

La demandada [REDACTED] interpuso recurso de apelación² contra la sentencia solicitando que la misma sea revocada o se declare la nulidad de la misma en atención a los siguientes fundamentos:

1. Señala que la sentencia emitida vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues si bien invoca normas nacionales y de carácter internacional y además señala las conclusiones de los informes psicológicos y sociales, no analiza el contenido de los informes para arribar a la decisión emitida.
2. Indica que no se ha tomado en consideración que el término de la convivencia tuvo como origen la violencia ejercida por el demandante además del actuar doloso al arrebatarle a sus menores hijos sin su consentimiento, para luego haber influido negativamente en ellos e impedirle mantener contacto con los menores durante meses; sin haberse valorado que existen medidas de protección vigentes a su favor y en contra del demandante, por lo que no considera la existencia de criterios que establezcan la dación de una tenencia compartida al demandante como si se estuviera premiando por su errada conducta.
3. La resolución emitida no ha valorado el informe técnico pericial de psicología forense de parte practicado a la adolescente, donde se advierte la existencia de síndrome de alienación parental, verificándose además que la menor está siendo manipulada por su padre.
4. Señala que no se han valorado correctamente los informes psicológicos y sociales practicados a su persona, donde se resaltan que no existe limitación para que ella pueda ejercer la tenencia exclusiva de sus hijos, además de la recomendación de que el hijo menor reciba una atención personalizada.
5. Precisa que no se ha tomado en consideración el perfil psicológico del demandante, ni los medios probatorios extemporáneos ofrecidos, tales como el informe social del Colegio de trabajadores sociales del Perú, menos aún se ha meritado la enfermedad de alcoholismo del padre de los menores y que además existe grave irresponsabilidad respecto al cuidado de sus hijos al no haberlos llevado a recibir sus vacunas contra el COVID-19 , además de haber impedido la continuación de las clases de inglés de su hija y las bajas notas en sus calificaciones.
6. Alega que no se ha emitido pronunciamiento alguno respecto a la condición de salud del menor [REDACTED], quien ha sido diagnosticado con trastorno del espectro autista.

TERCERO: PROBLEMA LÓGICO JURÍDICO A DEBATIR

² Obra de fojas 1263 a 1291, recurso impugnatorio.

De acuerdo a los agravios expuestos por la parte apelante; en el presente caso el problema jurídico se circunscribe a determinar si al emitir la decisión que declara fundada en parte la demanda de tenencia y custodia respecto los menores [REDACTED] (13) y [REDACTED] (4) se ha efectuado una valoración conjunta y razonada de las pruebas admitidas y actuadas en el presente proceso; o si por el contrario corresponde revocar la sentencia, declarando la tenencia exclusiva para la apelante, o alternativamente, corresponde declarar la nulidad de la misma.

CUARTO: FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPERIOR.

1. Marco normativo.

Que, con la finalidad de dar una respuesta al problema jurídico delimitado, corresponde citar el marco normativo que servirá de sustento, con la finalidad de emitir una decisión adecuada.

1.1. Sobre la tenencia.

El acápite 1 del **artículo 8°** de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña establece: “**Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias lícitas.** (...)”, concordante con ello el acápite 3 del artículo 9° del mismo texto legal señala que: “**Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño**”.

Con fecha 26 de octubre de 2022 se publicó en el diario oficial la Ley N° 31590, Ley que regula la Tenencia Compartida y que modificó los artículos 81°, 82°, 83° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes; la primera y última de las normas antes mencionadas, prevén expresamente:

“Artículo 81. Tenencia compartida

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.

Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

(...)

Artículo 84. Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida

En caso de disponer la tenencia compartida, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;*
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;*
- c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;*
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;*
- e. Las vacaciones del hijo y progenitores;*
- f. Las fechas importantes en la vida del menor; y*
- g. La edad y opinión del hijo.*

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el Juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.

La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo”.

Debe resaltarse también que en todos los procesos judiciales en los que se ventilen derechos o intereses de niños o adolescentes, se ha de tener en cuenta la opinión del o la menor, conforme dispone el artículo 85° del Código de los Niños y Adolescentes, que establece: “(...) el Juez Especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente (...)”. Este mandato normativo ha sido aclarado a nivel jurisprudencial en el sentido que, si bien el juez está obligado a escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, ello no implica que se encuentre limitado a fallar según lo que considere el menor, ya que se debe atender al interés superior del niño, el que no necesariamente va a concordar a cabalidad con la opinión aludida³.

La determinación de lo que resulte más favorable al niño o adolescente se sustenta en el conocido Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente, contemplado en el artículo IX del Título Preliminar de nuestro Código de Niños y Adolescentes, este principio inspira tanto la interpretación normativa, como la actividad procesal y decisión judicial; y, también tiene relación con el principio reconocido en el Artículo X del mismo cuerpo normativo referido a abordar los casos o procesos en que se ventilen derechos de menores, como problemas humanos.

