

CLAUDIA CANALES TORRES

**PATRIA POTESTAD
Y TENENCIA**
NUEVOS CRITERIOS
DE OTORGAMIENTO, PÉRDIDA
O SUSPENSIÓN

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

 (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

**DIÁLOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA**



PATRIA POTESTAD Y TENENCIA
Nuevos criterios de otorgamiento,
pérdida o suspensión

PRIMERA EDICIÓN
NOVIEMBRE 2014
5,590 ejemplares

© **Claudia Canales Torres**
© **Gaceta Jurídica S.A.**

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2014-16889
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-189-2
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221401135

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Henry Marquezado Negrini

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

INTRODUCCIÓN

La patria potestad es una institución trascendental de Derecho de Familia y de Derecho de los niños y adolescentes. Los padres son los primeros llamados a cuidar y brindar tutela a una persona cuando esta, por su minoría de edad, no puede valerse por sí misma. Tradicionalmente la institución era vista pensado en los padres y en el derecho de ellos de ejercer su potestad, su poder y autoridad con los hijos para encaminar su vida.

En la actualidad, la patria potestad ha sido revestida como institución de amparo familiar direccionando su mirada hacia los hijos, los incapaces de ejercicio y en el derecho y la facultad que tienen de contar con sus padres para su tutela y protección, y con la presencia de sus progenitores en su vida.

En las próximas líneas de esta publicación revisaremos las instituciones de la patria potestad y la tenencia, enfocándonos en las causales para el otorgamiento de dicha tenencia y las restricciones a la patria potestad.

Así, pues, empezaremos con algunos conceptos generales de la patria potestad, luego continuamos con la figura jurídica de la tenencia, como elemento de la patria potestad y los criterios normativos y jurisprudenciales para su otorgamiento y variación. Finalmente, terminamos con las figuras jurídicas que suponen las restricciones a la patria potestad, analizando las causales que llevan a la limitación del ejercicio de esta institución.

A partir de los criterios legales y jurisprudenciales del otorgamiento de la tenencia y de restricción de la patria potestad denotan la evolución que en nuestro medio han tenido estas figuras jurídicas, aunque aún falta mucho camino por recorrer.

CAPÍTULO I

PATRIA POTESTAD: GENERALIDADES

La patria potestad es una institución principal de amparo familiar pensada básicamente en el cuidado de la persona y bienes de los sujetos con incapacidad de ejercicio por edad. Así pues, los primeros llamados a cumplir esta labor no son otros que los padres del menor de edad.

Actualmente, esta institución no implica una relación de familia vertical (padre ↑ hijo) sino una relación de familia horizontal (padre ↔ hijo) en la que tanto uno como otro tienen derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir. Se toma en cuenta los intereses del hijo por sobre las atribuciones del padre. Su finalidad es permitir que los progenitores busquen y logren el desarrollo integral de sus hijos. La mayor parte del contenido de la relación paterno filial, según criterio de Díez-Picazo y Gullón⁽¹⁾, se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad, no obstante sería inexacto identificar el contenido de la relación paterno filial con el régimen jurídico de la patria potestad, pues la primera existe desde que la filiación queda determinada mientras que la segunda es un plus que se le superpone en la fase de la menor edad de los hijos. Por lo que se afirma que puede existir una relación paterno filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, tal es el caso de haberse privado de la misma o que los hijos hayan alcanzado la mayoría.

Como refiere Luis Fernández Clérigo, la patria potestad implica una función tuitiva de carácter social y casi público sobre los hijos menores⁽²⁾. Es

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 284.

(2) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Editorial Uthea, México, 1947, p. 279.

tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y cautelar la persona y patrimonio de sus hijos; así se configura como un típico caso de derecho subjetivo familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente relacionada con la obligación (deber) entre las partes. Al decir de Guillermo Borda, “la patria potestad (...) no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos”⁽³⁾.

Esta relación tutelar se inicia con la concepción y termina con la adquisición de la capacidad de los hijos. Como es lógico, desde el momento de la concepción surge un sujeto de derecho que merece la más amplia protección en su aspecto sicosomático como el de su peculio. Esta protección y defensa tutelar, que corresponde a los padres, se acabará cuando el sujeto de derecho consiga la capacidad para poder defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio. Para Hung Vaillant⁽⁴⁾ la patria potestad es un régimen de representación, concibiéndosele como un *oficio privado* encomendado a los padres y con la *finalidad mediata* de protección.

La patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno-filial; se deriva de ella, a tal punto que el término “filiación” implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación.

I. DEFINICIÓN

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante la cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad⁽⁵⁾.

(3) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 2002, p. 309.

(4) HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición. Editores Vadell Hermanos. Caracas, 2001, pp. 301 y 302.

(5) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. *Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Con la colaboración de Claudia Canales Torres. Editorial Gaceta Jurídica S.A. y Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2012, p. 294.

Hoy por hoy, la naturaleza jurídica de la patria potestad es ser una institución de amparo familiar a fin de brindar tutela y protección de la persona y bienes de los hijos menores de edad, los cuales debido a su incapacidad de ejercicio, requieren de dicho elemento tuitivo. Dentro del amparo familiar, la patria potestad es una institución principal respecto de los hijos menores de edad.

El artículo 418 del Código civil vigente señala que por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos.

Etimológicamente el término *patria potestad*, proviene de raíces romanas, donde “patria” alude al *pater familia* y el término “potestad” denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, a partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no solo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole.

En este sentido, Benjamín Aguilar sostiene: “Quizás debemos ir hacia una nueva denominación que recoja estos deberes-derechos, (...) algunos han intentado llamarla autoridad paterna compartida; otros, autoridad benéfica sobre los hijos (...)”.

La definición de patria potestad del citado autor es la siguiente: “la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos. Este concepto pretende abarcar no solo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas”⁽⁶⁾.

En doctrina encontramos diversas definiciones de Patria Potestad, citaremos algunos:

(6) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales, Lima, 2008, pp. 305-306.

Para López del Carril, “la patria potestad es una institución ética y altruista fundada en el derecho natural biológico, propia y absoluta del derecho de familia como integrante del derecho privado, y es un derecho moral aunque desencadene derechos y obligaciones patrimoniales, pero su existencia y sustento están fundadas en principios más elevados, más puros, sin descender a la condición contractual propia del egoísmo y no del altruismo”.

Ripert y Boulanger, definen la patria potestad como: “conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos”⁽⁷⁾.

Alex Plácido, con relación a la patria potestad y su función tuitiva, anota: “La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de estos. En ella, está estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley”.

En palabras de Enrique Varsi, la patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva de ella, a tal punto que el término “filiación” implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación⁽⁸⁾.

Es innegable, sin embargo, que las raíces de los deberes y derechos que entraña la institución de la patria potestad radican en la naturaleza de la procreación humana, y su correlato inmediato, que es el de la protección de la especie y el instinto de conservación que nos asiste, vale decir, nuestra sola condición humana nos conmina a naturalmente hacernos cargo de nuestros hijos,

(7) GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima, 2008, p. 315.

(8) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 292.

que estos dependan absolutamente de nosotros desde su nacimiento, hasta que puedan valerse por sí mismos, y es la ley la que se encarga de regular estas condiciones, la edad en la que el ser procreado, es capaz de ejercer sus derechos por sí solo, con prescindencia de sus progenitores.

Nuestro Código Civil, en su artículo 418, establece que “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. Nosotros citamos esta definición legal a fin de resaltar la naturaleza tuitiva de esta institución de derecho de familia, y asimismo, el poder-deber implícito en esta institución que supone para los padres respecto de los hijos.

Respecto al campo de la patria potestad contamos con los siguientes criterios jurisprudenciales:

“Que, la patria potestad es una institución jurídica que contempla el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, que en el caso de divorcio, la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio. Que, debe tenerse presente que entre los atributos de la patria potestad se encuentra la tenencia, conforme lo enuncia el artículo 123 del Código Civil; y en ese sentido también cabe señalar que el régimen de la tenencia que regula el Código de los Niños y Adolescentes está referido al caso de los padres que se encuentran separados de hecho sin que exista acuerdo entre ellos; en cuyo caso el Juez aplica reglas pertinentes que protegen al menor; de modo que, en consecuencia, respecto a este extremo, debe integrarse la Resolución apelada”⁽⁹⁾.

“Que, la patria potestad, es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, esta, no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres; que no debe confundirse patria potestad con tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual, si bien es cierto, puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo, no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor o al adolescente”⁽¹⁰⁾.

(9) Expediente N° 787-97. Considerandos Séptimo y Octavo.

(10) Expediente N° 1844-97. Considerando Primero.

II. CARACTERÍSTICAS

La patria potestad es de orden público y como tal tiene las siguientes características⁽¹¹⁾:

a) Es una institución de amparo familiar

La patria potestad es una institución principal de amparo familiar para brindar tutela y protección a los hijos menores de edad. Su fin es tuitivo. Se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad. El interés superior del niño y adolescente se encuentra priorizado entre los fines de la patria potestad.

“Que, la Patria Potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y no pueden ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres, precisamente, porque constituye, fundamentalmente, el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres”⁽¹²⁾.

b) Es un poder-deber subjetivo familiar

La patria potestad lleva implícita relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades-deberes.

c) Se regula por normas de orden público

Está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal.

d) Es una relación jurídica plural de familia

No es un derecho exclusivo de los padres, a pesar que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación a sus hijos menores.

e) Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco

La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo.

(11) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 295.

(12) Expediente N° 99-98. Considerando Segundo.

f) Es una relación de autoridad de los padres

Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos.

g) Es intransmisible

La patria potestad, reconocida por la legislación así como por la doctrina⁽¹³⁾ en razón de la paternidad, es intransmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como de **indisponibilidad** o **inalienabilidad**, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son de orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte. Los padres delegan, no obstante, el derecho y la obligación de educar y controlar al hijo, cuando lo internan en un colegio⁽¹⁴⁾.

h) Es imprescriptible

No se pierde por la prescripción; sin embargo, puede decaer o extinguirse.

i) Es temporal, no perpetua

La patria potestad puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad.

j) Es irrenunciable

De motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico.

k) Es incompatible con la tutela

No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad. No obstante, con la curatela la patria potestad sí tiene compatibilidad.

(13) LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho de Familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930, p. 412.

(14) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima, p. 181.

l) Es relativa

No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley.

m) Es indisponible

Porque no está en el comercio jurídico.

III. OBJETIVO

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades; por ello, Héctor Cornejo Chávez afirma que se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que “no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad”⁽¹⁵⁾. Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integridad de la vida de los hijos, sea sicosomática (por ejemplo: salud), social (como el recreo) o patrimonial (pecuniaria)⁽¹⁶⁾.

Eduardo Zannoni, citando a Cafferata, explica que “la patria potestad satisface el **proceso biológico de la procreación**, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar”⁽¹⁷⁾. En otras palabras, la patria potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia⁽¹⁸⁾.

De acuerdo a la estructura del Derecho Familiar moderno, la patria potestad se ejerce en interés de la familia (en general) y de la sociedad; antiguamente, solo era en beneficio directo del hijo (lo que perduró hasta hace poco) o exclusivo del padre (como sucedió en Roma). Actualmente se tiene en cuenta el interés del grupo familiar ya que es en la familia y por ella que se busca el desarrollo integral de la persona⁽¹⁹⁾.

(15) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Editorial Studium, Lima, 1987, p. 177.

(16) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 295-296.

(17) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 682.

(18) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 296.

(19) Ídem.

En este orden de ideas, la patria potestad es una institución de necesidad natural pues el ser humano, requiere desde su infancia que lo críen, lo eduquen, amparen y defiendan, guarden y cuiden de sus intereses, en suma que tengan la regencia de su persona y sus bienes, siendo los padres las personas indicadas para esta misión y que califica como una situación jurídica peculiar pues es una facultad y una necesidad⁽²⁰⁾.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

La patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad⁽²¹⁾.

Las relaciones jurídicas contenidas en la patria potestad implican derechos-deberes, es decir, una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura un típico derecho subjetivo de familia. Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que ellos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad y, en caso de abandono o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad. Lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia y concluye cuando esta adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico, de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán brindar protección a sus padres⁽²²⁾.

Es una institución principal de amparo familiar orientada a la protección y tutela de los hijos menores de edad.

Es de considerar, finalmente, que más que un derecho natural, la patria potestad es una función social de la familia cuyo fin es la formación y protección del menor⁽²³⁾.

(20) Ídem.

(21) Ídem.

(22) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 297.

(23) Ídem.

CAPÍTULO II

TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

I. SUJETOS

La patria potestad solo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos. De ascendientes a descendientes. Hay un sujeto titular de la patria potestad y otro a quien la potestad se dirige o que se encuentra sometido a ella, en clara opinión de Díez-Picazo y Gullón⁽²⁴⁾; los titulares son los padres y los hijos, es ejercida por ambos, por los padres que la dirigen y por los hijos que la asumen, sujetándose ambos a sus reglas⁽²⁵⁾.

Luis Fernández Clérigo explica que existe una condición fija y afirmativa (que se trate de menores de edad) y otra negativa y contingente (que estos menores no se hallen emancipados); asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente (que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la patria potestad) y una circunstancia negativa (que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio)⁽²⁶⁾.

En tal sentido los sujetos intervinientes son:

(24) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 286.

(25) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 297.

(26) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 281.

1. Padres

Los padres son los sujetos activos de la patria potestad y, como tal, se les denomina “padres de familia”⁽²⁷⁾.

Se encargan de cautelar la integridad de la persona, así como la administración del patrimonio y los bienes de sus hijos. Los padres tienen dicha calidad (art. 418 de nuestro Código Civil) y la ejercen en conjunto (lo que se conoce como “cotitularidad de la patria potestad”) durante el matrimonio (art. 419 del mismo texto legal). En caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidez del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en el cónyuge a quien se le confía los hijos (art. 420 de la norma jurídica antes citada). Ahora bien, la patria potestad debe ser ejercida responsablemente, como un buen padre de familia; caso contrario puede ser limitado el ejercicio de la misma⁽²⁸⁾.

Para gozar de la patria potestad, los padres deben ser capaces (arts. 42 y 46 del Código Sustantivo). De acuerdo a una modificación de nuestra legislación civil⁽²⁹⁾, los mayores de catorce años adquieren una capacidad limitada a partir del nacimiento de su hijo, pero solo para (i) reconocerlos, (ii) reclamar o demandar por gastos de embarazo o parto y (iii) para demandar o ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. La norma legal aludida es insuficiente, pues no ha considerado la posibilidad de demandar judicialmente la declaración de filiación extramatrimonial (a pesar que el art. 407 de nuestro Código Civil se lo permite a la madre, mas no al padre) o el régimen de visitas⁽³⁰⁾.

2. Hijos

Los hijos son los sujetos pasivos de la patria potestad y, como tal, se les denomina “hijos de familia”. Ha de tenerse en consideración que, para gozar de la patria potestad de los padres, no se toma en cuenta la calidad que pudiera tener el hijo: matrimonial, extramatrimonial o adoptivo. Lo que sí se exige es que el hijo cumpla con los siguientes requisitos⁽³¹⁾:

(27) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 297.

(28) *Ibidem*, p. 298.

(29) Ley N° 27201, publicada el 14/11/1999.

(30) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 298.

(31) *Ibidem*, p. 299.

- a) Existir, es decir ser concebido o, en su caso, menor de edad o incapaz.
- b) No estar emancipado de manera especial (art. 46).
- c) Contar con una filiación establecida, esto es, tener padres.

Los huérfanos (aquellos cuya filiación biológica es ignorada y, consecuentemente, su filiación jurídica es inexistente) están sometidos de la protección del Estado a través de la tutela (niños en estado de abandono)⁽³²⁾.

2.1. Hijos matrimoniales

Cuando hay vínculo matrimonial y convivencia normal, la patria potestad la ejercen conjunta y simultáneamente los padres (principio de ejercicio conjunto), es decir el marido y la mujer⁽³³⁾.

Las excepciones a esta regla son las siguientes⁽³⁴⁾:

- a) Separación de hecho, divorcio por causal o invalidez de matrimonio. En estos supuestos, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confía.
- b) Por mutuo acuerdo.

En caso de existir discrepancia resuelve el juez.

2.2. Hijos extramatrimoniales

La no existencia de relación jurídica matrimonial entre los padres y la falta de convivencia impiden el ejercicio conjunto de la patria potestad. La determinación de la filiación extramatrimonial se da por declaración judicial o por reconocimiento⁽³⁵⁾.

En el primer caso (declaración judicial), sería ilógico otorgar la patria potestad a quien debió ser demandado para tener la calidad de padre. Aunque el criterio no es muy sólido, existe una corriente tradicional de fallos judiciales que se han pronunciado en el sentido que “la patria potestad de la hija...,

(32) Ídem.

