencia compartida, disponer lo contrario es llevar a un peligro emocional del niño, toda vez que no está preparado para tal tenencia compartida, habiendo vivido toda su vida al lado de la demandada, su madre, no puede venirse de buenas a primera a disponerse una tenencia compartida, pues para ello es necesario y fundamental preparar el camino para un correcto acogimiento y, que además tal ruta tiene que ser progresiva y paulatina, de debida adaptación de padre hijo, sembrando las condiciones para que se dé ese apego paulatino, lo cual no se gana de la noche a la mañana y, es así que el padre, el demandante tiene que necesariamente ganárselo a puño limpio, entendido ello como un claro esfuerzo, con trabajo, con cariño, con amor, con acercamiento.*

La Sala advierte que dicho agravio ya ha sido absuelto en el quinto considerando de la presente resolución en la medida que se ha concluido que la señora juez no ha valorado de manera adecuada el íntegro de dicho informe psicológico, deviniendo la sentencia en nula. En ese sentido, lo sostenido por la recurrente es, en parte, de recibo. -----

En suma, siendo que la sentencia no ha sido expedida con arreglo a ley, no existiendo una debida motivación en la sentencia recurrida, la sentencia debe ser anulada. -----

En consecuencia, en atención a los argumentos de la Sala Civil Permanente, por unanimidad:



VI.- SE RESUELVE:

6.1) DECLARAR FUNDADO en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

6.2) DECLARA LA NULIDAD de la **sentencia** contenida en la resolución número DIECINUEVE de fecha seis de noviembre del año dos mil veintitrés que resolvió: *PRIMERO: DECLARANDO FUNDADA la demanda de folios 38 a 46, subsanada a folios 60 presentado por [REDACTED], en contra de [REDACTED] sobre VARIACIÓN DE TENENCIA de su menor hijo [REDACTED] (de 08 años de edad). SEGUNDO: ORDENO que, a partir de la fecha, LA TENENCIA Y CUSTODIA del menor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] será COMPARTIDA ejercida por AMBOS PROGENITORES el demandante [REDACTED] y la demandada [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (...), debiéndose emitir nuevo pronunciamiento de conformidad con los argumentos de la parte considerativa. -----*

6.3) NOTIFÍQUESE en la forma y modo de ley a los sujetos procesales. -----

6.4) DEVUÉLVASE al Juzgado de origen, en el término que corresponda. -----

Ss.

HURTADO POMA

LLANOS LAURENTE

PAJUELO CABANILLAS

(Presidente y ponente)