1.2. El Principio del Interés Superior del Niño

La determinación de lo que resulte más favorable al niño o adolescente se sustenta en el conocido principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, consignado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y

³ Cas. N°856-2000-Apurímac, El Peruano, 30.11.2000, p. 6449.

Adolescentes, siendo el precedente inmediato de esta norma nacional está dado en la Convención sobre los Derechos del Niño⁴.

Basándose en ello, en todo proceso judicial en el que se encuentra involucrado un menor de edad, debe tenerse presente principalmente este principio que inspira tanto la interpretación normativa, como la actividad procesal y decisión judicial, y sumar a él, el principio reconocido en el Artículo X del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, sobre el proceso como problema humano⁵.

El deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente⁶.

En esa misma línea el Tribunal Constitucional señaló que, el principio del interés superior del niño comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes que necesitan especial cuidado y tienen prelación de sus intereses frente al Estado (Sentencia 4058 2012-PA/TC).

1.3. La valoración de la prueba.

El artículo 197° del Código Procesal Civil, prescribe 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”*.

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. ONU, 1989. Artículo 3:

“1. En todas las medidas concientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

⁵ Es así que el código de niños y adolescentes refiere que “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos” (Artículo X del Título Preliminar).

⁶ Fundamento 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC – LIMA - L.J.T.A. e I.M.T.A

Por apreciación o valoración de la prueba se entiende el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medio probatorio explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa.

El principio de la unidad de la prueba regula la norma. Este principio señala que la prueba se aprecia en su conjunto, pues la certeza no se obtiene con una evaluación aislada y fragmentaria, tomadas una por una, sino aprehendido en su totalidad. Las pruebas que individualmente estudiadas pudiesen aparecer como débiles o imprecisas pueden complementarse entre sí, de tal modo que unidas lleven al ánimo del juez, la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos discutidos en la Litis⁷.

2. Análisis del Jurídico - fáctico.

Delimitado el marco normativo aplicable en el presente caso, corresponde ahora dar una respuesta adecuada al problema jurídico.

2.1. En la sentencia materia de apelación el juez del proceso declara fundada en parte la demanda considerando entre otros: “(...) **VIGESIMO SEGUNDO:** *Evaluadas las pruebas aportadas al proceso, se tiene: que con la partida de nacimiento obrante en autos se evidencia que los menores [REDACTED] y [REDACTED] son hijos de los accionantes [REDACTED] y [REDACTED], ejerciendo el progenitor actualmente la custodia de los menores; que mediante Audiencia única se admitió y actuó los medios probatorios ofrecidos por la demandante y se dispuso la actuación de medios probatorios de oficio como son las evaluaciones psicológicas y visitas sociales a las partes y a los menores.* **VIGESIMO SEGUNDO:** *Evaluadas las pruebas aportadas al proceso, se tiene: que con la partida de nacimiento obrante en autos se evidencia que los menores [REDACTED] y [REDACTED] son hijos de los accionantes [REDACTED] y [REDACTED], ejerciendo el progenitor actualmente la custodia de los menores; que mediante Audiencia única se admitió y actuó los medios probatorios ofrecidos por la demandante y se dispuso la actuación de medios probatorios de oficio como son las evaluaciones psicológicas y visitas sociales a las partes y a los menores. Siendo así, obra en autos respecto a [REDACTED]: 1) INFORME SOCIAL N°418-2022-JEFI-DSM; INFORME PSICOLÓGICO N°87-2022-CSJIC-EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO/PS/TDP. (...) Obra en autos respecto a [REDACTED]: INFORME SOCIAL N°419-2022-JEFI-DS; INFORME PSICOLOGICO N°391-2022-CSJICA-EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO/PS. (...) Respecto a la menor [REDACTED] se tiene: INFORME PSICOLOGICO- N°392-2022-CDJICA-EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO/PE. (...) En relación al menor [REDACTED] se tiene: INFORME PSICOLOGICO- N°392-2022-CDJICA-EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO/PS. (...) Asimismo, se advierte que la demandante presenta observaciones en relación a los Informes Psicológicos realizados a los menores, por cuanto requiere apreciación profesional si existe o no alienación parental, absolviendo el Equipo multidisciplinario señalando que no se denotó interferencia parental por la figura paterna. (...) **VIGESIMO CUARTO:** *De lo anteriormente expuesto, así como de las conclusiones**

⁷ Código Procesal Civil comentado; por Marianella Ledesma Narváez; Edición 2008; Tomo I; pág. 723.

arribadas tanto en el informe psicológico emitido por el del Equipo Multidisciplinario de esta Corte de Justicia, así como del relato de la adolescente al momento de realizarse su informe señala que se encuentra en custodia de su progenitor y que denota una relación distante con su madre. (...) 24.2. Siendo así se tiene que tener en cuenta que los menores desde su nacimiento se encontraban viviendo con sus progenitores y por lo tanto su progenitor al querer separarlos de ella no resultaría conveniente para el desarrollo emocional de los mismos, en especial el menor [REDACTED], advirtiendo la corta edad del mismo (...)”.