(33) Ídem.

(34) Ídem.

(35) *Ibidem*, p. 300.

reconocida tardíamente por el padre, corresponde a la madre” (sentencia del 06/06/1945)⁽³⁶⁾.

En el segundo caso (reconocimiento), al ser una situación voluntaria, la patria potestad la ejerce el padre que ha reconocido al hijo. Si es reconocido por ambos, el juez determinará a quién le corresponde la patria potestad, tomando en consideración la edad, el sexo y el interés del menor (art. 421). En base al criterio de igualdad de la filiación, ya no se toma en cuenta el tiempo ni el momento en el que se realiza el reconocimiento, a efectos de atribuir la patria potestad, esta se otorga procurando salvaguardar el interés del menor; ya no del que reconoce primero (si se trata de reconocimientos sucesivos) o de ambos padres (si se trata de reconocimientos simultáneos)⁽³⁷⁾.

Es de señalar que los hijos por su conducta no pueden ser limitados de la patria potestad.

II. CLASES DE PATRIA POTESTAD

Podemos clasificar a la patria potestad según los siguientes criterios:

1. De acuerdo a la titularidad

De acuerdo a la titularidad, vale decir, al derecho del poder-deber, tenemos:

1.1. Patria potestad compartida

La patria potestad compartida se da cuando al margen de que ambos padres, ambos progenitores estén casados, convivan juntos, estén divorciados, separados de cuerpos, con matrimonio invalidado, o separados de hecho, conservan ambos la titularidad, el derecho, la legitimidad de la patria potestad, al margen del ejercicio de la misma. Los elementos de dicha patria potestad pueden ser ejercidos de manera conjunta, indistinta o exclusiva.

1.2. Patria potestad exclusiva

La patria potestad exclusiva se da cuando un solo progenitor conserva la titularidad, la legitimidad de la patria potestad, al haber incurrido el otro en causal legal de pérdida o extinción de la misma. Los elementos de la patria

(36) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima, p. 183.

(37) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 300.

potestad se ejercen de manera exclusiva por el progenitor que conserva la titularidad de la misma.

2. De acuerdo a su ejercicio

El régimen tradicional de la patria potestad implicaba un beneficio directo del *pater*. Era un derecho y facultad exclusiva de él, lo que afectaba las relaciones familiares pues la mujer se encontraba relegada en sus funciones como madre, siendo que el padre, en la mayoría de los casos, no cumplía a cabalidad sus funciones⁽³⁸⁾.

Este régimen patriarcal, también llamado *unicato paterno*, fue reemplazado por un régimen de ejercicio compartido en el que tanto el padre como la madre intervienen en el cuidado, la atención y la representación de la persona y el patrimonio de sus hijos. En esta modalidad de ejercicio compartido, como menciona Eduardo Zannoni⁽³⁹⁾, debía optarse entre el ejercicio conjunto o el ejercicio indistinto de la patria potestad⁽⁴⁰⁾.

Es así como, de acuerdo al ejercicio de los elementos, atributos, facultades, obligaciones de la patria potestad, esta institución puede ser clasificada de la siguiente manera:

2.1. Sistema de ejercicio conjunto

El común acuerdo de ambos progenitores determina la validez de los actos realizados en beneficio del menor. Su fundamento está en que los padres deben decidir en conjunto el bienestar de sus hijos, descartando así los actos unilaterales que pueda realizar un progenitor (art. 419)⁽⁴¹⁾. El ejercicio conjunto de la patria potestad se da en los supuestos de matrimonio o unión estable de los progenitores en razón de la convivencia que se da entre estos.

La patria potestad como tal implica el atributo que tienen los padres de proteger y cuidar la persona y bienes de sus hijos; por regla general se ejerce en conjunto por ambos padres y, de manera especial, en forma individual por el padre o la madre a quien se otorga la tenencia⁽⁴²⁾.

(38) *Ibidem*, p. 301.

(39) ZANNONI, Eduardo. *Ob. cit.*, pp. 701-702.

(40) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Ob. cit.*, p. 300.

(41) *Ibidem*, p. 301.

(42) *Ibidem*, p. 375.

El Código Civil, en su artículo 419 establece que “La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo”.

2.2. Sistema de ejercicio compartido o indistinto

El ejercicio compartido o indistinto de la patria potestad supone que ambos padres pese a estar separados de hecho conservan la titularidad de la patria potestad y la ejercen de manera compartida o indistinta.

En este sentido, cualquiera de los progenitores de manera personal puede realizar actos válidos en beneficio del menor. Este sistema se fundamenta en que a pesar de actuar individualmente, los padres siempre buscarán el beneficio para su hijo y, sobre todo, toma en cuenta que la rapidez de las operaciones que se realizan hoy en día requiere, igualmente, celeridad en las decisiones⁽⁴³⁾.

En el Derecho comparado y en nuestra legislación predomina el sistema de ejercicio conjunto, a pesar que existen fórmulas complementarias que facilitan el funcionamiento del sistema de ejercicio indistinto de la patria potestad. Y nuestro propio Código Civil establece de manera especial, más no obligatoria, que siempre que sea posible se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración (art. 459).

En caso de separación de hecho, el artículo 420 del Código Civil establece que: “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio”.

Respecto de los hijos extramatrimoniales, el artículo 421 del Código Civil establece que: “La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de este, cuando el padre no tenga la patria potestad”.

(43) *Ibidem*, p. 301.

Asimismo, el artículo 422 del Código Civil establece que: “En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”.

Una figura jurídica importante al hablar del sistema de ejercicio conjunto o ejercicio compartido o indistinto de la patria potestad es la coparentalidad. La coparentalidad implica la patria potestad y la tenencia compartida. Es una institución del Derecho de Familia mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo⁽⁴⁴⁾.

La característica de esta institución es que 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 a través de la coparentalidad. En tal orientación, la custodia compartida es aquella en que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable; los problemas más graves en estos casos son de tipo práctico: establecer la periodicidad más adecuada en la variación de la convivencia normal y visitas. Esta modalidad tiene éxito cuando hay buena comunicación y relación entre los padres y cuando el número de traslados es menor y aumenta el tiempo de convivencia continuada con cada progenitor. Es un derecho de los hijos y progenitores a seguir manteniendo una sana y seria relación paterno filial, igualitaria y digna⁽⁴⁵⁾.

Se dice que hoy en día la regla es la guarda compartida (de dos) y la guarda exclusiva (de uno) es la excepción. La guarda unilateral se da solo en casos especiales, excepcionales, la compartida afianza y permite la responsabilidad conjunta. Puede ser requerida entrambos o decretada por el juez de parte u oficio, debiendo informar su razón en base a su función pedagógica y fijando adecuadamente los periodos de convivencia⁽⁴⁶⁾.

Este sistema de guarda compartida impacta sobre instituciones como la patria potestad, alimentos y régimen de visitas. La patria potestad queda tal como está para cada cónyuge, sin privilegios para ninguno de ellos, los alimentos se verán dosificados de acuerdo a los momentos en los que el hijo esté

(44) Ídem.

(45) Ídem.

(46) *Ibidem*, p. 376.

con el padre (aquí el asume el sustento de este) y, las visitas, prácticamente, carecería de sentido⁽⁴⁷⁾.

El sustento de la coparentalidad es preservar de manera especial las relaciones paterno-filiales y, en general, las relaciones familiares. Implica el estricto ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres, sea cual fuera la situación de convivencia en la cual estos se encuentren. Así, se legitima un hogar a tiempo compartido en el que el hijo convive un tiempo con el padre y otro con la madre, permitiendo que la formación y contacto con sus progenitores sea pleno y no restringido como ocurre con el régimen tradicional de tenencia. En este último caso, quien goza la tenencia tiene la patria potestad sobre el hijo, en tanto que el otro progenitor queda suspendido de la misma, a pesar de tener que cumplir con todos sus deberes otorgándosele, solo, la facultad a un régimen de visitas, a efectos de mantener las relaciones familiares indispensables con el menor⁽⁴⁸⁾.

Las principales características de la coparentalidad son⁽⁴⁹⁾:

- Es una institución del Derecho de familia.
- La patria potestad queda incólume.
- Busca preservar la integridad real y natural de la familia.
- Se origina por cuanto los padres ya no conviven, esto es por la separación de hecho, invalidez o disolución de matrimonio.
- Consolida la relación paterno-filial en el sentido que la patria potestad no pierde consistencia por la separación de los padres.

La coparentalidad tiene una regulación específica en nuestra legislación. Su tratamiento es preciso. Las normas que regulan esta materia son⁽⁵⁰⁾:

a) Código Procesal Civil

Indica que, en los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal, es procedente la medida cautelar de tenencia y cuidado de los hijos por

(47) Ídem.

(48) Ídem.

(49) *Ibidem*, p. 378.

(50) *Ibidem*, pp. 379-380.

uno de los padres, **por ambos** o por un tutor o curador provisional (art. 485). En este caso, podemos decir que se hace una referencia fortuita o casual a la coparentalidad ya que el término **por ambos** implicaría que los dos podrían ejercer la tenencia; sin embargo, el Código adjetivo no quiso referirse a una tenencia compartida sino a que la solicitud pueda ser presentada por ambos.

b) Código Civil

Esta normativa es la que, de manera indirecta, rechaza la tenencia compartida, pues tanto el artículo 340 como el artículo 420 indican que los hijos se confían (se dan en tenencia) *a uno* de los cónyuges (el inocente, el culpable a criterio del juez o a tercera persona), quien ejercerá la patria potestad en tanto que el otro queda suspendido de su ejercicio.

c) Código de los Niños y Adolescentes

d) Ley N° 29269, Ley que reconoce la tenencia compartida⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾.

La coparentalidad se viene aplicando de hecho y de derecho. La práctica de las relaciones familiares la reconocen como un medio efectivo para consolidar o desarrollar los vínculos de familia. Como institución legal debe tender a crear una seguridad en su aplicación a efecto de evitar un desfase social y legal. A todo esto podemos sumarnos al criterio de Berbere y Haissiner⁽⁵³⁾

(51) Publicada el 17/10/2008.

(52) Ley N° 29269, Ley que reconoce la tenencia compartida.- “Art. 1.- Modificación del art. 81 del Código de los Niños y Adolescentes. Modifícase el art. 81 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Art. 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”.

Art. 2.- Modificación del art. 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Modifícase el art. 84 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Art. 84.- Facultad del juez. En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera 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”.

(53) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos y HAISSINER, Liliana. “El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental”. En: *La Ley*, 17/08/2011, p. 1.

quienes sostienen que debe favorecerse a la participación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos, de la siguiente manera⁽⁵⁴⁾:

- Igualar a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza.
- Nivelar situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos.
- Posibilitar la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del menor, tomando en cuenta los periodos de convivencia parental.
- Distribuir equitativamente los gastos de sostén del hijo.
- Disminuir el sentimiento de abandono o pérdida del niño en razón de la separación.

2.3. Sistema de ejercicio exclusivo

El ejercicio exclusivo de la patria potestad se da cuando solo un progenitor tiene la patria potestad mientras que el otro ha sido restringido en dicha institución por cualquiera de las causales establecidas legalmente. En tal supuesto el progenitor que tiene la patria potestad ejerce de manera exclusiva y en tanto subsista la restricción de la patria potestad para el otro, los elementos de dicha institución, aunque el progenitor que tiene restringida la patria potestad conserva aun así, la titularidad de la misma, vale decir, la legitimidad y el reconocimiento del derecho. Claro está, que de tratarse de las causales de pérdida de la patria potestad, estamos hablando también, de la desaparición de la titularidad de esta institución y con ella, de su ejercicio.

(54) VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 380-381.

CAPÍTULO III

RELACIONES JURÍDICAS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La concepción tradicional de la patria potestad entiende que la misma otorga derechos a los padres; sin embargo, dicho criterio ha sido descartado y hoy en día la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos⁽⁵⁵⁾.

Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí (esto configura la denominada “relación jurídica de la patria potestad”) y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de Familia que, en algunos casos, implican derechos y deberes correlativos o derechos y deberes independientes, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, derechos-funciones o poderes-funciones⁽⁵⁶⁾. Aquí es de aclarar que la titularidad y el ejercicio directo de la patria potestad corresponden a los padres, pues son estos los que gozan de la autoridad y a quienes les corresponde la tutela de la prole⁽⁵⁷⁾.

Nuestro Código Civil, en su artículo 423, establece que: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
- 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

(55) *Ibidem*, p. 302.

(56) BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 281.

(57) VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Ob. cit.*, p. 302.

- 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
- 4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- 6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- 7.- Administrar los bienes de sus hijos.
- 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004”.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, establece en su artículo 74 que: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil”.

Reforzando estas disposiciones normativas, la jurisprudencia establece: “Que, conforme ordena el artículo 423 del Código Civil es obligación de los padres proveer el sostenimiento y educación de los hijos, obligación que incluye la de brindar habitación en concordancia con lo dispuesto en el artículo 418 del mismo Código”⁽⁵⁸⁾.

La patria potestad está conformada por un complejo de derechos, deberes y de obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole. Como bien lo explica Enrique Varsi Rospigliosi, el contenido de orden personal de la patria potestad es la guarda de la cual se derivan la corrección, la educación, la asistencia y la prestación de servicios⁽⁵⁹⁾.

La falta de guarda permite al cónyuge solicitar la restitución de la patria potestad (art. 78 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes) o, en su caso, el régimen de visitas correspondiente (art. 88 del mismo texto legal).

Las relaciones entre padres e hijos pueden ser clasificadas, en concordancia con los artículos 423 y 454 del Código, de la siguiente manera⁽⁶⁰⁾:

I. LA GUARDA

El contenido de orden personal de la patria potestad es la guarda de la cual se derivan el cuidado, corrección, educación, alimentos, asistencia y prestación de servicios.

La guarda se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos, alimentándolos. En este sentido, el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un derecho-deber de los padres el tener a sus hijos consigo. En nuestro medio se consagra tanto en el artículo 423 inciso 5 del Código Civil, como en el artículo 74 inciso e del Código de los Niños y Adolescentes, normas jurídicas que se pronuncian sobre el derecho de los padres de vivir con sus hijos. Empero, la guarda también implica el deber de otorgar al menor el desarrollo en un ambiente adecuado, privándolo de los malos ejemplos⁽⁶¹⁾.

(58) Casación N° 3135-99-Lima. Considerando Segundo.

(59) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, p. 258.

(60) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 302.

(61) LAFAILLE, Héctor. Ob. cit., p. 421.

Las derivaciones de este derecho son⁽⁶²⁾:

- a) El domicilio de los hijos es el de sus padres (art. 37 de nuestro Código Civil).
- b) La responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos (culpa *in vigilando*).
- c) La prohibición de determinadas juntas, pero también el respeto de su derecho de ser visitados por sus parientes.
- d) Las prohibiciones de ciertas lecturas o de espectar determinadas películas contrarias a su formación.
- e) El respeto a la intimidad de los hijos, de modo tal que no se puede interceptar, ni violar su correspondencia (art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño); sin embargo, Guillermo Borda postula una legítima intromisión a la privacidad del menor pues los padres pueden examinar su correspondencia⁽⁶³⁾. Sin duda, este es un caso controvertido.

La falta de guarda (o, como se le llama, “su desmembramiento”) permite al cónyuge solicitar la restitución de la patria potestad (art. 78 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes) o, en su caso, el régimen de visitas correspondiente (art. 88 del mismo texto legal). En este sentido, es de importancia referirnos a dos instituciones fundamentales, cuales son la tenencia y el régimen de visitas⁽⁶⁴⁾.

1. Tenencia

La tenencia y custodia de los hijos es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario.

Doctrinariamente, se entiende por tenencia a aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por

(62) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 303.

(63) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 314.

(64) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 303.

el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (arts. 81 y siguientes de nuestro Código de los Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica⁽⁶⁵⁾.

La tenencia es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (arts. 81 y siguientes de nuestro Código de los Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica⁽⁶⁶⁾. Es de tenerse presente que la relación filial tampoco perjudica la adjudicación de la tenencia.

Actualmente en nuestro medio tenemos la denominada tenencia compartida o coparentalidad, mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de la coparentalidad es que los dos padres, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

En tal sentido, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 81, establece 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. 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⁽⁶⁷⁾. Así pues el Código de los Niños

(65) Poder Judicial del Perú. *Pleno Jurisdiccional de Familia*, 1997.

(66) Ídem.

(67) Modificación introducida por el artículo 1 de la Ley N° 29269, publicada el 17/10/2008.

y Adolescentes se muestra como una norma mucho más abierta que el Código Civil a esta institución.

Asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece, respecto de las facultades del juez que: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y,
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera 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”.