2.2. Ahora bien, de la lectura de la sentencia materia de apelación se desprende que el Aquo ha declarado fundada en parte la demanda de tenencia presentada por las partes, advirtiéndose que para tal decisión ha valorado las apreciaciones de los informes psicológicos y sociales que emitieron los profesionales del equipo Multidisciplinario, la opinión de la adolescente Fernanda Gabriela al interior del proceso, y demás medios de prueba que han sido admitidos y actuados en el decurso del proceso; y si bien del análisis del caso se han advertido algunas omisiones que contravienen el principio constitucional al debido proceso (adecuada motivación); pues no se habría emitido pronunciamiento respecto a medios probatorios que fueran ofrecidos por las partes (*Consistentes en: i) Solicitud de admisión como medio de prueba de la resolución de vista N° 06 emitida al interior del expediente N° 549-2022-65-1041-JR-FT-01 sobre violencia familiar; ii) Medios de prueba extemporáneos admitidos mediante resolución N° 52 de fecha 14 de abril del 2023; iii) valoración de los informes técnicos periciales de psicología forense de parte; entre otros*). Sin embargo, por la naturaleza del proceso, tomando en cuenta los principios contenidos en los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, este Tribunal considera que tal omisión puede subsanarse, pues se cuenta con todos los elementos indispensables para completar cualquier extremo que no haya sido abordado, los cuales se evaluarán en conjunto con los demás medios probatorios admitidos y actuados de ambas partes que obran en el proceso.

2.3. Estando a lo señalado y tomando en consideración los agravios invocados por la apelante y que se encuentran resumidos en el ítem II, de la presente resolución, corresponderá verificar en esta instancia si la decisión de declarar fundada en parte la demanda y otorgar una tenencia compartida a favor de las partes procesales, es adecuada y acorde con las necesidades y circunstancias propias del entorno familiar y social de los menores [REDACTED] y [REDACTED] (actualmente de 13 y 04 años), teniendo en cuenta su interés superior, efectuando una reevaluación de los medios de prueba obrantes en autos.

Bajo ese contexto, se tiene presente que la madre apelante enfatiza en señalar un indebida valoración de los medios probatorios aportados al interior de la presente causa, señalando que la decisión adoptada no ha tomado en consideración que el término de la convivencia tuvo como origen la violencia ejercida por el demandante, además del actuar doloso al arrebatarle a sus menores hijos sin su consentimiento, para luego haber influido negativamente en ellos e impedirle mantener contacto con los menores durante meses; sin haberse valorado que

existen medidas de protección vigentes a su favor y en contra del demandante, considerando que no existen criterios que permitan avalar una tenencia compartida al demandante debido a que las conductas desplegadas lo desmerecen como tal.

Al respecto, no debe perderse de vista que la pretensión que se ha ventilado es la de tenencia y custodia de los menores; partiendo entonces de dicha premisa conviene enfatizar que en efecto, es posible visualizar a través de la revisión del Sistema Integrado Judicial – SIJ, y las copias aportadas al interior de la causa correspondientes al proceso N° 5288-2021-0-1401-JR-FT-01, seguido entre el demandante y la demanda sobre violencia familiar, donde a través de la resolución N° 01 de fecha 17 de diciembre del 2021, se otorgaron medidas de protección a favor de la madre de los menores, medidas que fueron confirmadas mediante resolución de vista N° 06 de fecha 12 de mayo del 2022 y que a la fecha se encuentran vigentes, sin embargo es de consideración resaltar que los hechos de violencia denunciados no fueron en agravio de los menores.

Ahora bien, el agravio invocado por la apelante en este extremo se enfatiza en señalar que la decisión de disponer una tenencia compartida a favor de sus menores hijos resultaría un premio para el demandante pese a las conductas violentas y conflictivas que se han demostrado al interior del proceso; y si bien se advierte conforme a lo precisado en el considerando precedente la existencia de conflictos de índole físico y psicológico entre el demandante y la demandada que podrían generar la imposibilidad de desarrollar la tenencia compartida dictada por el Aquo debido a la poca disposición de los padres en llevarse bien respecto a los asuntos referidos a sus menores hijos. No es menos cierto resaltar que con posterioridad a lo resuelto al interior del incidente sobre régimen de visitas provisional signado en el cuaderno N° 00125-2022-7-1401-JR-FC-0; se vislumbra la evolución de predisposición de las partes para el cumplimiento del mandato contenido en la resolución antes invocada, habiéndose iniciado con el traslado del menor [REDACTED] para las visitas en la sala de encuentro familiar del equipo multidisciplinario, para posteriormente disponerse las visitas con externación de la madre y el menor. Y si bien, no se ha dado estricto cumplimiento aún respecto al régimen de visitas correspondiente a la menor Fernanda Gabriela, ello conforme a las constataciones policiales puestas a conocimiento por parte de la demandada; ello no resulta justificante para descartar la tenencia compartida otorgada mediante sentencia a favor de los demandante puesto que en todas las medidas que se tomen en relación a un menor deben darse teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño, y si bien es cierto, es un término muy amplio y que puede tener cierto grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso.

Así, en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias de los menores, por los motivos que fueran, el juez debe valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse de los informes sociales y psicológicos

del equipo multidisciplinario conforme lo señala el artículo 82° del Código de los Niños y Adolescentes. Siguiendo entonces dicha línea argumentativa y como resultado de una valoración conjunta y razonada de los hechos expuestos y los medios probatorios obrantes en autos, además de las conclusiones arribadas en la evaluación psicológica (fojas 551) a la que el padre se ha sometido y que las mismas le son favorables pues han indicado lo siguiente: “(...) no se evidencia indicadores de psicopatologías mentales que lo incapacite para recibir y valorar la realidad. En base a sus competencias paternas, se es posible denotar preocupación por los menores, cuidado, interés en desarrollo intelectual emocional, tiempo de calidad. (...) emocionalmente se denota niveles moderados de ansiedad y estrés y sentimientos de tristeza. En referencia a la menor se denota una correcta relación con afinidad, confianza, comunicación, tiempo de calidad (...)”. Siendo ello así, el argumento señalado por la apelante en este extremo merece ser desvirtuado pues no se advierte que las conductas denunciadas por la apelante desmerezcan la capacidad del demandante para acceder a la tenencia compartida de los menores.

2.4. Similar circunstancia se advierte respecto a las condiciones y capacidades resaltadas en las conclusiones de los informes psicológicos y sociales practicados a la madre de los menores, de los que se desprende:

Conclusiones Informe Psicológico N° 087-2022-CSJIC.(fojas 534).-

VIII. CONCLUSIONES

- No se evidencian trastornos en la personalidad, ni enfermedades mentales, ni deficiencias cognoscitivas, que la limiten para asumir adecuadamente su rol de madre.
- PERSONALIDAD: Tendencia a la extroversión cuida su imagen manejándose de una manera diplomática, sin embargo en ambientes íntimos tiende a dejarse embargar por sus emociones, reaccionando de manera defensiva frente a lo que considera un agravio.
- Evaluada forma parte de una familia desintegrada,
- La relación con el padre de sus hijos es conflictiva y con nula comunicación.
- Respecto a sus Actitudes maternas evaluada evidencia vinculación afectiva hacia sus hijos, tendencia a presentar un sentido de protección y cuidado brindándoles un espacio seguro, identificación y sensibilidad frente a las necesidades; suele mostrarse exigente, valorando la disciplina y el orden; respecto a su estilo de crianza se encuentra orientado a utilizar la razón y el dialogo.

Recomendaciones del informe social N° 418-2022-JEFI.(fojas 529).-

SE RECOMIENDA Señor Juez, que el pequeño Raúl Sebastián reciba de una atención personalizada, bajo la vigilancia de una persona confiable, lo óptimo sería la madre, pero hay contradicciones que se deben solucionar por las vías correspondientes y ASIMISMO se debe tener en cuenta las expresiones de la menor FERNANDA GABRIELA (11). Cualquier decisión es importante que los progenitores cuenten con un Régimen de visita amplio que permita ayudar a la relación, reflexión madre e hijos.

Conclusiones que si bien permiten inferir que la madre de los menores se encuentra en capacidades de asumir el cuidado de los mismos, resulta relevante señalar que a la fecha se encuentra aún vigente el mandato de medidas de protección otorgado a favor de la menor [REDACTED] al interior del proceso N° 00549-2022-65-1401-JR-FT-01(resolución N° 06 de fecha 03 de junio del 2022) sobre violencia familiar seguido en contra de [REDACTED] –madre-; medidas que si bien no contienen prohibiciones de acercamiento por parte de la demandante, fueron otorgadas en atención a los

factores de riesgo y afectación psicológica que se percibieron en la menor agraviada y que no han sido variadas pese a las resultas del proceso penal que hace alusión la defensa de la apelante.