Con respecto a la tenencia, contamos con algunos criterios jurisprudenciales a nivel constitucional y civil:

“En la sentencia recaída en el Expediente N° 2892-2010-PHC/TC el Tribunal Constitucional señaló que la dilucidación de temas relativos a la tenencia son prima facie competencia exclusiva de la justicia ordinaria, por lo que so pretexto de una indebida retención del menor el Tribunal Constitucional no puede terminar decidiendo a quién le corresponde la tenencia de un menor. Sin embargo ello no implica que toda demanda de hábeas corpus relacionada con la tenencia carezca per se de relevancia constitucional pues el que se impida el contacto de los hijos con uno de los padres vulnera el derecho de crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral, reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño. Asimismo este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú. Asimismo se ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una

familia y no ser separado de ella, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar porque la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta ejerza un control arbitrario sobre el niño que le ocasione un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido este Colegiado ha manifestado que 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 entorpece su crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como viola su derecho a tener una familia (Expediente N° 1817-2009-PHC/TC, fundamentos 14-17)⁽⁶⁸⁾.

“Que de los hechos expuestos en la demanda y de los documentos que obran en autos, se advierte que lo que subyace es un tema relativo a los procesos de familia (tenencia). Al respecto cabe señalar que este Tribunal Constitucional ha reconocido a través de su jurisprudencia que el impedimento de alguno de los padres de estar en contacto con sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos de tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso integridad personal, entre otros (STC N° 02892-2010-PHC/TC, STC N° 01817-2009-PHC/TC). Sin embargo, conforme a la propia naturaleza de los procesos constitucionales, no cabe acudir a la jurisdicción constitucional para dilucidar temas propios de la jurisdicción ordinaria, concretamente respecto de los temas relativos a los procesos de familia, tales como la tenencia o el régimen de visitas. Tampoco puede utilizarse a la jurisdicción constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (Cfr. STC N° 862-2010-HC/TC; STC N° 400-2010-HC/TC; STC N° 2892-2010-HC/TC). No obstante, en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria hayan sido claramente desbordadas, cabrá acudir de manera excepcional a la justicia constitucional (Cfr. STC N° 0005-2011-HC/TC). Que en el presente caso se evidencia una controversia en materia de familia respecto de la tenencia de una menor, situación que debe ser dilucidada por la propia justicia ordinaria, no advirtiéndose en el caso de autos que sus posibilidades de actuación hayan sido superadas, máxime si al momento de

(68) Expediente N° 01905-2012-PHC/TC-Ica. Fundamentos 3, 4 y 5.

interponerse la demanda de hábeas corpus existía una sentencia de fecha 7 de junio del 2011, que condena al recurrente por el delito de sustracción de menor a dos años de pena privativa de la libertad suspendida por el mismo periodo sujeto el cumplimiento de unas reglas de conducta, entre las que se encuentra entregar a la menor favorecida, resultando improcedente el hábeas corpus para resolver la referida controversia, por lo que sobre este extremo la demanda debe ser rechazada, en aplicación al artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional⁽⁶⁹⁾.

“De manera previa a la dilucidación de la controversia, resulta necesario emitir pronunciamiento acerca de la posibilidad de conocer a través del hábeas corpus demandas relacionadas con la tenencia de menores por parte de sus padres. Al respecto, en primer lugar resulta necesario destacar que la dilucidación de temas relativos a la tenencia son prima facie competencia exclusiva de la justicia ordinaria. Ello a su vez resulta conforme con el criterio ya asentado en la jurisprudencia de este Tribunal en relación con hábeas corpus contra resolución judicial, en el sentido de que no es posible acudir a esta vía con la finalidad de que la justicia constitucional determine la responsabilidad penal; del mismo modo, no es posible acudir al hábeas corpus para que –so pretexto de una indebida retención del menor– este Tribunal termine decidiendo a quién le corresponde la tenencia. Sobre la base de ello es que este Tribunal ha declarado la improcedencia de varias demandas de hábeas corpus, por cuanto se advirtió que lo que subyacía era discusiones sobre la tenencia (Cfr. Exps. N°s 862-2010-HC, fundamento 3, 400-2010-HC, fundamento 3, entre otros). Sin embargo, ello no implica que toda demanda de hábeas corpus relacionada con la tenencia carezca per se de relevancia constitucional. Así, este Tribunal en otras ocasiones ha declarado fundadas demandas en las que se ha impedido el contacto de los hijos con uno de los padres porque ello vulneraba el derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño (Exp. N° 1817-2009-HC). De modo análogo, este Tribunal Constitucional ha emitido sentencias de fondo en casos de retención indebida de ancianos por parte de familiares (Cfr. Exps. N°s 5003-2009-HC/TC, 1317-2008-PHC/TC, 4169-2009-HC). Ahora bien, no se trata que

(69) Expediente N° 02713-2012-HC/TC-Tumbes. Fundamentos 4 y 5.

el hábeas corpus se convierta en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia, sino que en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y otros derechos fundamentales⁽⁷⁰⁾.

“En atención a que los hechos del presente proceso constitucional guardan relación con materias propias del derecho de familia, resulta pertinente, de manera previa a la dilucidación de la controversia, que este Tribunal Constitucional delimite su competencia respecto de tales aspectos. Como ya se ha referido supra este Tribunal Constitucional ha reconocido a través de su jurisprudencia que el impedimento de alguno de los padres de estar en contacto con sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos de tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso integridad personal, entre otros. (STC N° 02892-2010-PHC/TC, STC N° 01817-2009-PHC/TC). Sin embargo, conforme a la propia naturaleza de los procesos constitucionales, no cabe acudir a la jurisdicción constitucional para dilucidar temas propios de la jurisdicción ordinaria, concretamente respecto de los temas relativos a los procesos de familia, no cabe acudir a la vía constitucional con el fin de dilucidar aspectos tales como la tenencia o el régimen de visitas. Desde luego, tampoco puede utilizarse a la jurisdicción constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias, lo que excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (Cfr. STC N° 862-2010-HC/TC; STC N° 400-2010-HC/TC; STC N° 2892-2010-HC/TC). Así, tales aspectos deberán ser dilucidados y ejecutados ante la propia jurisdicción ordinaria. No obstante, en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria hayan sido claramente desbordadas, cabrá acudir de manera excepcional a la justicia constitucional (Cfr. STC N° 0005-2011-HC/TC). En el presente hábeas corpus es posible apreciar de lo actuado que el caso ha desbordado claramente las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria. Así es que una sentencia emitida con fecha 2 de junio de 2009 no haya podido ser ejecutada hasta ahora⁽⁷¹⁾.

(70) Expediente N° 02892-2010-PHC/TC-Lima. Fundamentos 2, 3 y 4.

(71) Expediente N° 04227-2010-PHC/TC-Lima. Fundamentos 9, 10 y 11.

“Que, las resoluciones de tenencia pueden modificarse por el mismo Juzgado, atendiendo a su función tuitiva por circunstancias debidamente comprobadas; que estas resoluciones no podrán ser modificadas hasta después de transcurridos seis meses de haber quedado consentidas, salvo que esté en peligro la integridad del niño o adolescente, según lo dispone el artículo noventicuatro del Código de los Niños y Adolescentes citado; lo que implica, que en materia de tenencia de menores no existe cosa juzgada, dada la naturaleza tuitiva que subyace en ella”⁽⁷²⁾.

2. Régimen de visitas

El régimen de visitas forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita⁽⁷³⁾.

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral⁽⁷⁴⁾.

2.1. Finalidad

Lograr la comunicación con el hijo constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo por lo que debe asegurarse, promoverse y facilitarse dicho contacto. Como derecho lo ejerce aquel padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculte tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, de recreación o de relación con el progenitor con quien vive. Su finalidad es el fomento y favorecimiento de

(72) Casación N° 776-2000-Chincha. Considerando Cuarto.

(73) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 311.

(74) Ídem.

las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen⁽⁷⁵⁾.

Se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tiene a su lado y que los padres estén informados y tengan conocimiento del desarrollo de sus hijos. Este anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio puede ser un obstáculo para que no se le reconozca⁽⁷⁶⁾. La necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar así como proteger los afectos es el fundamento de este derecho, teniendo como beneficiario al niño y no a los adultos, como se ha establecido en muchas sentencias judiciales⁽⁷⁷⁾.

La finalidad es la relación entre quienes comparten vínculos personales, sean estrechos o extensos, sean familiares o de vinculación social o convivencial.

2.2. Naturaleza jurídica

Existen posiciones variadas en la doctrina acerca de la calidad y naturaleza de este derecho. Algunos dicen que se trata de derecho personal y familiar, otros que es derecho de la persona vinculado con el libre desarrollo de la personalidad, o un derecho subjetivo especial que permite el ejercicio de poder relacionarse, o un derecho personal incluido dentro de los derechos personales. Incluso, dada su extensión a familiares y allegados así como su singularidad, se le otorga la naturaleza de ser un derecho personal y familiar o “pseudofamiliar”⁽⁷⁸⁾.

Consideramos que se trata de un derecho subjetivo familiar, en el sentido que existe el derecho de ambas partes –menor y familiares– de relacionarse, de estarse en conjunto e integrarse. Las partes gozan de similar interés

(75) Ibidem, p. 312.

(76) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo III, Derecho de Familia. Segunda Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 124.

(77) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 312-313.

(78) DÍAZ ALABART, Silvia. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)”. En: *Revista de Derecho Privado*. Mayo-Junio, 2003, pp. 353 y 355.

legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad, exige su consagración. Este derecho permite ello. Pero no solo robustece las relaciones familiares, sino que en muchos casos las hace nacer, surgir, al integrar a la relación personal a sujetos apartados o distantes⁽⁷⁹⁾.

2.3. Características

Como características tenemos las siguientes⁽⁸⁰⁾:

a) Titularidad compartida

Es un derecho que le corresponde al visitado y al visitante (ambos beneficiados), debiendo ser cumplido o darse las facilidades para su ejecución a la persona que tiene bajo su tenencia o guarda a la menor, se le suele llamar gravado. No es exclusivo de ninguna de las partes, aunque el interés superior del niño le otorgue una mejor posición al mismo.

b) Temporalidad y eficacia

El transcurso del tiempo es un factor que debilita las relaciones familiares dado que aquellas personas que no se relacionan pierden el afecto y no permiten una integración real y natural. De allí que sí este derecho merece ser cautelado y ejercitado de manera rápida y perentoria.

c) Indisponible

Dada su naturaleza de derecho, el mismo no puede ser cedido ni renunciado, pero puede ser reglamentado y por casos especiales limitados o restringidos por la ley.

d) Amplio

Teniendo como esencia las relaciones humanas en general, y familiares en especial, este derecho le corresponde a todas aquellas personas que requieran relacionarse con otras a efectos para lograr la consolidación de la familia (sea amplia o nuclear).

(79) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 313.

(80) *Ibidem*, pp. 313-314.

2.4. Titulares

No podemos referirnos a un beneficiario directo y exclusivo. Los padres, los hijos y demás parientes o allegados merecen en sí, y para sí, de esta facultad de compartirse e integrarse con los miembros de su entorno⁽⁸¹⁾.

Como esencia del desarrollo de las relaciones humanas este derecho es de necesidad para quienes tienen vínculos familiares. De esta manera, ninguno de los progenitores puede monopolizar el derecho de integración familiar. Sea el padre o la madre, quien de manera individual goce del ejercicio directo de la patria potestad, le corresponde facilitar al otro la comunicación con la prole. Es así que el “otro progenitor” (aquel que no tiene al hijo día a día) tiene el derecho de mantener las relaciones personales que le permitan participar, cautelar y vigilar su desarrollo integral a la vez que el menor goce de esa mirada vigilante y ese cariño alterno de aquel familiar con quien no comparte la mayor parte de su vida⁽⁸²⁾.

En un análisis integral, sin embargo, el primer beneficiario es el niño, antes que el padre que no lo tiene, pues la lógica nos dice que es el menor quien necesita de los demás para desarrollarse, crecer e integrarse en la familia y en sociedad⁽⁸³⁾.

Los titulares del régimen de visitas son los siguientes⁽⁸⁴⁾:

2.4.1. Visitado

2.4.1.1. Titular beneficiario - Hijo

Teniendo en cuenta el interés superior del niño asumimos que este es su principal titular, tomando en consideración el beneficio y gracia que el ejercicio de este derecho le representa. A contrario sensu se puede restringir el ejercicio por motivos que afecten la integridad o seguridad del menor. Este titular puede tener el estatus de hijo, si el régimen le corresponde al padre, o ser meramente un menor, si el régimen les corresponde a sus parientes o allegados.

(81) *Ibidem*, p. 314.

(82) *Ídem*.

(83) *Ídem*.

(84) *Ibidem*, pp. 315-320.

2.4.1.2. Otros titulares beneficiarios

Como facultad innata de relacionarse, este derecho no solo corresponde a los menores de edad sino que existen personas sujetas a una discapacidad que necesitan del afecto y cariño para su recuperación como es el caso de las personas mayores de edad, en las que la tranquilidad y la paz son tan necesarias en esta etapa de la vida, la cual se logra viendo y viviendo en su entorno sociofamiliar. Tenemos, por lo visto, que estos *otros titulares beneficiarios* del derecho de relación pueden ser los mayores de edad, ancianos y enfermos.

2.4.2. Visitante

2.4.2.1. Familiares directos - Padres

Los padres son los primeros familiares que deben gozar y llevar a cabo este régimen, obviamente si hablamos de una relación padre-hijo. Lo que no implica que sean los únicos legitimados ya que puede darse el caso que sea el hijo quien adquiera la calidad de visitante, si nos referimos a que el visitado es el padre (mayor de edad, enfermo, entre otros).

2.4.2.2. Otros familiares - Hermanos, abuelos, allegados

En primer lugar se sentenció, y luego se legisló, que el derecho de visitas se hace extensivo, cuando el interés del menor lo justifique, a todos los parientes que no conforman el entorno familiar de sustento directo del menor dentro de los que se presentan a los hermanos, abuelos, tíos, sobrinos, primos lo que fue considerado por el Derecho comparado.

El tema de los demás familiares, es decir, del acceso de la familia *in extenso*, a este derecho de relación ha tenido todo un desarrollo doctrinario y jurisprudencial muy interesante que ha venido siendo recepcionado.

2.4.2.2.1. Hermanos

La relación fraternal es esencial para el desarrollo emocional del menor. Se ha dicho que la mejor herencia que se le puede dejar a un hijo es un hermano con quien compartir.

2.4.2.2.2. Abuelos

Los abuelos son una prolongación de la relación de los padres. Los nietos requieren de ese cariño de los abuelos –que es totalmente distinto de los padres– esa complicidad para las malacrianzas y la posibilidad de apreciar en

ellos la historia generacional de su familia. Por su parte, los abuelos necesitan ver y estar con la generación de sus hijos, y por decir lo menos, necesitan sentirse útiles cuidando a sus nietos. Esta integración de las relaciones familiares de segunda generación parental es importante.

2.4.2.2.3. Allegados

Partiendo de la premisa que la relación entre las personas es por lo demás variada y compleja debe reconocerse por razones propias y esenciales que en casos especiales este régimen familiar de “estarse y compartirse” puede verse extendido a otras personas, pues las relaciones humanas así le correspondan, este es el caso de los terceros no familiares o también llamados allegados. Entre algunos casos podemos mencionar: Quienes fueron tutores, curadores, profesores; o la situación como la de un novio, el excónyuge o exconviviente de la madre del menor, o un vecino que cuidó del menor. Pueden presentarse otros casos, caro, sin duda, la enumeración sería inútil dada la extensión, por lo que bastará probar la relación afectiva que determinaría el legítimo interés para el establecimiento del régimen.

Y es que sucede que como producto de las desavenencias conyugales, de las rupturas familiares, de la propia sociedad de mercado y de la crisis económica que aleja a los padre de sus hijos –dado las extensas jornadas laborales, los trabajos foráneos– lleva a que muchos niños terminen siendo cuidados, e incluso criados por parientes, amigos de la familia, vecinos o sean internados en centros de educación permanente.

Podemos hablar que esos niños crearán una familia alterna (aquella con la que viven el día a día) y una familia pasajera (la conformada por los padres que de cuando en vez pueden estar con ellos). En estas situaciones no podemos impedir que el menor se desvincule de esa familia que lo albergó, es fundamental que pueda seguir manteniendo vínculos y comunicaciones, su desarrollo así se lo exige, siendo necesario plantear soluciones legales y prácticas

Nuestro Código de los Niños y Adolescentes indica en su artículo 90 que: “El régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a los terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique”. Por un lado permite las visitas a los parientes pero establece límites al parentesco mientras que por otro reconoce a los no parientes este derecho sin límite alguno con el menor, la única referencia es que el mismo sea permitido en interés del visitado. Esta regla, como bien lo sustenta Chunga

Lamonja⁽⁸⁵⁾, a pesar de estar sustentada en la buena fe del legislador a fin de permitir la comunicación del menor con sus seres queridos, deberá ser modificada en el sentido que se permita el régimen de visitas a los parientes señalados sin necesidad de que exista un proceso previo, es decir, no referirnos a una extensión de régimen sino a la posibilidad que se viabilice uno directamente por quien se vea afectado por la falta de relación con un menor, si el interés superior del niño o adolescente lo amerita. A nivel local, se reconoce claramente que personas como un padrino, profesor, confesor, niñera o terceros puedan acceder al régimen comunicacional.