Partiendo entonces de dicha premisa, si bien las conclusiones arribadas en las pericias practicadas a la señora [REDACTED], no desmerecen su capacidad de acceder a la tenencia de sus menores hijos, la pretensión de una tenencia exclusiva resulta inamparable pues en principio se debe priorizar la disposición de una tenencia compartida que rescate el derecho de los menores a crecer al amparo y bajo responsabilidad de sus padres, y subsecuente a ello, existen medidas de protección vigentes a favor de la menor [REDACTED] que imposibilitan la admisibilidad de la solicitud invocada. Siendo ello así, los medios de prueba actuados dan cuenta que la tenencia compartida es lo más conveniente para los menores pues con ello garantizan sus derechos a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular conforme establece el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.5. Ahora bien, es parte de los fundamentos de apelación invocados por la recurrente el agravio referido a la imposibilidad de acceder a una tenencia compartida por parte del padre de los menores pues existe en autos medio probatorio que acredita la existencia de alienación parental entre Fernanda Gabriela y su progenitor, según los informes técnicos periciales de psicología forense de parte acopiados a fojas 1114 y siguientes de autos. En atención a lo expuesto y contrario a lo señalado por la apelante, se advierte de la revisión del informe psicológico n° 392-2022-CDJICA.EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO/PS, practicado a la menor Fernanda Gabriela Almora Torres con fecha 08 de junio del 2022(fojas 554), las siguientes conclusiones:

VIII. CONCLUSIONES

- *Al momento de la evaluación no se evidencian indicadores de psicopatologías mentales que la incapacite para percibir y valorar la realidad.*
- *En base a su clima familiar, se aprecia interés de protección de todos los miembros denotando un clima con estabilidad emocional, con un ambiente coherente e interactivo para el desarrollo motriz e intelectual de los menores.*
- *Emocionalmente se denota niveles severos de ansiedad, niveles moderados de tristeza.*
- *En referencia a su padre, se denota una correcta relación con afinidad, confianza, comunicación, tiempo de calidad.*
- *En relación a su madre, se denota una relación distante, con poca afinidad, poca estabilidad emocional, sin tiempo de calidad.*
- *Se requiere proceso terapéutico en base a los niveles emocionales encontrados en la menor.*

Posteriormente, a través del informe N° 0196-2023-CSJICA-Equipo Multidisciplinario, el psicólogo absuelve las observaciones formuladas del informe psicológico N° 392-2022 y n° 660-2022 respecto a la existencia de alienación parental; señalando que:

No se denotó interferencia parental por parte de su figura paterna, ya que no se apreció en la menor un lenguaje aprendido, si no sentimientos y emociones descritos hacia a la madre como consecuencia de las posibles eventualidades vivenciadas, manifestadas en su narración en donde refiere que, **“Ella es química, y que labora en Inka Farma, con quien actualmente tiene una mala relación, ya que siempre ha renegado mucho con ella y su hermano, llegando a los golpes, gritos e insultos, incluso con su hermano cuando era muy bebé, (se denota un gran cambio fisiológico al tocar este tema), comenta que de ella no tiene nada que rescatar o que le guste, deseando que cambiara, que deje de ser bipolar, que deje de ser tan celosa con su padre (comenta que hasta lo ha golpeado), que no la golpee, que se preocupe y cuide a su hermano, que pueda comprenderla, que no la juzgue ni la ofenda. Indica que hace casi 6 meses que no la ve, ni que la va a ver ni la llama, solo una vez fue a su colegio, pero al verla lo único**

Así pues y conforme a lo también invocado por el Aquo, si bien la apelante presentó observaciones en relación a los informes psicológicos realizados a los menores, cuestionando con mayor énfasis las conclusiones arribadas respecto al perfil de la menor [REDACTED], adjuntando para ello informes técnicos periciales de psicología forense de parte (ver fojas 1114 y siguientes), los mismos fueron absueltos por el equipo multidisciplinario señalándose que al momento de practicarse la pericia a la menor, no se denotó interferencia parental por la figura paterna. Siendo ello así, el argumento invocado por la apelante en este extremo merece ser desvirtuado en atención a lo expuesto.