Aunque el régimen de visitas a favor de los terceros familiares y de los allegados deberá ser más limitado que el establecido habitualmente a favor de los padres, para ello deberá tomarse en consideración la relación afectiva entre estos y aquellos, las pruebas ofrecidas que sustenten el beneficio de dicho régimen para el menor, es decir el interés legítimo que le corresponde para beneficiarse de dichas relaciones. Sobre estos lineamientos ya existe una unanimidad en la jurisprudencia y legislación así como en la doctrina en la que se sustenta “Tomando como base el principio el interés superior del menor deben protegerse todos aquellos lazos que faciliten el desarrollo psicológico y emocional del menor, y de la misma manera que sus progenitores tienen el deber de cumplir con un régimen de visitas, cuando existan otros parientes o incluso otras personas que, sin relación de parentesco, mantienen una relación beneficiosa con el menor, los poderes públicos deben procurar proteger y regular un régimen de visitas entre el menor y estos parientes o allegados”⁽⁸⁶⁾.

2.5. Requisitos para su establecimiento

Los requisitos para el correspondiente establecimiento del régimen familiar de las relaciones y visitas podemos detallarlos en los siguientes puntos⁽⁸⁷⁾:

- a) Relación de familia con el menor, o en todo caso acreditarse la relación afectiva con el mismo.

(85) CHUNGA LAMONJA, Fermin. *Derecho de menores*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 356.

(86) VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados”. En: *Revista de Derecho de Familia*. N° 15, Lex Nova, Valladolid, abril de 2002, p. 40.

(87) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 320-321.

- b)** Demostración del cumplimiento de una obligación alimentaria⁽⁸⁸⁾ o, en su defecto, acreditar su imposibilidad material de poder ofrecerla (innovación del artículo 88 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes. Claro está que en el caso de terceros familiares o no familiares este requisito no es de exigencia.
- c)** Interés del menor. Como se ha indicado la finalidad del régimen de visitas es el fomento y favorecimiento de las relaciones humanas, robustecer la corriente afectiva entre las personas sobre la base del prevalecimiento del beneficio e interés del menor. El régimen de visitas estará siempre sujeto, por decir subordinado y sometido, al interés del menor. Cada caso deberá ser considerado de manera independiente, dado que cada menor tiene una necesidad, una exigencia de compartirse con su gente, de allí que el interés de un menor no pueda ser el mismo que el interés de otro, lo que debe ser tomado en cuenta en la fijación de este régimen. El problema se presenta en la determinación de dicho interés, es decir de quién depende la calificación del mismo. En términos legales la decisión no está en el menor (aunque le corresponda), sino en los padres que en virtud de la patria potestad ostentan la representación del menor. En caso de controversia resolverá el juez.
- d)** Edad, el elemento cronológico es esencial. En el caso de los menores la edad juega un factor fundamental, pues de la misma depende la fijación del régimen tomando en consideración el beneficio para el desarrollo del niño o adolescente. No puede fijarse un mismo régimen de visitas para un menor de 5 años que para un recién nacido o un bebé de 5 meses.
- e)** Opinión del menor, tomando en consideración los puntos anteriores, resulta básico, de acuerdo a la madurez y discernimiento del menor escuchar su opinión dado que el estatus de beneficiario directo del régimen. Una interpretación extensiva del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes permitiría concretar la opinión.
- f)** La calidad de quien lo solicita, en este caso analizar el grado de parentesco, la afinidad, pues no todo régimen debe ser similar en su establecimiento a los pensados para los progenitores.

(88) BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 284.

El establecimiento de este régimen debe ser rápido y efectivo en interés de la preservación de los lazos familiares o afectivos, dado que la demora judicial no puede afectar las relaciones naturales y menos el desarrollo del menor.

2.6. Forma de determinación

El régimen de visitas puede ser establecido de varias maneras⁽⁸⁹⁾:

Común acuerdo. Sin duda el más adecuado, pero no por ello el más usado (por el contrario), esta forma de establecimiento, incluso, puede ser definido en un proceso de mediación o conciliación familiar.

Sentencia judicial. En un proceso directo de establecimiento del régimen, o en los casos de sentencias que resuelven los casos de separación de cuerpos, divorcio, nulidad o tenencia en los que se debe considerar el régimen del caso para el padre que no tendrá al menor en lo cotidiano.

De oficio. Establecido por el juez a falta de solicitud de las partes. Esta facultad responde a la máxima del interés superior del niño de relacionarse con el padre con quien no convive.

Por el contrario, un caso especial, subsumido dentro del régimen de visitas, es que el progenitor que tenga a su cargo al menor puede solicitar que el otro asuma una responsabilidad comunicacional con su hijo, es decir, cabe la posibilidad que quien no cumple con estar y compartir el desarrollo del niño pueda ser exigido a que lo haga.

2.7. Facultades

Las facultades que consagra este derecho son por lo demás variadas y propias a cada situación. Las relaciones que exige cada persona, según sus necesidades son las que servirán de pauta para el establecimiento del régimen. Entre ellas tenemos⁽⁹⁰⁾:

- a) La comunicación, la que puede ser física o escrita, telefónica o epistolar.
- b) El padre debe velar por el desarrollo de su hijo, teniendo la facultad de vigilar y enterarse de su educación, formación y desarrollo integral.

(89) VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 321-322.

(90) *Ibidem*, p. 322.

- c) El régimen de visitas no indica una exclusividad de permitir al padre entrar y estar en el domicilio del menor, sino que también faculta al progenitor a externar al niño, es decir estar fuera del lugar donde vive; permitiendo una relación humana fluida y plena, espontánea e intensa, así como la correspondiente intimidad entre padres e hijos que no viven juntos. Inclusive, el externamiento puede ser ampliado con la posibilidad que el menor pernocte en casa del familiar con quien no vive, si las circunstancias así lo permiten.

2.8. Casos especiales

Entre los otros casos especiales que pueden presentarse tenemos⁽⁹¹⁾:

- **Para el caso de la adopción**, en algunas situaciones este derecho de relación puede consistir en una comunicación epistolar o telefónica, en visitas en sentido estricto en casa de los padres adoptivos o breves entrevistas fuera de ella, y en algún caso la petición y obtención de los padres de información acerca de la salud, de estudios y demás del hijo adoptado.
- **Para el caso de la técnicas de reproducción asistida**, a fin que aquellas personas que han actuado como cedentes de material genético conozcan y se relacionen con su descendencia.

2.9. Limitación

Téngase siempre en cuenta que el régimen de visitas debe buscar la revitalización de los lazos paterno-filiales y no por el contrario el debilitamiento o alejamiento de las relaciones humanas. La limitación o privación de las visitas solo debe tener lugar por causas graves tales como maltratos, enfermedad, creencias, así como malos ejemplos, vicios, riesgo de sustracción, entre otros. Las situaciones intrascendentales o que no impliquen mayor peligro en su integridad o salud para el menor deberán ser evaluados por el juzgador a efectos de permitir la relación o restringir la misma, procediendo en todo caso al establecimiento de un régimen tutelado⁽⁹²⁾.

Si bien la relación familiar es un derecho familiar de los padres y de los hijos para compartirse, lo cual implica que no solo debe promocionarse e

(91) *Ibidem*, p. 323.

(92) *Ídem*.

incentivarse, sino también protegerse y ello se da a través de la limitación. En algunas relaciones el contacto del menor con su padre resulta ser más perjudicial que la ausencia de la relación paterno-filial. Nadie puede negar al progenitor que no convive con el menor mantener un contacto fluido con él peor tampoco se puede permitir que dicha vinculación resulte dañina, solo el juez, ante situaciones excepcionales, podrá impedirlo⁽⁹³⁾.

2.10. Penalidades por su incumplimiento

En nuestro medio falta robustecer esta institución.

El Código de los Niños y Adolescentes indica que el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y, en caso de resistencia, podrá originar la variación de la tenencia (art. 91). Es muy común que, decretado un régimen el mismo, en la mayoría de los casos no sea respetado por la parte que tiene la tenencia del menor de manera tal que, el no permitir el cumplimiento del régimen debería determinar un delito, que podría denominarse **no presentación del hijo**⁽⁹⁴⁾, aunque desde ya implica un acto de violencia familiar.

El régimen de visitas forma parte del derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita⁽⁹⁵⁾.

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral⁽⁹⁶⁾.

(93) *Ibidem*, p. 324.

(94) MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 95.

(95) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, p. 261.

(96) *Ídem*.

Así tenemos como principal sujeto titular beneficiario del derecho de visitas, al visitado, al menor de edad tomando en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño y que más que un derecho de los visitantes, el régimen de visitas se establece y regula considerándolo como un derecho del menor de edad visitado.

Respecto al régimen de visitas contamos con criterios jurisprudenciales como el siguiente que refuerzan las disposiciones normativas:

“Que, sin embargo, conforme a lo preceptuado por el numeral 92 del Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, lo que no ha sido señalado en la apelada, por lo que es pertinente aplicar lo dispuesto por el último párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil. Que de otro lado, las visitas por parte de don Luis Ojeda Pimentel a sus hijos, deben realizarse en forma normal, a fin de que tanto los menores como el padre, puedan ir mejorando las relaciones paterno-filiales deterioradas”⁽⁹⁷⁾.

3. La educación

Siguiendo a Lafaille, la educación es, indiscutiblemente, dentro del sinnúmero de obligaciones que tienen los padres, la más importante pues, en cierta manera, subsume a todas las demás o, en su defecto, las complementa con sus características⁽⁹⁸⁾. En la educación hay que tomar en cuenta la ecuación estructurada por Luis Fernández Clérigo quien refiere que los medios y condición de los padres tienen que estar relacionadas con la vocación y aptitudes del hijo⁽⁹⁹⁾.

La educación es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena en la sociedad. De acuerdo a Héctor Cornejo Chávez, educar es cultivar las virtualidades positivas y desalentar las negativas⁽¹⁰⁰⁾. La educación comprende la escolar y la superior, incluyendo la universitaria o tecnológica.

Como se verá más adelante, la facultad de corrección es correlativa del deber de educación.

(97) Expediente N° 344-98. Considerandos Quinto y Noveno.

(98) LAFAILLE. Ob. cit., p. 411.

(99) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 295.

(100) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 189.

En cuanto a la educación religiosa, Luis Fernández Clérigo señala, analizando la legislación suiza, que debe velarse por la autonomía de conciencia del hijo, son nulas las convenciones que limiten la libertad del hijo y, en todo caso, a los 16 años este tendrá el derecho por sí mismo de elegir su religión⁽¹⁰¹⁾. De este modo, la prerrogativa de los padres queda desplazada si los hijos, alcanzando su discernimiento, optan por participar o profesar otra religión o culto⁽¹⁰²⁾.

4. La corrección

Es deber de los hijos respetar, obedecer y honrar a sus padres; este es un deber de orden ético y moral (cuarto mandamiento) y, también, legal (art. 454 de nuestro Código Civil). Su incumplimiento puede acarrear medidas disciplinarias legítimas como la corrección o aplicarse las causales de desheredación⁽¹⁰³⁾.

La corrección implica garantizar y establecer la autoridad de los padres sobre los hijos. Debe ser realizada de manera moderada, formando así parte de la educación. No es un derecho absoluto; por el contrario, está limitado, de allí que la legislación vigente consagre la expresión “corregirlos moderadamente” (art. 423 inciso 3 del Código y art. 74 inciso d) del Código de los Niños y Adolescentes). Por su exceso se puede incurrir en una causal de restricción o destitución de la patria potestad (art. 75 inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes y art. 463 inciso 2 del Código Civil). Todo abuso es sancionado por la legislación, por lo que el poder de corrección debe ejercerse moderadamente, excluyéndose los actos que lesionen la integridad psico-física del hijo; su abuso se encuadra dentro de la política de violencia familiar, y la razón es que esta puede dañar al hijo en lo inmediato, como también ponerlo en situación de grave peligro; por lo tanto se constituye en causa de privación de la patria potestad⁽¹⁰⁴⁾.

En consecuencia, obediencia y corrección son derechos-deberes correlativos. La desobediencia del hijo conlleva a que el padre pueda corregirlo (forma directa) y si es incorregible puede, incluso, solicitar su internamiento (forma indirecta). Sin embargo, no hay que confundir el derecho de infligir a los hijos

(101) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 294.

(102) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 331.

(103) Ídem.

(104) *Ibidem*, pp. 331-332.

ligeros castigos corporales y el derecho de corrección, ya que este es un medio dado a los padres para generar y motivar en los hijos la obediencia. Existen infinidad de formas de corregir a los hijos, siendo la más extrema (y reprimible) el castigo físico; empero, antes de ella se encuentran otras modalidades más adecuadas, como el diálogo, la reprimenda, la reflexión en común, la advertencia y la amonestación⁽¹⁰⁵⁾.

5. Asistencia

También es conocida como “sostenimiento” y, como tal, es recíproca, siendo de padres a hijos y de hijos a padres. En su sentido genérico, implica el cuidado, el resguardo y la atención de la persona y los bienes del asistido. En su sentido especial, la asistencia se ha vinculado con la institución de los alimentos⁽¹⁰⁶⁾.

En este orden de ideas, los alimentos comprenden la satisfacción de las necesidades fundamentales que permiten el desarrollo integral de la persona y se deben, no obstante, el mal comportamiento del hijo o la conducta inmoral que lo haya llevado a carecer de aptitud para atender su subsistencia (art. 473 del Código Civil)⁽¹⁰⁷⁾.

Resulta importante señalar que el deber de asistencia o sostenimiento no cesa por la adquisición natural o especial de la capacidad, sino que se prolonga a la consecución exitosa de estudios profesionales o técnicos⁽¹⁰⁸⁾.

En el ordenamiento jurídico peruano encontramos respecto de los alimentos una regulación constitucional que establece como deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (art. 6 de la Constitución). Además, la legislación práctica y operativa consagrada en el Código Civil (arts. 472 y ss.) y en especial el artículo 423, inciso 1 que indica que es deber de los padres que ejercen la patria potestad proveer el sostenimiento y educación de los hijos, entendiéndose menores de edad⁽¹⁰⁹⁾.

La obligación de proveer al sostenimiento de los hijos es un deber de los padres que ejercen la patria potestad (art. 423, inciso 1 del Código Civil).

(105) *Ibíd.*, p. 332.

(106) *Ibíd.*, p. 333.

(107) *Ídem.*

(108) *Ídem.*

(109) *Ídem.*

Esta obligación de sostenimiento, sustentada en los alimentos, debería extinguirse conjuntamente con la terminación de la patria potestad, por ejemplo, con la mayoría filial. Sin embargo, siendo el sostenimiento una obligación esencial, y por demás natural, al permitir el desarrollo de los hijos, se prolonga, permanece, incluso extinguida la patria potestad, como lo contempla el artículo 424 del Código Civil⁽¹¹⁰⁾. Así pues, el referido artículo establece que: “Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas”.

La prolongación legal de la obligación alimentaria, que de arranque no implica la prórroga de la patria potestad, se da cuando los hijos estén estudiando o tengan alguna incapacidad en los siguientes casos⁽¹¹¹⁾:

- a) **Estudios.**- Se refiere a estudios profesionales, académicos o de perfeccionamiento. Esto se justifica en razón que es deber de los padres preparar a los hijos para que puedan llevar una vida productiva, valer-se por se, que ingresen al mercado laboral con un *expertise*. La norma dice que **estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad**.

Son tres elementos a tenerse en cuenta:

- **Éxitos en los estudios.** Buenas notas, no necesariamente altas dado que estas dependen de la profesión, de la universidad y hasta de cada profesor. Es un tema por demás subjetivo y dependerá del grado de apreciación de los padres y del juez.
- **Estudios de una profesión u oficio.** Se trata de estudios profesionales (título profesional), académicos (maestría, doctorado), de especialización (diplomados, segunda especialidad) o de un oficio (carrera técnica) en institutos, universidades o centros de alta especialización.

(110) *Ibidem*, pp. 333-334.

(111) *Ibidem*, pp. 334-335.

Salvo que el padre no haya cumplido en su momento con brindar una educación escolar primaria y/o secundaria, el que el hijo mayor de edad tendrá derecho de exigirla. No es obligación de los padres cumplir con el pago de las pensiones de un escolar mayor de edad dado que esta obligación –de educación, instrucción y capacitación para el trabajo– corresponde respecto de sus hijos menores de edad como premisa general.