En contraposición a lo anterior, este Tribunal advierte que si existen elementos de prueba objetivos y relevantes que permiten concluir que no resulta conducente amparar la pretensión de tenencia exclusiva solicitada por la demandante respecto a la menor [REDACTED], quien ha sido escucha por el Juez del proceso en la continuación de audiencia única de fecha 11 de agosto del 2022 (fojas 583 y siguientes); donde se resalta su deseo de continuar viviendo con su padre demandante y no con su madre, lo que tiene relación con los relatos que en cada oportunidad ha brindado ante los profesionales del equipo Multidisciplinario que la han evaluado (psicólogo y asistente social) con motivo de este proceso. Lo que permite inferir que existe una relación de mayor cariño y apego hacia su padre, por lo que no resultaría prudente dadas las circunstancias particulares del caso y la edad de la menor (pre adolescencia), otorgar la tenencia exclusiva a la madre en atención a todo lo anteriormente expuesto, máxime la decisión de disponer la tenencia compartida coadyuvará al reforzamiento de los lazos fraternos con ambos padres pues es necesario rescatar la relación de confianza y afecto que tuvo la menor con su madre durante los primeros años de vida y que fueran resquebrajándose conforme a las circunstancias vividas; ello se concluye cuando al ser interrogada por el Aquo señaló:

(...) “Para que diga tú quieres a tu mamá. Dijo que: si, pero digamos que le falta cambiar mucho no,

El señor juez en este acto le vuelve a preguntar a la menor si la quiere a su mamá

Menor responde: No....

Juez le pregunta no quieres verla a tu mamá

Menor responde: Bueno no no como se llama ahorita le tengo miedo a mi mamá.

Para que diga porque le tienes miedo a tu mamá

Dijo que, porque tengo miedo que me grite y me pegue (...).”

Lo que permite concluir que la decisión de no amparar el pedido de tenencia exclusiva de la menor [REDACTED] por parte de su progenitora, se encuentra conforme al interés superior de la menor, conforme a ley.

2.6. Merece especial pronunciamiento el agravio referido por la apelante al señalar que la decisión emitida en sentencia no ha tomado en consideración la condición de salud del menor [REDACTED], quien ha sido diagnosticado con trastorno del espectro autista y por el que se ha recomendado según los informes periciales practicados, que el menor reciba una atención personalizada; evidenciándose que según los argumentos invocados la apelante pretende se otorgue al menos la tenencia exclusiva del menor [REDACTED], en atención precisamente al diagnóstico de autismo afirmado y amparando su pretensión en que durante el tiempo que los menores se encuentra a cargo del progenitor, se evidencian descuidos tantos en los aspectos médicos como en su higiene, aseo personal y otros factores, adjuntando para ello documentales obrantes de fojas 1304 y siguientes (fotografías, carnet de atención integral, entre otros).

Al respecto cabe mencionar que según las documentales obrantes en autos de fojas 105, específicamente respecto a la evaluación médica neuropsiquiátrica practicada al menor [REDACTED] con fecha 28 de octubre del 2021, se arriba como diagnóstico: *1.- Retraso del desarrollo psicomotor; 2. Rasgos TEA (trastorno del espectro autista)*, la evaluación fue practicada cuando el menor contaba con 2 años y tres meses de edad y las mismas no resultan categóricas pues solo especifican que el menor tendría **rasgos TEA**. Indicándose como sugerencias efectuadas por el especialista médico, al señalar que el menor debe recibir terapias de lenguaje, sensorial y terapia para padres; además de una reevaluación en 4 meses.

Así pues, obra en autos como medio probatorio admitido mediante resolución n° 52 de fecha 14 de abril del 2023, copia de los recibos por conceptos de terapia de lenguaje y terapia sensorial correspondiente a los meses de febrero y marzo del 2022. Sin embargo no se evidencia en auto la existencia de documentales que permitan inferir con meridiana claridad que el menor haya continuado recibiendo las evaluaciones y terapias correspondientes, pese a la sugerencia de requerir mayores cuidados y atenciones debido a su corta edad.

Partiendo del análisis de lo expuesto se desprende de los medios de prueba acopiados que si bien el menor no ha recibido atenciones personalizadas constantes, no es menos cierto señalar que de los informes periciales practicados no se advierten afectaciones que permitan concluir la imposibilidad de que el demandante también pueda acceder a la tenencia compartida decretada, más aún si se vislumbra que es el padre quien desde la separación conyugal viene asumiendo el cuidado del menor irrogándole atenciones, además de no haberse señalado la existencia de riesgo en contra del menor, véase conclusiones del informe psicosomático practicado al menor (fojas 576). Precizando además que de las sugerencias arribadas por la especialista en el informe social N° 419-2022-

JEFI practicado al demandante se señala: “(...) *lo correcto es, que todo hijo merece una atención personalizada, pero en esta oportunidad se ha verificado por video la permanencia de [REDACTED], alegre, corriendo, junto a su hermana y su progenitor, a un lado su nana(...)*” ver fojas 526.

Ahora bien, este superior Tribunal considera desde el enfoque de los más conveniente para el menor [REDACTED] (4) que debido a la aún corta edad con la que cuenta, sería conducente que el menor compartiera mayor parte del tiempo con su madre, pues podría contar con mayor flexibilidad en sus horarios de trabajo y proferirle mayores atenciones en referencia a las terapias que debe reforzar el menor. Sin embargo de los documentales acopiados por las partes se desprende un marcado apego hacia el padre y más aún se evidencia un fuerte vínculo emocional forjado entre el menor y su hermana [REDACTED] (13), por lo que un cambio radical en la rutina del menor (*que inevitablemente ocurriría de disponerse la tenencia exclusiva del menor a favor de la madre*), no sería favorable para éste, pues resultaría previsible que podría generarle estrés y ansiedad, menos aún, alejarlo de su hermana (*si se diera la figura de otorgar a la madre únicamente la tenencia compartida del hijo menor, más no de la mayor*).

A mayor abundamiento y tomando en consideración que es materia de conflicto la tenencia de dos menores hermanos, corresponde remitirnos al artículo 8° del Código de los Niños y Adolescente, según el cual: “*El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos*”; así como a las “*Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*” de fecha 24 de febrero del 2010, texto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual en su numeral 16 establece que: “*Los hermanos que mantienen los vínculos fraternos en principio no deberían ser separados para confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, a menos que exista riesgo evidente de abuso u otra justificación que responde al interés superior del niño. En cualquier caso habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos e intereses*”.

Siendo ello así, este Superior Colegiado considera que amparar una tenencia exclusiva a [REDACTED] a favor de su menor hijo por las consideraciones expuestas, no sería lo más favorable para el interés superior del niño.

2.7. En referencia a lo invocado por la recurrente al señalar que no se ha tomado en consideración el perfil psicológico del demandante, ni los medios probatorios extemporáneos ofrecidos, tales como el informe social del Colegio de trabajadores sociales del Perú (fojas 865), menos aún se ha meritado la enfermedad de alcoholismo del padre de los menores y que además existe grave irresponsabilidad respecto al cuidado de sus hijos al no haberlos llevado a recibir sus vacunas contra el COVID-19, además de haber impedido la continuación de las clases de inglés de su hija y las bajas notas en sus calificaciones. Cabe señalar al respecto que, conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, la

decisión emitida en la sentencia materia de agravio si ha cumplido con valorar los informes y pericias psicológicas practicadas a las partes, no se advierte la existencia de factores que desmerezcan la capacidad del demandante de acceder a una tenencia compartida a favor de los menores; siendo que respecto a la sindicación de problemas de alcoholismo del demandante y la peligrosidad que ello podría generar frente al cuidado de los menores, no obra en autos medio probatorio que acredite tal afirmación y si bien, se advierte que al interior del presente proceso se admitieron los medios probatorios extemporáneos presentados por la apelante y consistentes en: i) fotografías y videos del efectivo policial que realizó las constataciones respecto a hechos suscitados en el domicilio conyugal, además de otros videos del domicilio con interacción del demandante y terceras personas; ii) video de fecha 05 de abril, iii) boletas de compra, iv) informe de progreso de competencias de la menor, v) declaraciones juradas y otras constancias; este Tribunal aprecia que en el caso concreto, los resultados de las evaluaciones psicológicas efectuadas tanto al padre como a los menores, dan cuenta que la tenencia compartida por el momento resulta lo más conveniente para los menores.

2.8. Atendiendo a las circunstancias particulares del caso, y considerando que de lo expuesto se colige que ambos progenitores se encuentran en capacidad de cuidar y proteger a sus menores hijos, la decisión de otorgar un tenencia compartida a favor de los demandantes es la más favorable y la que mejor garantiza el derecho de los menores [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] en atención a los Principios de Protección Especial e Interés Superior del Niño. Empero a efectos de determinar la moda y forma en la que se desarrollara la tenencia compartida dispuesta, deberá tomarse en consideración los factores correspondientes a la edad del menor [REDACTED] y la mejora progresiva de las relaciones paterno filiales entre la menor [REDACTED] con su madre, además de evitar en lo posible el alejamiento del vínculo arraigado entre los menores hermanos, por lo que la disposición que se emitirá estará sujeta a la terapia psicológica que deberá recibir paralelamente la menor Fernanda Gabriela con la finalidad de ser asistida profesionalmente en el proceso de mejorar la relación con su progenitora; y previa evaluación favorable del equipo multidisciplinario al sexto mes de cumplida la tenencia compartida otorgada, será inversamente variada a favor de la apelante.