- **Edad límite, 28 años de edad.** No es una obligación permanente sino limitada a un tiempo. La edad fijada, 28 años, a nuestro criterio, si bien antojadiza, nos lleva a pensar que la obligación de solventar los estudios de los hijos es más allá de los títulos profesionales que puedan obtener. Hoy el mercado exige especialidades, perfeccionamiento que obtienen a través de cursos de posgrado. Los padres asumen el compromiso de hacer competitivos a sus hijos.

b) Incapacidad.- Incapaz es aquel que no puede por sí mismo satisfacer sus necesidades. Son aquellas personas que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Conforme lo manda el artículo 473 del Código Civil si la causa que lo redujera a dicho estado fuera su propia inmoralidad, el hijo solo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir, los llamados **alimentos necesarios**, indispensables para la satisfacción de sus requerimientos primordiales, salvo que el alimentista sea ascendiente del alimentante (art. 473 *in fine* del Código Civil).

Los hijos a los que hace referencia la norma tienen plena capacidad, son mayores de 18 años, por lo que es conveniente situar este artículo en el capítulo correspondiente a alimentos, puesto que estos hijos ya no se encuentran dentro de los alcances de la patria potestad.

Por otro lado, es preciso aclarar que la norma genérica en materia de alimentos es el artículo 473 el cual indica que “El mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia”, por lo que mal hace el artículo 424 en especificar el caso concreto de las hijas.

6. Prestación de servicios

La prestación de servicios es un derecho-deber derivado de la guarda que consiste en recibir ayuda y aprovechar los servicios de los hijos, con la limitación correspondiente a su edad y condición, sin perjudicar su educación y atención (art. 74 inciso g de nuestro Código de los Niños y Adolescentes y art. 423 inciso 4 de nuestro Código Civil). Como el valerse de la prestación de servicios de los hijos implica inculcarles hábitos en el trabajo, esta situación se vincula con el deber-derecho de los hijos a la educación, ya que se les prepara para el futuro de una manera directa.

Se trata de una relación netamente familiar, sin contenido laboral, por lo que se toma en cuenta de manera esencial que la labor sea beneficiosa y que no perjudique el desarrollo del menor.

CAPÍTULO IV

TIPOS Y SUJETOS DE LA TENENCIA

Podemos clasificar a la tenencia de acuerdo a los siguientes criterios:

I. DE ACUERDO A SU EJERCICIO

De acuerdo a la manera como realizan el ejercicio de la tenencia de sus hijos, se puede clasificar en:

1. Tenencia conjunta

Se da en las situaciones en los cuales con o sin matrimonio, con o sin unión estable, ambos progenitores ejercen conjuntamente la tenencia de los hijos, porque existen convivencia entre dichos progenitores. Se da cuando ambos padres cohabitan con los hijos.

2. Tenencia compartida

La tenencia compartida propiamente dicha se da en aquellos supuestos en que no existiendo dicha convivencia entre los progenitores, estos deciden compartir el tiempo de tenencia de los hijos. Así pues, se da cuando los padres comparten el tiempo de convivencia con los hijos.

Demás está precisar que solo cuando ambos padres tienen la titularidad de la patria potestad pueden ejercer la tenencia de manera conjunta o compartida. Existen varias modalidades de tenencia conjunta o compartida. Cada caso es particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, horario

escolar, carga laboral de los padres, número de hijos, en fin. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras⁽¹¹²⁾:

- Guarda conjunta o compartida, ambos padres comparten el cuidado de los hijos en forma permanente.
- Guarda alternativa, los hijos permanecen temporalmente en la casa de cada uno de sus padres
- Sistema de anidación, son los padres los que se trasladan a la casa del hijo.

3. Tenencia exclusiva o separada

En la tenencia exclusiva o separada, solo el padre o la madre ejerce la tenencia de sus hijos con o sin matrimonio. La razón principal de tal supuesto es la separación de hecho de los padres. Así pues, los padres pueden tener ambos, la titularidad de la patria potestad, pero el ejercicio de sus elementos de manera exclusiva o separada. Pero también se da en aquellos supuestos de pérdida, extinción o suspensión de la patria potestad en uno de los progenitores.

II. DE ACUERDO AL TIEMPO

Existen en doctrina diversos tipos de tenencia. Para los fines que competen a los temas bajo análisis, nos quedamos con el criterio simple de clasificación de la tenencia, a partir del tiempo de utilización de la institución. De acuerdo al referido criterio, tenemos: La tenencia definitiva y la tenencia provisional.

1. Tenencia definitiva

La tenencia definitiva es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que como sabemos, tiene calidad de cosa juzgada. Así, pues, esta tenencia es definitiva en el sentido de que se requeriría nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la varíe o modifique. Se determina al final de un proceso judicial

(112) *Ibidem*, p. 380.

o acuerdo conciliatorio. Se plantea esta pretensión, generalmente a través de un proceso principal⁽¹¹³⁾.

2. Tenencia provisional

La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia, de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional. En nuestro medio, la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Se presume que el menor está corriendo un grave riesgo al estar con el otro progenitor, este debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años⁽¹¹⁴⁾.

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional precisamente porque la tiene de hecho, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin de que se le reconozca el derecho, con las garantías correspondientes. La ley prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor⁽¹¹⁵⁾.

Se dice que esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (el que tiene y el que no tiene la custodia). Ante tal interpretación, los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la norma constitucional⁽¹¹⁶⁾.

La tenencia provisional se plantea usualmente como una medida cautelar, a través de un proceso cautelar. Dependerá de la eficacia de las pruebas del solicitante, para el éxito de esta medida, así como también puede llegar a ser determinante la voluntad del menor de edad⁽¹¹⁷⁾.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 87, respecto de la tenencia provisional, establece que: “Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física,

(113) CANALES TORRES, Claudia. “Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia”. En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014, p. 111.

(114) Ídem.

(115) Ídem.

(116) *Ibidem*, p. 112.

(117) Ídem.

debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas. En los demás casos, el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción solo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera de proceso”.

No se encuentra el fundamento por el cual el artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes protege solo la integridad de los menores de tres años con la tenencia provisional, cuando debería protegerse la integridad de todos los menores. Además, consideramos que debe protegerse al menor no solo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente⁽¹¹⁸⁾.

III. SUJETOS DE LA TENENCIA

1. Sujetos activos

Los padres o los abuelos, los cuales se denominan los tenedores.

En el caso de los padres opera de forma individual, se otorga a uno de ellos mientras que en los abuelos opera de forma individual –a uno de ellos– o conjunta –a la pareja de abuelos– prefiriéndose, en mejor medida, a esta última.

2. Sujetos pasivos

Los hijos, los cuales se denominan los tenidos.

(118) Ídem.

CAPÍTULO V

DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA

Cuando los padres estén separados de hecho, conforme al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, la tenencia se determina⁽¹¹⁹⁾:

1. Por acuerdo

Es la voluntad de los padres, tomando en cuenta la opción del menor, el que mejor puede identificar las relaciones de tenencia. Acuerdo, de ambos, con la finalidad de satisfacer al máximo las necesidades filiales.

La tenencia no es una relación familiar de dos, ni en su decisión ni en su práctica. Es una relación trilateral en la que el padre, la madre y el hijo deben expresar sus intenciones y deseos para que pueda ser llevada a cabo de forma plena. La exclusividad, en el ejercicio de esta relación familiar como derecho, está descartada.

2. A falta de acuerdo

De no existir acuerdo, sino discrepancia, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Esta situación es bastante difícil y compleja porque se deja en manos de un tercero, el juez, tomar la decisión de conferir la tenencia a uno u otro padre. Puede confirmarse a aquel que la tiene, lo cual supone la continuidad de la tenencia, o puede despojarse a uno para entregársela al otro, lo cual supone la entrega del menor. La tenencia es una institución jurídica en donde más se manifiesta o exterioriza el conflicto entre los padres por lo que se pide a

(119) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 304-308.

estos corrección en su actuar procesal, a fin de no denunciar agravios que carecen de todo asidero real, puesto que ello implicaría infringir el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con el numeral IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil y procurar, alturadamente lo mejor para el menor.

En estos casos el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente, de acuerdo con el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; y,
- b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre.

El juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta el del adolescente, de acuerdo con el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes. En todo caso puede disponerse la tenencia compartida, ni a uno ni a otro, para ambos igual, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor⁽¹²⁰⁾.

3. Los abuelos asumen el cuidado del nieto en los casos específicos e incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando el derecho a la identidad y el relacionamiento paterno-filial del hijo

Corresponde a los abuelos la tenencia de su nieto. Nada lo impide, ni restringe. Si bien, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes regula el caso de la tenencia cuando los padres están separados de hecho, la Corte Suprema se ha pronunciado por amparar la causal de interpretación errónea de dicho artículo, realizando una interpretación extensiva de este, entiende que los abuelos pueden peticionar la tenencia, estando a que el propósito central de este tipo de procesos es determinar lo que sea más favorable al menor. Ellos no solo tienen vocación familiar, tienen el compromiso afectivo de hacerlo más aún en los casos en los que existe convivencia, cuidado y manutención de abuelos respecto de nietos. En estos casos el juez deberá evaluar lo siguiente:

(120) El juzgador ha fundamentado adecuadamente en la sentencia impugnada los motivos por los cuales la norma citada resulta inaplicable, habiendo resuelto la pretensión teniendo en cuenta el interés superior del niño - Cas. N° 227-2005-Ucayali. Debe precisarse que han sido aplicados de conformidad con el principio fundamental, en materia de derechos de los niños y adolescentes, cual es el interés superior del niño, principio rector además que rige los procesos en las cuales se involucran niños - Cas. N° 4710-2006-Ica.

- a) Debe preferir a la pareja de abuelos (entendiéndose por pareja aquella sustentada en la convivencia), aquellos que conforman una familia. En caso exista parejas de abuelos por ambos lados, paterno y materno, verificará cuál ofrece al menor lo mejor para su desarrollo y bienestar.
- b) No habiendo pareja de abuelos, o existiendo no le ofrezca condiciones de calidad de vida al nieto, es perfectamente posible que se otorgue la tenencia solo a uno de los abuelos.
- c) El nieto deberá permanecer con el (los) abuelos con quien convivió mayor tiempo, tomando en consideración su derecho de relación lo que permite la continuidad de las relaciones referenciales de familia.

Con estos criterios es posible que los abuelos gocen de la tenencia siempre y cuando actúen como padres, asumiendo dicho rol y sea de interés directo del menor:

“Ni el a quo ni el ad quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya tenencia reclama a través de la presente demanda sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna”⁽¹²¹⁾.

“Corresponde la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos en la medida que alejar a la menor de estos, quienes desde la muerte de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella, siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado atenciones y cuidado que todo niño necesita, implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social, lo cual se contradice con el interés del niño”⁽¹²²⁾.

A falta de acuerdo o de padres, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente, a su desarrollo siempre que mantenga contacto con el progenitor.

(121) Casación N° 4774-2006-La Libertad.

(122) Casación N° 4881-2009-La Libertad.

La tenencia del niño no es prohibida por la norma por lo que nada impide que sea decretada o confirmada (con base en el principio de libertad personal). Si bien si en ninguno de los artículos 81 al 87 del Código de los Niños y Adolescentes se hace referencia a la tenencia de los abuelos, no es óbice otorgársela en aplicación del interés superior del niño. Una interpretación extensiva, en particular de los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, lleva a comprender que los abuelos pueden ser sujetos activos directos de la tenencia de sus nietos en casos específicos de incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando el derecho a la identidad, el relacionamiento paterno-filial del hijo y valorando el interés superior del menor. Así como el juez en mérito de la facultad que le concede el segundo párrafo del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, puede disponer un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño, la misma lógica debe aplicarse para conceder a los abuelos la tenencia de sus nietos⁽¹²³⁾.

(123) VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 307-308.

CAPÍTULO VI

OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA

I. CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA

Con base en un principio de igualdad entre los padres, la calidad de padre (en sentido masculino) no debe perjudicar, ni el hecho de ser madre debe beneficiar para ejercer la tenencia. Ambos cada quien de acuerdo a su naturaleza, están en condiciones de criar a su hijo, al menos a eso debemos tender, sin discriminar a uno u otro⁽¹²⁴⁾.

No obstante ello, tenemos en nuestra legislación lo siguiente:

Como hemos visto líneas arriba, el Código Civil considera que si ambos cónyuges son culpables de la separación, los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de 7 años, al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa, de acuerdo con el artículo 340 del Código Civil.

Por su parte el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 84, considera que, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo menor de 3 años permanecerá con la madre.

Concordamos con Enrique Varsi cuando considera que el hecho de ser madre no otorga una mejor posición para adquirir la tenencia, en razón de que puede ser el padre a quien se le confiera al ser este el mejor preparado para ello. En nuestro medio, como hemos visto, la ley sí ofrece ventaja a la madre para mantener la tenencia-retener, en caso el hijo tenga menos de tres años⁽¹²⁵⁾.

(124) *Ibidem*, p. 308.

(125) *Ibidem*, p. 309.

La tenencia sin duda es un tema muy importante dentro del Derecho de Familia, al determinarse se precisa con quien vivirán los menores, ya sea con el padre o con la madre. Cuando los padres estén separados, la tenencia de los niños y adolescentes generalmente se determinará de común acuerdo con ellos. Sin embargo, al no haber acuerdo de los padres o si estando de acuerdo, este resulta perjudicial para ellos, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Actualmente, en nuestro medio tenemos la denominada tenencia compartida, mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de la tenencia compartida es que los dos progenitores, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

En tal sentido, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 81, establece 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. 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”. Así, pues, el Código de los Niños y Adolescentes se muestra como una norma mucho más abierta que el Código Civil a esta institución.

Por su parte, el citado cuerpo normativo, en su artículo 83 establece lo siguiente: “El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes”. La tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés, en otras palabras, la demanda de tenencia no solo podrá ser presentada por el padre que no tenga al niño o adolescente, sino también por el que lo tenga.

Asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece, respecto de las facultades del juez, que: “En caso de no existir acuerdo

sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y,
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera 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”.

También una regla en materia de tenencia de menores de edad, es la contemplada en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”. Ello no implica que el juez decida siempre atendiendo a los deseos de los menores.

Algunos de los supuestos que implican generalmente la solicitud judicial de la tenencia de los hijos menores son⁽¹²⁶⁾:

- La existencia de una separación de hecho, de facto de los padres.
- La no existencia de acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.
- La existencia de acuerdo de padres al respecto, pero que sea perjudicial para el niño o adolescente.
- El juez debe tomar en cuenta el parecer del niño o adolescente.

Además de las disposiciones normativas con las que contamos, encontramos determinados criterios jurisprudenciales que nos ilustran respecto de aquello que se prioriza al analizar la determinación y el otorgamiento de la tenencia⁽¹²⁷⁾:

(126) CANALES TORRES, Claudia. Ob. cit., pp. 106-107.

(127) *Ibidem*, p. 107.

- a) El interés superior del niño y adolescente: principal criterio a tenerse en cuenta que implica que entre las alternativas que se tengan para determinar la tenencia, se escoja la que sea más beneficiosa para el niño o adolescente. Las normas precisan de manera general la importancia de tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y del adolescente para la determinación de la tenencia.

Cillero Bruñol nos explica que el interés superior del niño constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen⁽¹²⁸⁾. En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor; y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas

(128) CILLERO BRUÑOL. Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en: <<http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>>, p. 8.

y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea este proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

En el ámbito nacional, el principio del interés superior del niño lo encontramos plasmado normativamente en el Código de los Niños y Adolescentes. Así pues en el artículo IX del referido cuerpo legal establece que: “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”.

Esto se concuerda con el principio constitucional plasmado en la primera parte del artículo 4 de nuestra Carta Magna que establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. (...)”.

Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, podríamos considerar que el interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de

sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Con respecto a la tenencia y el régimen de visitas en el mismo Código de los Niños y Adolescentes, se establecen referencias directas al Interés Superior del Niño. Así, dicho cuerpo normativo en el ya citado artículo 81 establece en su segunda parte, respecto de las resoluciones judiciales de tenencia 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”.

En similar sentido, con respecto al régimen de visitas, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes establece que: “El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”. Asimismo, respecto de la extensión del régimen de visitas, el citado cuerpo legal establece en su artículo 90 que: “El Régimen de Visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique”.