Finalmente, no está de más precisar que conforme a lo previsto en el artículo 86° del Código de los Niños y Adolescentes los pronunciamientos en materia de tenencia **no constituyen cosa juzgada**, por lo que pueden ser variados por otro pronunciamiento judicial, por circunstancias debidamente motivadas; más, sin perjuicio de ello este Tribunal considera necesario invocar a ambos padres a que reflexionen respecto a sus actitudes, posiciones e intereses particulares, tomando en cuenta las necesidades de sus hijos, en tal sentido sería conveniente que busquen espacios de diálogo constructivo en un marco de respeto mutuo, orientado a procurar su bienestar, se entiende que si ello se diera, podrían llegar a mejores acuerdos respecto a la tenencia, sin necesidad de intervención de terceros.

2.9. Por ende este colegiado luego de haber realizado un análisis y valoración de los medios de prueba acopiados, considera que la sentencia venida en grado amerita ser confirmada en parte, se asume tal decisión porque es más favorable y la que mejor garantiza el derecho de los menores.

Por las consideraciones expuestas;

1.- Declaramos **INFUNDADO** el recurso de apelación postulado por la demandante [REDACTED] en contra de la sentencia emitida mediante resolución N° 63.

2.- CONFIRMAMOS la **sentencia**, contenida en la **resolución N° 63** de fecha 28 de octubre del 2023, en el extremo que resolvió: Primero: FUNDADA EN PARTE la demanda tenencia presentada por las partes a favor la adolescente [REDACTED] (13) y el niño [REDACTED] (4). Se declare la tenencia compartida para ambos padres solicitada respecto a la adolescente [REDACTED] (13) y el niño [REDACTED] (4),

3.- REVOCAMOS el establecimiento de la TENENCIA COMPARTIDA en los términos fijados en la sentencia apelada de la siguiente forma:

i) De lunes a jueves residirán en el domicilio del padre, mientras que de viernes a domingo permanecerán con la madre, en este último caso, la madre ejercerá la tenencia desde las seis de la tarde del día jueves hasta las seis de la tarde del día domingo, empezando el primer día del mes de enero del 2024.

ii) En vacaciones de medio año, como de fin de año la adolescente [REDACTED] (13) y el niño [REDACTED] (4), deberán compartir la primera mitad de todas las vacaciones escolares con el padre y la otra mitad con la madre

iii) Las fechas sensibles para los menores, como los días de sus cumpleaños, los días de cumpleaños de sus progenitores, el día de la madre y del padre, el progenitor que se encuentre ejerciendo la tenencia, permitirá que el otro progenitor se reúna con los menores por un lapso de 4 horas en el horario que previamente deberán coordinar de forma pacífica.

iv) La navidad a partir del año 2024 será también compartida resaltando que el primer año los menores pasarán navidad con el padre y año nuevo con la madre, alternando cada año.

v) Paralelamente a lo anterior y atendiendo a que la menor [REDACTED] necesita ser preparada para el régimen dispuesto, **SE DISPONE** que tanto los padres como la referido menor, reciban **TERAPIA PSICOLÓGICA** en un Establecimiento de Salud Estatal por el tiempo que estime el profesional pertinente, para los fines señalados en el Considerando 2.6 de la presente.

vi) **DEL SEXTO MES** la tenencia compartida será alternada a favor de la madre **previa evaluación favorable** del informe practicado a la menor Fernanda Gabriela, en los siguientes horarios:

- a) De lunes a jueves residirán en el domicilio de la madre, mientras que de viernes a domingo permanecerán con el padre, en este último caso, el padre ejercerá la tenencia desde las seis de la tarde del día jueves hasta las seis de la tarde del día domingo, empezando el primer día del mes de enero del 2024.
- b) Con las demás precisiones respecto a días sensibles y festivos.

4) SE EXHORTA a ambos padres a: a) que cumplan con hacer colocar las vacunas completas a los menores según programación que correspondan a su edad, debiendo presentar los carnets de vacunación actualizados (en copia) cada 6 meses al juzgado; b) que el menor [REDACTED] sea sometido a evaluación para confirmar su diagnóstico; una vez ello, reciba su tratamiento de terapia de lenguaje y lo que corresponda; debiendo ambos padres presentar la documentación que lo acredite al juzgado cada 6 meses, c) compartir las decisiones, forma y modos de la crianza de la adolescente [REDACTED] (13) y el niño [REDACTED] (4). Debiendo cumplirlo estrictamente y evitando cualquier conflicto que pudiera dañar la estabilidad emocional de los menores

5) DISPUSIERON que Secretaría de Sala proceda conforme a la parte pertinente del artículo 383° del Código Procesal Civil y una vez devueltos los autos se cursen en el Juzgado los oficios correspondientes para ejecutar la sentencia.- NOTIFÍQUESE.- *Interviene la Dra. Riega Rondón por vacaciones del Dr. Aquije Orosco.*

Ss.

CHAUCA PEÑALOZA

GONZALES NUÑEZ

RIEGA RONDÓN.