“Que, en tal contexto, se advierten circunstancias referenciales que suponen grave peligro para la integridad de los niños xxx y zzz: 1) La imputación de que el padre, ahora demandante, habría incurrido en actos contra la libertad sexual en agravio de una menor de edad –hermana de sus hijos por la línea materna– lo que pone en tela de juicio el cumplimiento de su rol paterno y su comportamiento en relación a la indemnidad sexual de sus hijos; y, 2) A pesar de los esfuerzos realizados para que con motivo del régimen de visitas la relación entre madre e hijos mejore, los hechos demuestran lo contrario, la relación materno-filial se resquebraja cada vez más, lo que demuestra indiscutiblemente que el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna sigue incidiendo negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los niños. Aspecto que se pone de manifiesto en el considerando décimo séptimo de la sentencia de vista, donde analizando el dictamen del Fiscal Superior de fojas mil setecientos, pondera que: “(...) si bien fundamenta su posición en los informes psicológicos corrientes en hojas setecientos cincuenta y ocho a setecientos cincuenta y nueve, que señala que la menor xxx ‘prefiere vivir con su padre’ (...), asimismo en el informe psicológico de

folios setecientos sesenta a setecientos sesenta y uno, practicado al niño zzz, (...) ‘prefiriendo la del padre’. Dichas declaraciones en el contexto de alienación parental deben ser tomadas con reserva. En este sentido, además, se hace una ponderación del derecho de opinión previsto en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes con el derecho a no ser separados de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo adecuado con ellos, tal como lo consagra los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De tal manera que este colegiado no puede priorizar el otorgamiento de la tenencia y custodia a quien no ha observado y garantizado dicho derecho de los niños (...). Con lo cual, las declaraciones realizadas por los menores respecto a que prefieren vivir con su padre, deben ser ponderadas en el contexto de alienación parental, por lo que deben ser tomadas con reserva, pues como se ha precisado en los considerandos vigésimo y vigésimo primero, la figura materna frente a los menores ha sido mermada, siendo necesario que se restablezcan los vínculos materno-filiales. Asimismo, como también se ha precisado, los criterios previstos por el Código de los Niños y Adolescentes, son orientadores, mas no determinantes, de la decisión; en consecuencia, la recurrida no infringe el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, por el contrario, la interpreta y aplica teniendo como parámetro qué es lo más beneficioso para los niños”⁽¹²⁹⁾.

“En cuanto a la denuncia consignada en el apartado C) si bien es cierto el argumento central del demandante para solicitar la tenencia de su menor hija, consiste en que esta habría sido víctima de violación sexual debido al descuido de la madre de la menor, delito cuya comisión la atribuye a un familiar de esta (madre de la menor), no es menos cierto que en atención al principio del interés superior del niño y del adolescente, contenido en el artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el juez no puede limitarse a ponderar solo lo alegado en la demanda, sino que debe considerar todos aquellos factores que inciden en un adecuado desarrollo de la salud emocional y física del menor. Por consiguiente, el ad quem no ha incurrido en la infracción aquí alegada, por cuya razón no se cumple, en rigor, con la exigencia del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Procesal Civil⁽¹³⁰⁾.

“Que, si bien en el caso sublitis, la Sala ha considerado que la sustracción de la menor de la casa materna constituye un acto irregular, ello no guarda mayor relevancia en el presente proceso, cuyos puntos controvertidos han sido

(129) Casación N° 2067-2010-Lima. Considerando Vigésimo Tercero.

(130) Casación N° 380-2011-Huaura. Considerando Sexto.

fijados con la finalidad de que se determine a qué progenitor corresponde la tenencia de la menor XXX, conforme a las condiciones más beneficiosas e interés superior de la niña, siendo que el referido pronunciamiento del ad quem no ha desvirtuado la validez de aquellos medios probatorios que han sido analizados por el a quo, conforme a lo señalado en el cuarto considerando de la presente resolución⁽¹³¹⁾.

“Que, la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño; resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro⁽¹³²⁾.”

“Que si bien está establecido que la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido, la declaración que hace el padre del nacimiento del menor Julio Mario Paolo Granda De La Torre, comprende a la madre cuyo nombre también declara; de modo que, en el caso de autos, ambos padres accionan por iguales motivos en pos de la tenencia de dicho menor; que es de señalar, en ese sentido, que es deber de los padres velar que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral; que, igualmente todo niño tiene derecho a la atención integral de su salud y a desarrollarse físicamente e intelectualmente en condiciones adecuadas; que, por ello, sin afectar la tenencia que actualmente detenta la demandante es conveniente por el interés superior del niño, que su padre continúe atendiendo directamente todo lo relacionado con la atención médica del mencionado menor, pues ha quedado demostrado en el presente proceso que dispone de más tiempo que la madre y reúne las condiciones para ese cometido; que, así, ambos padres del menor asumen en forma compartida las necesidades de su menor hijo, pues fluye de los informes sociales que existe armonía y buena disposición de los padres, quienes han expresado, coincidentemente, su deseo de conformar un hogar legalmente constituido, con su hijo al lado, que del mismo modo, cabe incidir en que la tierna edad del menor y su delicado estado de salud, por padecer de displasia en la cadera y en la rodilla requiere del calor y los cuidados maternos⁽¹³³⁾.”

(131) Casación N° 34-2004-Junín. Considerando Cuarto.

(132) Casación N° 1738-2000-Callao. Considerando Sexto.

(133) Expediente N° 932-95. Considerando Único.

“Que, respecto al derecho de patria potestad y tenencia alegado por el apelante, el artículo 340 del Código Civil, faculta al Juez a que confíe a los hijos menores de edad al cónyuge que obtuvo la separación o en su caso el Divorcio por causa específica a no ser que este adopte por el interés supremo de aquellos otra disposición. Que el artículo octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que en toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado, se considerará el interés superior de este y la protección de sus derechos”⁽¹³⁴⁾.

“Que, si el recurrente pretende mediante su demanda la restitución o retorno a la República Española de la niña Ana María Esparza Cornejo, que en la actualidad tiene seis años de edad, nacida el veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y ocho; por ser este país su residencia habitual; entonces la aplicación al caso de autos del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores sería pertinente, por cuanto son aplicables tanto aquellas normas que obligan a la restitución internacional de menores, como a las excepciones contenidas en dicho cuerpo normativo, las cuales impiden la restitución; consecuentemente, la decisión del Colegiado al amparar la excepción aludida, no debería ser considerada una omisión de pronunciamiento respecto a la pretensión; por el contrario se debe considerar un pronunciamiento adverso al que pretende el recurrente mediante su demanda; máxime, si por su corta edad a la menor le conviene la protección directa de la demandada, en aplicación del interés superior a que se contraen las Convenciones Internacionales sobre Derechos de los Niños y Adolescentes, recogido por el Código respectivo, aprobado por el Perú por la Ley N° 27337. Bajo ese contexto, se puede colegir que sostener lo contrario, implicaría considerar a la Corte de Casación una instancia más en la que se pueda provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia recurrida, quedando excluido de su labor todo lo referente a la valoración del causal probatorio, el aspecto fáctico del proceso y juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal de mérito”⁽¹³⁵⁾.

“Que, de la revisión de las sentencias de mérito fluye que ni el a quo ni el ad quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya tenencia reclama a través de la presente demanda, sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del

(134) Expediente N° 2992-97. Considerandos Cuarto y Sexto.

(135) Casación N° 611-2005-Lima. Considerando Tercero.

Código de los Niños y Adolescentes, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna; argumentación jurídica que el actor no ha desvirtuado, lo que significa que el agravio expuesto no guarda correspondencia con lo que es materia de la sentencia de vista y si ello es así se incumple el nexo de causalidad que como requisito de fondo fluye del artículo trescientos ochentiocho inciso segundo del Código Procesal Civil¹³⁶.

“Por lo tanto, se ha contravenido el artículo 340 del Código Civil, al no haber pronunciamiento sobre el ejercicio de la patria potestad, lo cual concuerda con el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, respecto al régimen de visitas de quienes no ejercen la patria potestad, supuestos que debieron ser objeto de pronunciamiento, atendiendo a que en debate no solo está la situación jurídica de los cónyuges, sino también la de sus menores hijos, frente a lo cual se debe atender a su interés superior, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que el a quo debe proceder a calificar nuevamente la demanda, atendiendo al indicado interés superior y conforme al principio de economía procesal¹³⁷.”

“Que, la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos, siendo la tenencia un atributo de la patria potestad. Que, en ese sentido, cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente conforme lo prescriben los artículos ochentinueve y noventidós del Código de los Niños y Adolescentes, tomando además en consideración lo dispuesto en el artículo noventitrés del acotado, que obliga al juzgador a escuchar la opinión del niño. Que, del mismo modo, de acuerdo con el artículo VIII del Título Preliminar del Código anotado, en toda medida concerniente al menor que adopte el Estado, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos. Que, el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor; y como standard jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente¹³⁸.”

(136) Casación N° 4774-2006-La Libertad. Considerando Sexto.

(137) Casación N° 3505-2001-Piura. Considerando Tercero.

(138) Casación N° 1805-2000-Lima. Considerandos Primero, Segundo, Tercero y Cuarto.

“Que, en ese sentido, cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos, y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente conforme lo prescriben los artículos 89 y 92 del Código de los Niños y Adolescentes teniendo siempre en consideración el interés superior del niño y adolescente respecto a sus derechos, estando al principio recogido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código anotado”⁽¹³⁹⁾.

“Que, en cuanto a las causales denunciadas por el Ministerio Público: a) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, argumenta dicha entidad que la Sala Superior inaplicó la citada norma, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 84 del mismo cuerpo legal, esto es, que la menor F.K.V.G. desde el fallecimiento de su madre, cuando tenía siete meses de edad, quedó bajo la protección y cuidado de sus abuelos maternos, con quienes tiene una excelente relación afectiva y condiciones socioeconómicas favorables para su desarrollo integral y, atendiendo al principio del Interés Superior del Niño, no resulta favorable para la menor permanecer al lado de su padre por cuanto no lo conoce, además de que este fue sentenciado al pago de una pensión alimenticia a favor de su hija (Expediente N° 2007-191), por lo cual y en virtud a lo previsto en el artículo 97 del precitado Código, está impedido de iniciar un proceso de tenencia; asimismo, viene siendo investigado como presunto instigador del suicidio de M.G.P. –madre de la menor– y ha sido procesado por delito de abandono de mujer en estado de gestación, si bien fue absuelto por no haberse comprobado el estado crítico de la demandante, ello no enerva el hecho de haberla abandonado; refiere que la Sala Superior al emitir resolución no tomó en cuenta lo señalado por el emplazado al contestar la demanda, en el sentido de que en caso de obtener la tenencia de la menor la misma quedaría bajo los cuidados de su madre política de este y de su padre biológico a quienes la niña no conoce, resaltando que la primera de las nombradas no tiene vínculo consanguíneo con la menor, lo cual desnaturaliza lo dispuesto en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes; y, b) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, expone que la Sala Superior interpretó erróneamente lo dispuesto en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, al sostener que reconocer la tenencia y tutela de la menor F.K.V.G. a favor de sus abuelos maternos significaría desconocer los derechos y deberes de padre e hijo y no darle la oportunidad de tener una relación paterno filial con su

(139) Casación N° 1015-00-Lima. Considerando Sexto.

menor hijo, lo cual le corresponde por su naturaleza de padre. El hecho que la niña permanezca bajo la tutela de sus abuelos maternos de ningún modo significa desconocer los derechos del padre biológico, por el contrario, sin descuidarlos bien pudo integrarse la sentencia fijándose régimen de visitas abierto. En cuanto a lo afirmado por la Sala, cuando señala que la tenencia es un atributo de la patria potestad y por ende solo le corresponde a los padres –no pudiendo ser incluidos otros familiares vía interpretación extensiva de la norma–, lo considera una interpretación errónea por cuanto no tomó en cuenta los criterios uniformes establecidos en las sentencias casatorias números 4774-2006-La Libertad de fecha cuatro de abril de dos mil siete 3172-2005-Lima del veintitrés de julio de dos mil siete y 4710-2006-Ica del treinta de marzo de dos mil siete. Que, en cuanto a las causales denunciadas por el representante del Ministerio Público, corresponde en primer término pronunciarse sobre la inaplicación del principio del interés superior del niño en la sentencia de visita; en ese sentido, se debe precisar que la relación afectiva madre-niño se consolida como un vínculo afectivo cuando existe un amor recíproco entre el recién nacido y su madre, siendo que en este caso al fallecimiento de la madre, la continuidad del vínculo la tuvieron los abuelos maternos al ser las personas quienes respondían a las conductas innatas de la niña, debiendo acotarse que este vínculo constituye la base sobre la cual se desarrollaran los demás vínculos que establecerá el ser humano con las demás personas a lo largo de vida; siendo ello así, resulta claro que el alejar a la menor de la presencia de los abuelos maternos, quienes desde el deceso de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado las atenciones y cuidados que todo niño necesita, implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social lo cual no se condice con lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁽¹⁴⁰⁾.

- b) El derecho de audiencia de los menores: la opinión del niño o adolescente es un criterio importante. Se debe escuchar al niño y tomar en cuenta la opinión del adolescente en los supuestos de determinación de la tenencia.

En tal sentido, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 85, establece respecto de los procesos de tenencia, que: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.

(140) Casación N° 4881-2009-Amazonas. Considerandos Segundo y Octavo.

“Que, una de las manifestaciones del interés superior del niño implica el derecho del menor en sede judicial a ser oído y valorar su opinión para concluir qué es lo más beneficioso para él. Que, el menor participa en el proceso a fin de esclarecer cuál es la persona más idónea afectivamente para tener o mantener la tenencia del niño o adolescente, lo que es materia de análisis. Que al ser oída la menor durante el proceso, se puede concluir que se encuentra estrechamente vinculada con su abuela y que la atención que esta le dedica, no ha producido sin beneficios, esto es, que ha mantenido a la menor dentro de un hogar estable emocionalmente, fomentando en ella su desarrollo personal. Que, en consecuencia, la madre biológica tiene la patria potestad de la menor, mas no así la tenencia y el legítimo derecho de que se establezca un régimen de visitas que le permita a la menor el no desvincularse de quien siempre será su madre y que también le permita estrechar lazos con ella. Que además, el hecho de que la madre biológica no tenga la tenencia de la menor no la sustrae de su ineludible obligación de colaborar con la manutención de la menor, más aún si este extremo se encuentra ligado al interés superior del menor aludido”⁽¹⁴¹⁾.

“Que, fundamenta su acción en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, señalando que tiene legítimo interés moral, toda vez que los menores se encuentran en su poder desde antes que falleciera su recordado hijo. Que, de las entrevistas efectuadas a los menores xxx y zzz, en la audiencia única obrante de fojas sesenticinco a sesentiocho, manifiestan que no conocen a su madre ya que ella los abandonó desde que eran muy pequeños, pero que sí conocen a la mamá de su hermanita quien dijo que se iba a trabajar a Paramonga y nunca más regresó; y al ser preguntados con quién les gustaría seguir viviendo ellos contestaron que con su abuelita y su tío César”⁽¹⁴²⁾.

“Que dada la naturaleza de las cuestiones que se ventilan debe atenderse la opinión de los niños, que si bien estos manifiestan su deseo de permanecer con el padre, el Juzgador debe considerar dicha manifestación en el contexto de los medios probatorios propuestos, por lo que es necesario ameritar los actuados seguidos contra el accionante sobre delito contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones leves en agravio de su esposa Patricia Beatriz Méndez Chocano, obrantes de fojas doscientos ochentiuno a doscientos ochentiocho, que

(141) Casación N° 1279-2000-Piura. Considerandos Quinto, Sexto, Sétimo, Octavo y Noveno.

(142) Expediente N° 2211-98. Considerandos Segundo y Cuarto.

este comportamiento agresivo resulta poco propicio al desarrollo emocional de los menores de edad cuya tenencia se peticona⁽¹⁴³⁾.

- c) Cumplimiento de las obligaciones emergentes de la Patria Potestad: un requisito para solicitar la tenencia es conservar la titularidad de la patria potestad y con ello, las de las obligaciones emergentes de la patria potestad. En tal sentido un criterio a tenerse en cuenta para el progenitor solicitante de la tenencia es el cumplimiento de dichas obligaciones, como por ejemplo, la asistencia, los alimentos, siempre determinados bajo los criterios de la posibilidad y necesidad económicas.

“Que, conforme se puede apreciar del texto del artículo noventa y siete de la Ley veintisiete mil trescientos treinta y siete, este regula un requisito especial de procedencia para la interposición de una demanda de Tenencia, consistente en que el demandante no haya sido objeto de una demanda de alimentos; entendiéndose que el propósito de esta norma es evitar maniobras por parte del progenitor que, queriendo incumplir sus obligaciones alimentarias o hacerlas a su modo, peticione la Tenencia del menor para quien se pidió y otorgó los citados alimentos; Que, no obstante lo anterior, y conociéndose la naturaleza de las relaciones familiares, el legislador ha previsto también en el mismo dispositivo una excepción a dicha regla, esto es, la presencia de una causa debidamente justificada que obligue al progenitor a solicitar dicha Tenencia, lo cual desaparece la presunción de que se quiere evadir las obligaciones alimentarias; de tal modo que los juzgadores deben verificar el cumplimiento del precitado requisito especial y la presencia o no de la causal de excepción desde la interposición de la demanda, o ya en la etapa de saneamiento o finalmente en la sentencia, de conformidad con el artículo ciento veintiuno, *in fine*, del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, el cual prescribe que “mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente, sobre la validez de la relación procesal”⁽¹⁴⁴⁾.

“Que no debe confundirse patria potestad con tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor.

(143) Expediente N° 1965-98. Considerando Sétimo.

(144) Casación N° 356-2005-Cono Norte. Considerandos Tercero y Cuarto.

Que ambos hermanos por su entroncamiento, edad y sexo deben desarrollarse juntos al lado del padre a cuya tenencia se entregue. Que el padre, viene demostrando gran interés por el desarrollo físico-emocional de ambos niños tal como se verifica de los documentos obrantes a fojas diecinueve, veintidós, veintitrés, sesenticuatro a setenticinco, así como de la manifestación del menor Favio Alberto obrante a fojas ciento ochentiuno, en la que expresa su afecto a ambos padres, no obstante lo cual prefiere vivir con su padre. Que es el derecho de los padres pero sobre todo del niño y/o adolescente el mantener una relación fluida y afectuosa con ambos padres, de ahí que el Código de los Niños y Adolescentes sanciona el incumplimiento por parte de uno de ellos del mandato judicial que lo disponga, dando lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. Que tratándose de un proceso de tenencia, en que el padre que no participa de la misma mantiene expedito su derecho de visitar a sus hijos sin restricción alguna, no correspondiendo fijar el mismo cuando no ha sido materia de petitorio, acorde al criterio ya establecido por este Superior Colegiado, en el caso de autos, aun cuando se está ventilando solo la tenencia y el régimen de visitas no haya sido planteado acumulativamente, sin embargo, debe señalarse dicho régimen no solo por economía procesal en atención al interés superior de los niños, sino por ser este de necesidad evidente, por existir graves desavenencias entre los padres y familia de los menores⁽¹⁴⁵⁾.

“Que respecto al derecho de patria potestad y tenencia alegado por el apelante, el artículo 340 del Código Civil, faculta al Juez a que confíe a los hijos menores de edad al cónyuge que obtuvo la separación o en su caso el Divorcio por causa específica a no ser que este adopte por el interés supremo de aquellos otra disposición. Que es del caso considerar, la mayor permanencia que viene manteniendo la niña XXX de diez años de edad, en compañía de su madre, con la cual desarrolla su vida personal, familiar y académica en términos normales, lo que se encuentra ratificado en las expresiones de la niña, en la audiencia realizada en esta instancia, cuyo texto obra a fojas doscientos setentitrés. Que el artículo octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que en toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado, se considerará el interés superior de este y la protección de sus derechos; por estos fundamentos”⁽¹⁴⁶⁾.

(145) Expediente N° 1517-97. Considerandos Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo.

(146) Expediente N° 2992-97. Considerandos Cuarto, Quinto y Sexto.

“Que, conforme se ha aprobado en autos, don José Manuel Dueñas Leyva, no cumple regularmente con prestar alimentos a sus hijos, lo que ha determinado que la madre de los menores, interponga las acciones por delito de omisión de asistencia familiar. Que, finalmente, en autos se ha demostrado, que el emplazante viaja constantemente al extranjero, Estados Unidos de Norteamérica, donde permanece por tiempos prolongados, lo que le impide ejercer regularmente la Patria Potestad, respecto de sus menores hijos, y estando a lo que disponen los incisos f) y g) del artículo ochentitrés del Código de los Niños y Adolescentes”⁽¹⁴⁷⁾.

“Que, de autos no está debidamente acreditado que la demandada lleve una vida desarreglada y que la menor se encuentre en situación de descuido y abandono moral, por el contrario, se encuentra estudiando satisfactoriamente dentro de las posibilidades económicas de la madre quien trabaja como costurera según constancia que corre en autos; que, los demandantes si bien son abuelos paternos de la menor, no tienen mejor derecho que la madre biológica, más aún si del informe social fluye que son también de condición económica limitada y en el hogar viven varias personas a sus lados; que, de otro lado, según el mismo informe la armonía entre las partes se ha superado al extremo de visitarse, en especial la niña, por vivir cerca una de la otra; que de acuerdo a ley, es derecho de la madre ejercer la patria potestad a tenor de los artículos cuatrocientos dieciocho y cuatrocientos veintiuno del Código Civil, mas si el padre de la niña ha fallecido, no así los abuelos; que es necesario se sigan considerando las relaciones entre la niña y sus abuelos para su normal desarrollo sicobiológico, teniendo en cuenta que es el deseo de los abuelos tener a la nieta a su lado”⁽¹⁴⁸⁾.

“Que conforme a la demanda, la actora requiere la autorización para el retiro y cobro de dinero, manifestando que ella como madre es la encargada de la patria potestad y es la persona encargada del sostenimiento y educación del menor, así como su desarrollo integral, pero precisamente ello es por su deber de alimentos que tiene con el menor, supuesto que no justifica el retiro de dinero, pues contrario a ello importa evasión de su obligación”⁽¹⁴⁹⁾.

(147) Expediente N° 709-97. Considerandos Primero y Tercero.

(148) Expediente N° 4353-94. Considerando Único.

(149) Casación N° 3748-02-Apurímac. Considerando Octavo.

- d) El principio de no separación de hermanos. De ser el caso, en la medida en que sea posible la permanencia de la integración entre hermanos, esto será un elemento importante para la determinación de la tenencia.

“Que, para considerar una decisión tan trascendental como la fijación de la patria potestad y la determinación de la tenencia separada de dos hermanos, que han vivido regularmente juntos, se amerita no solo conocer la opinión que cada uno de ellos respecto a tal medida, sino además es necesario, por el bienestar de los mismos, corroborar lo expuesto en el Informe profesional correspondiente emitido por el equipo multidisciplinario”⁽¹⁵⁰⁾.

- e) La edad de los menores: la edad también es un criterio importante a fin de determinar la tenencia de un menor de edad.

El artículo 340 del Código Civil establece que: “Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido”.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes establece en su artículo 84 que: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y,

(150) Expediente N° 2815-2002. Considerando Noveno.

c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera 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”.

f) Las condiciones físicas y mentales psicológicas del solicitante también constituyen un criterio importante para la determinación de la tenencia, ya que se suele analizar que estas no sean perjudiciales para el menor de edad.

“Que, por ello, cuando la sentencia de vista manda que el juez establezca y supervise el tratamiento profesional gratuito que obligatoriamente debe recibir la demandante, el demandado y menor Alexandra Ch. M., a partir del cual este podrá progresivamente primero visitar a dicha menor en el hogar materno y después de sacarla de paseo los días domingos de nueve de la mañana a cinco de la tarde, ha establecido esta medida en protección de la menor y no implica un régimen de visitas de inmediato, con lo que está tomando en consideración el informe Psicológico anteriormente mencionado y con ello no se está pronunciando en forma extra petita, lo que también se encuentra facultado por la primera parte del artículo ciento setentisiete del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por la ley número veintisiete mil trescientos treintisiete”⁽¹⁵¹⁾.

“Que, tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez de la causa mediante sentencia de primera instancia de fecha veinticinco de junio del año dos mil diez ha declarado fundada la demanda de Tenencia y Custodia solicitada por Renzo Miguel Beteta Valderrama e infundada la misma pretensión solicitada por Valeria Andrea Fumo Ferro, concediendo la tenencia de las menores a favor del padre y ordenando que la demandada cumpla en el plazo de veinticuatro horas con entregar en el hogar paterno a las citadas menores, concediéndole además un régimen de visitas a la madre y ordenando que las partes continúen terapias que les ayuden en su personalidad a fin de recuperar la confianza y en procura de que las niñas tengan una buena interrelación familiar. De los fundamentos de dicha sentencia se extrae básicamente que sobre la base de los informes psicológicos y psiquiátricos realizados a ambas partes así como a las menores y de los informes sociales de los padres, ha determinado

(151) Casación N° 744-2002-Lima. Fundamento Cuarto.

la custodia y tenencia de las menores a favor del padre, llegando a establecer que la madre no se encuentra prestando colaboración para que la interrelación del padre con sus hijas se efectivice, además de no estar contribuyendo ni estar garantizando el vínculo con el padre, existiendo por el contrario indicadores que la hija mayor se encontraría afectada del síndrome de alienación parental ejercida por la madre en contra del padre, situación que resulta totalmente nociva para la mente y emociones de una niña en estado de formación, pues a inicios del proceso cuando aún vivía con el padre existía un lazo afectivo normal, el cual se ha perdido a la fecha pues al haber obtenido la madre la tenencia provisional de sus menores hijas a través de una medida cautelar, resulta ilógico que a los pocos días de vivir en su casa, la niña mayor rechace a su padre, elemento que desmerece a cualquier madre para que pueda ejercer cabalmente la tenencia”⁽¹⁵²⁾.

“Apelada dicha decisión, la Sala Superior revoca la sentencia antes mencionada, otorgando la tenencia y custodia de los menores en cuestión a la demandante, basando su decisión en el desinterés y falta de colaboración por parte del padre de los menores, inclusive ante el requerimiento de dicha Sala Superior, debiendo considerarse dicha conducta procesal, ya que no posibilitó en su oportunidad se practique las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado, así como la negativa a acceder a que los niños concurren a las audiencias programadas por ambas instancias, a fin de escucharlos y poder considerar su opinión, así como sus mejores condiciones de desarrollo, habiendo asumido, en consecuencia, una actitud de obstrucción a la actuación de la prueba, imposibilitando que el Órgano Jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efecto de lograr un desarrollo psicosocial adecuado; de otro lado, la Sala aprecia de las evaluaciones psiquiátrica y psicológica efectuadas a la demandante que esta no presenta ninguna anomalía en su personalidad; por lo que no se encuentra razones psicológicas que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos. Sobre el particular, debemos observar que en materia probatoria, nuestro sistema procesal regula el principio de valoración libre de las pruebas, regulado en el numeral 197 del Código Procesal Civil, según el cual: “Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. En virtud del glosado numeral, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y

(152) Casación N° 5138-2010-Lima. Considerando Tercero.

valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en litis. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la valoración de la prueba es función privativa del tribunal de instancia, a cuyo criterio debe estarse, salvo que el mismo sea notoriamente irracional⁽¹⁵³⁾.

“En el contexto descrito, se torna necesario que el juez de la causa examine la conducta y personalidad de la progenitora a través de una evaluación psicológica o en su caso utilizando cualquier otro medio técnico idóneo, más aún, cuando el recurrente ha denunciado una supuesta conducta impropia de la citada madre que es menester analizar detenidamente a los efectos de determinar a quien debe corresponder la tenencia y custodia del menor, ello además en interés superior del niño a que se contrae el artículo 9 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁽¹⁵⁴⁾.”

“Que, el ejercicio de la tenencia por uno de los padres no es un mero derecho subjetivo que tiene sobre sus hijos menores, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos que se expresa en una función a ellos encomendada, para lo cual no solo deben valorarse las características, aptitudes o habilidades positivas del padre o de la madre, sino también factores externos regulados en nuestra ley positiva, como que el hijo deberá permanecer con el padre o madre con quien convivió un tiempo mayor, siempre que le favorezca, además de atender a la edad y al sexo del hijo⁽¹⁵⁵⁾.”

“A que, el mencionado cuerpo legal establece en el artículo noventicuatro, que las resoluciones sobre tenencia pueden ser modificadas por el mismo Juzgado atendiendo a su función tuitiva, por circunstancias debidamente comprobadas, transcurridos seis meses de haber quedado consentidas, salvo que esté en peligro la integridad del menor. A que, es necesario relevar, que el ejercicio de la Patria Potestad comprende no solo los derechos respecto a la persona y bienes de los hijos menores de edad, sino también los deberes inherentes a ella, tal como establece el artículo ochentidós del Código de los Niños y Adolescentes, y cabe por ello exhortar a los padres a que depongan actitudes

(153) Casación N° 759-2009-Lima. Considerandos Séptimo y Octavo.

(154) Casación N° 1031-2009-Lima. Considerando Quinto.

(155) Casación N° 1015-2000-Lima. Considerando Octavo.

de egoísmo y resentimiento que redundan en perjuicio de la estabilidad emocional de su menor hija”⁽¹⁵⁶⁾.

“Que el hecho de que la madre sufra una enfermedad mental cuya gravedad no se evidencia de los certificados médicos, de suyo contradictorio, pues, se presentan diagnósticos diferentes en la tipología, como es de verse de fojas setentiséis y fojas ciento cuarentiocho, no necesariamente puede llevarnos a la certeza o probabilidad de que influya negativamente en la menor, ya que con el cuidado de su abuela y también de su madre, que hace los quehaceres del hogar, conforme a su entrevista personal, la adolescente ha cumplido más de trece años y no se vislumbra que haya tenido una crianza en desmedro de su desarrollo personal, no siendo suficiente para el desarraigo de su entorno familiar, el hecho de que viva en un pueblo joven, si más de la mitad de la población de Lima vive en esas condiciones”⁽¹⁵⁷⁾.

“Que, si bien es cierto que las principales conclusiones a las que llega la pericia psicológica de la demandante obrante a fojas ochenta y seis a ochenta y ocho, consisten en que no se encuentran indicadores psicopatológicos que estén repercutiendo con su estilo de vida cotidiana, y que percibe su realidad en forma objetiva y real del mundo externo, también lo es que, la facultad del juzgador de disponer que el hijo permanezca con el padre, es discrecional, siendo que al haberse valorado en segunda instancia el deseo del niño cuya tenencia se discute en el presente proceso, de permanecer con su referido padre, no se ha vulnerado el artículo ochenta y cinco del Código de los Niños y Adolescentes, sino que se ha resuelto atendiendo al interés superior del niño; no configurándose, por tanto, la causal denunciada”⁽¹⁵⁸⁾.

- g) La naturaleza de la relación del menor de edad con el progenitor solicitante de la tenencia, vale decir, si dicha relación es cordial, constante, amorosa y sobre todo beneficiosa para el menor de edad. Dicha relación se entiende que debe estar libre de maltratos físicos y psicológicos al menor y no debe suponer riesgos para su integridad y bienestar.

“En efecto, la sentencia de vista considera que no se ha probado fehacientemente que el padre del menor no cuente con capacidad tanto moral y

(156) Expediente N° 447-97. Considerandos Segundo y Quinto.

(157) Expediente N° 2726-97. Considerando Cuarto.

(158) Casación N° 3281-2006-Lambayeque. Considerando Décimo.

material para poder asumir la tenencia del menor XXX, y por ende solventar los gastos para el desarrollo del mismo y que si bien el menor ha manifestado su deseo de vivir con sus abuelos, también debe entenderse esta como un elemento referencial y no como algo contundente para resolver el conflicto suscitado dada la edad del menor, puesto que tal como es de verse del tenor de las traducciones oficiales de las cartas remitidas por la difunta madre del menor revelan una relación amorosa, armoniosa y cordial, sin insinuar siquiera maltrato, desavenencia o desatención por parte del demandante, tomándose en cuenta además las declaraciones testimoniales de las personas con quienes la familia Pain-Ramón desenvolvían sus actividades habituales en Francia, donde se afirman hechos en la contestación de la demanda¹⁵⁹.

“Por otro lado, este Tribunal considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en autos, se encuentra demostrado que el comportamiento del emplazado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se están desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues sus actos, además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre. Para llegar a la conclusión de que los menores bajo la tenencia del emplazado no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, este Tribunal ha tenido presente el comportamiento violento de este, pues en autos se encuentra demostrado no solo con los exámenes médicos legales respectivos sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A. Este hecho, a consideración del Tribunal, no solo impide y veda al emplazado que pueda ejercer la custodia y tenencia de los menores, sino también pone al descubierto que este ha incumplido sus deberes paternos por su falta de aptitud para proveerles el cuidado, amor y atención requeridos, poniendo en grave riesgo o peligro su integridad física y psicológica¹⁶⁰.”

- h) El tiempo de que disponen los progenitores: la capacidad de tiempo que el progenitor tiene para hacerse cargo personalmente del cuidado de la persona y bienes del menor de edad es un criterio a tomarse en cuenta también ya que es importante y trascendental para el niño o

(159) Casación N° 3147-2001-Lima . Considerando Segundo.

(160) Expediente N° 01817-2009-PHC/TC-Lima. Fundamento 39.

adolescente, el contacto personal con sus progenitores y el tiempo que comparten juntos, como los primeros llamados a cumplir la labor que supone la tenencia.

“Que, debe tomarse en consideración igualmente que la niña ha permanecido mayor tiempo con su madre desde la separación de la pareja habiéndose demostrado imposibilidad alguna para que esta siga ejerciendo derecho si se trata de buscar su estabilidad, pues tal como ha señalado el Tribunal Constitucional es prioritario tomar en cuenta la vulnerabilidad de los seres humanos en su proceso de formación “se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológicos, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De allí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya destacado que la ‘protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos’”(161).

- i) La convivencia del solicitante con una tercera persona (otra pareja), vale decir, si el progenitor que busca la tenencia tiene otra pareja y si esta es su cónyuge o conviviente es un elemento importante en la determinación de cuál es el mejor entorno familiar para el menor de edad.

“Que, sin embargo, tanto el juez de la causa como la Sala de mérito no han considerado que el padre de la referida menor tiene un nuevo compromiso, con quien la accionante ha tenido problemas que originaron la interposición de una denuncia por violencia familiar a raíz de un juicio de alimentos que esta entablara. Que, al desestimarse la demanda de tenencia y custodia interpuesta por la accionante, abuela materna de la menor mencionada, queda abierta la posibilidad de que esta última sea llevada al domicilio de su padre, por lo que resulta imprescindible la realización de un informe social de su

(161) Casación N° 4881-2009-Amazonas. Considerandos Segundo y Octavo.

hogar a efectos de que se decida lo más conveniente para la menor, teniendo en consideración el interés superior de la misma (...)⁽¹⁶²⁾.

- j) El lugar de residencia, entre otros. El lugar físico de residencia donde el menor realizará la mayor parte de sus actos de su vida cotidiana es un elemento importante a tener en cuenta en la determinación de la tenencia.

(162) Casación N° 1066-01-Huaura. Considerandos Sexto y Séptimo.

CAPÍTULO VII

VARIACIÓN O MODIFICACIÓN DE LA TENENCIA

Después de obtenida la tenencia por vía judicial, pueden ocurrir una serie de hechos, debidamente comprobados que impulsen al otro padre a solicitar la tenencia. La ley establece dos casos: La variación de la tenencia y la modificación de la tenencia.

I. LA VARIACIÓN DE LA TENENCIA

La tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El padre que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo, la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la Variación de la Tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes⁽¹⁶³⁾.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del menor. Por esta razón la ley establece que la variación de la tenencia se realizará con la asesoría del equipo multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al menor, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del menor se encuentre en peligro⁽¹⁶⁴⁾.

El requisito es que exista una tenencia, otorgada por separación de mutuo acuerdo, o divorcio, o una tenencia otorgada por el juez.

(163) CANALES TORRES, Claudia. Ob. cit., pp. 112-113.

(164) *Ibidem*, p. 113.

La resolución que ordena la separación convencional, establece de conformidad con el convenio, cual es el padre que tendrá a los hijos. Pero esta resolución si bien tiene autoridad de cosa juzgada, en materia de tenencia, puede variar si el otro padre se considera con derecho a tenerla, para ello deberá solicitarla en nuevo proceso, pero solo con otra resolución judicial podrá variar la tenencia⁽¹⁶⁵⁾.

Lo anterior se encuentra establecido por el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 82, que dispone que: “Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta 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”.

Así pues, el juez en la variación de la tenencia la resuelve de dos grandes formas⁽¹⁶⁶⁾:

- a) En la mayoría de los casos se dispone que se realice de forma progresiva para evitar daños o transtornos en el menor de edad.
- b) Excepcionalmente se dispone que se cumpla de inmediato cuando se pueda acreditar que el menor de edad se encuentra en peligro para su integridad.

Otro supuesto que da lugar a la variación de la tenencia es lo relativo a la restitución de la patria potestad. El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 78, dispone que: “Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

Asimismo, en lo relativo al incumplimiento del régimen de visitas, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 91 establece que: “El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la

(165) Ídem.

(166) Ídem.

Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el juez que conoció del primer proceso”.

El padre o madre a quien se le imposibilite de visitar a sus hijos incumpliendo indebidamente una resolución judicial, tiene derecho a solicitar la variación de la tenencia, en cuyo caso el otro padre perderá la tenencia por no cumplir debidamente el Acta de Conciliación Judicial, o la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del Proceso de Divorcio por mutuo acuerdo o la de divorcio por causal en su caso.

Respecto a la variación de la tenencia contamos con los siguientes criterios jurisprudenciales:

“Que el artículo 95 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, dará lugar a los apremios de ley, en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia, que tal declaración debe sujetarse al proceso dispuesto por ley, esto es el único previsto por el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes. Que no habiéndose procedido de acuerdo a lo normado en la legislación especializada en lo relativo a la variación de tenencia se ha incurrido en causal de nulidad”⁽¹⁶⁷⁾.

“Que, los progenitores que no ejerzan la patria potestad de sus hijos tienen derecho a que se establezca en su favor el régimen de visitas correspondiente; disponiendo al respecto, el primer párrafo del artículo noventiuno del Código de los Niños y Adolescentes. Ley Número veintisiete mil trescientos treintisiete, que el incumplimiento del régimen establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia; Que, la Corte en la Sentencia de Vista ha establecido que no está acreditado que la madre emplazada haya asumido la conducta dirigida a impedir la visita, comunicación y el normal desarrollo de la relación paterno-filial para amparar la variación de la tenencia incoada sustentada en el artículo noventiuno precitado, por cuanto cuando la accionada viajó con el menor a los Estados Unidos en la fecha antes señalada, contó con el consentimiento expreso del demandante, quien además, con posterioridad a tal hecho, mantuvo permanente comunicación con ambos a través de sendos correos electrónicos en donde

(167) Expediente N° 703-98-10-JF. Considerando c).

este resalta, entre otros puntos, su deseo de que el niño permanezca al lado de su madre a quien la felicita por la crianza de su hijo, asimismo hace constar la Corte el hecho de que el demandante viajó a Miami al encuentro de su hijo; debiéndose anotar al respecto que los hechos son establecidos por los órganos de instancias, limitándose la función de este Supremo Tribunal a efectuar un análisis sobre cuestiones de derecho, y en este caso sobre si hubo interpretación errónea de una norma de derecho material⁽¹⁶⁸⁾.

“Que, los progenitores que no ejerzan la patria potestad de sus hijos tienen derecho a que se establezca en su favor el régimen de visitas correspondiente; disponiendo al respecto, el primer párrafo del artículo noventiuno del Código de los Niños y Adolescentes. Ley Número veintisiete mil trescientos treintisiete, que el incumplimiento del régimen establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia; Que, la Corte en la Sentencia de Vista ha establecido que no está acreditado que la madre emplazada haya asumido la conducta dirigida a impedir la visita, comunicación y el normal desarrollo de la relación paterno-filial para amparar la variación de la tenencia incoada sustentada en el artículo noventiuno precitado, por cuanto cuando la accionada viajó con el menor a los Estados Unidos en la fecha antes señalada, contó con el consentimiento expreso del demandante, quien además, con posterioridad a tal hecho, mantuvo permanente comunicación con ambos a través de sendos correos electrónicos en donde este resalta, entre otros puntos, su deseo de que el niño permanezca al lado de su madre a quien la felicita por la crianza de su hijo, asimismo hace constar la Corte el hecho de que el demandante viajó a Miami al encuentro de su hijo; debiéndose anotar al respecto que los hechos son establecidos por los órganos de instancias, limitándose la función de este Supremo Tribunal a efectuar un análisis sobre cuestiones de derecho, y en este caso sobre si hubo interpretación errónea de una norma de derecho material⁽¹⁶⁹⁾.

“Asimismo, en la sentencia constitucional mencionada, este Tribunal destacó que el demandante “durante la tramitación de la medida cautelar temporal sobre el fondo (variación de tenencia) solicitada por

(168) Casación N° 1542-2002-Lima. Considerandos Tercero y Cuarto.

(169) Ídem.

[doña Shelah Allison Hoefken], en vez de asistir a las audiencias especiales convocadas para tal efecto, inasistía con sus dos menores hijos, retardando no solo de esta manera que se resuelva la medida solicitada sino también impidiendo que sus menores hijos pudieran interactuar y relacionarse, aunque sea durante el desarrollo de las audiencias, con su madre. En relación con la resolución de fecha 28 de febrero de 2008, que le concede a doña Shelah Allison Hoefken la medida cautelar de variación de la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., este Tribunal, en el fundamento 34 de la sentencia recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, subrayó que: “(...) dicha medida cautelar fue adoptada porque se demostró que el interés superior de los menores beneficiados con la demanda imponía que estuvieran bajo la tenencia y custodia de su madre [Shelah Allison Hoefken] y no de su padre [Juan Manuel Fernando Roca-Rey Ruiz-Tapiador], debido a que no tiene estabilidad emocional. Con base en las precedentes consideraciones, este Colegiado concluye en que la resolución de fecha 28 de febrero de 2008, que le concede a doña Shelah Allison Hoefken la medida cautelar de variación de la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., es conforme con la Constitución y respeta los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, pues la conducta recurrente del demandante, en vez de generar la integración familiar y permitirles a sus dos menores hijos que ejerzan en forma real su derecho a tener una familia y no ser separados de ella, lo ha restringido sin ninguna justificación”⁽¹⁷⁰⁾.

II. LA MODIFICACIÓN DE LA TENENCIA

La resolución que otorga la tenencia solo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Esto se encuentra establecido en el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: “La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente”.

(170) Expediente N° 05558-2009-PHC/TC-Lima. Fundamentos 7, 8 y 10.

Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la Tenencia, esta modificación requiere de nuevo proceso. Este proceso lo puede interponer el padre que tiene la tenencia o el otro. La ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución originaria. Igualmente, el padre o madre que obtuvo la tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas, es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la tenencia del menor. Solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. Una vez resuelta la Tenencia el otro habrá perdido la Tenencia⁽¹⁷¹⁾.

Con respecto a la modificación de la tenencia tenemos criterios jurisprudenciales como los siguientes:

“Asimismo, se advierte que si bien es cierto para solicitar la acción de modificación de la tenencia debe transcurrir por lo menos seis meses de la resolución originaria, no es menos cierto que este requisito puede salvarse si se encuentra en peligro la integridad del niño, según lo dispone el propio artículo ochenta y seis, *in fine*, del Código del Niño y Adolescente. En el caso de autos al ad quem ha establecido precisamente este presupuesto, es decir, ha establecido el peligro para la integridad física de la niña por el hecho de radicar en el domicilio materno. Por consiguiente, el extremo A)a) debe desestimarse, por no existir, infracción normativa alguna, por lo cual no se da cumplimiento, en rigor, a la exigencia del artículo trescientos ochenta y ocho, inciso segundo del Código Procesal Civil”⁽¹⁷²⁾.

“Que, en lo que respecta al agravio relativo a que la sentencia de vista contiene un fallo extrapetita, dicho agravio carece de sustento real por cuanto en el escrito de demanda de fojas treintiocho consta que el demandante invocó como pretensión accesoria la tenencia y patria potestad de los menores, incluso la propia emplazada en su contestación de demanda de fojas sesentiséis ha absuelto dicho extremo, convalidando por lo tanto el agravio que denuncia; por otro lado, tampoco se ha infringido el principio de la cosa juzgada por cuanto en materia de

(171) CANALES TORRES, Claudia. Ob. cit., pp. 114-115.

(172) Casación N° 1074-2011-Lima. Considerando Quinto.

tenencia no rige ese principio, ya que el propio artículo noventa del Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-99-JUS, admite la posibilidad de la modificación de la tenencia, en todo caso, la demandada debió invocar ese agravio mediante la excepción respectiva de cosa juzgada⁽¹⁷³⁾.

(173) Casación N° 2773-2000-Ica. Considerando Quinto.

CAPÍTULO VIII

RESTRICCIONES Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

I. RESTRICCIONES

El Código Civil refiere varias formas para restringir el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, esto no libera a los padres de sus deberes como tales, de acuerdo con el artículo 470 del Código Civil que establece que: “La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos”. Esto ocurre siempre que tales deberes sean compatibles con las causas que hayan conducido a tal situación de restricción. Como afirma Cornejo Chávez diversas circunstancias pueden determinar el recortamiento de las atribuciones de la patria potestad, de manera tal que a los padres se les quita atribuciones respecto de sus hijos⁽¹⁷⁴⁾. Los tipos de restricciones de acuerdo a sus efectos y consecuencias son los siguientes:

1. Pérdida

La pérdida de la patria potestad se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución.

Las causales establecidas por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes son:

- a) Por muerte de los padres o del hijo;

(174) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pp. 208-209.

- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
- c) Por declaración judicial de abandono;
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo precedente (Reincidencia en Causales de Suspensión de la Patria Potestad); y
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil.

En el inciso d), se encuentra previsto el supuesto fáctico de quienes son condenados por cualquier delito doloso cometido en agravio de sus hijos, por tanto, es perfectamente aceptable que quien agrede sexualmente a uno de sus hijos, pierda la patria potestad de este y de todos sus hijos, pues el riesgo está acreditado e independientemente de la pena que corresponda, debe protegerse, qué duda cabe, a todos los hijos.

Son actos de **extrema gravedad** cometidos por los padres. Es anormal y culposa produciendo un corte prematuro en la patria potestad por causas imputables generalmente a quienes la ejercen⁽¹⁷⁵⁾.

A decir de Luis Fernández Clérigo, las causas de pérdida de la patria potestad se dividen en cuatro grupos⁽¹⁷⁶⁾:

- a) Delictivas

Quien ejerce la patria potestad incurre en un delito que lo incapacita para ejercerla (condena a pena que la produzca).

- b) Culposas

Actos que implican un incumplimiento de los deberes como padre (abandono del menor).

(175) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 365.

(176) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., pp. 328-329.

c) Causales no culposas

Situación de orden especial que implica una incapacidad para el ejercicio (segundas nupcias o demencia).

d) Legales o de pleno derecho.

Aquellos casos de extrema gravedad reconocidos expresamente por la ley (corrupción, prostitución).

Es de señalar que la patria potestad se pierde en su totalidad (es decir, sobre todos los hijos) aunque el motivo se refiera a solo uno de ellos. Los casos establecidos en nuestra legislación están en el artículo 462 del Código Civil. Dicho artículo establece que: “La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo”.

Asimismo, el artículo 465 del Código Civil establece que: “El juez puede autorizar a los hijos, por causas graves, para que vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona. El juez fija las atribuciones que esta debe ejercer”.

Algunos criterios relacionados con la pérdida de la patria potestad son los siguientes:

“No se pierde la patria potestad por un trastorno bipolar que pueda tener uno de los padres, pues si bien puede conllevar un riesgo de agresividad respecto a sus hijos, esa agresividad debe de ser probada. Además, el régimen de visitas otorgado a su favor es un claro ejemplo de que tal peligro no existe o si lo hubiera, entonces está controlado”⁽¹⁷⁷⁾.

“Que debe tomarse en consideración que por ser la pérdida o en su caso la suspensión de la patria potestad una sanción que restringe o limita el deber derecho de los progenitores, taxativamente se han establecido tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes causales determinadas, pues precisamente por su naturaleza restrictiva o prohibitiva, no pueden extenderse sus alcances, siendo el caso que la causal invocada por la impugnante está referida a una conducta negativa del progenitor vinculada a dar órdenes, consejos o

(177) Expediente N° 1351-2009-CS-Lima. Considerando Cuarto.

ejemplos que los corrompan, por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad, por maltratarlos física o mentalmente y por negarse a prestarles alimentos, que es por ello y tal como lo ha señalado la a quo, que de conformidad con el artículo 196 del Código Procesal Civil la peticionante debía aportar caudal probatorio suficiente que sustentara la causal bajo comentario para formar convicción en la juzgadora, a efecto de imponer dicha restricción al progenitor que daña la persona o intereses de sus hijos, en salvaguarda de su Interés Superior, es decir, la protección especial que se le debe dispensar como sujeto de derechos tal como establece la Convención sobre los Derechos del Niño: “el nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención y por ello los Estados Parte del citado Pacto, respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, según establezcan la costumbre y las leyes locales, en consonancia, por lo tanto debe formarse convicción sobre la existencia de la vulneración que se acusa respecto a la conducta del progenitor en cuanto a los derechos del niño sujeto pleno de derechos”⁽¹⁷⁸⁾.

“Que en efecto, como único argumento de la apelante en su expresión de agravios respecto de la sentencia impugnada, señala que no se ha tomado en cuenta el riesgo que implica para su menor hija, el hecho que su padre demandado padezca de un trastorno bipolar, lo que revela una correlación de aquello que peticiona, con el tercer presupuesto establecido en la norma legal antes aludida: por maltrato físico o mentalmente y por negarse a prestarles alimentos, manifestando que es un riesgo latente dada la condición de salud mental del progenitor, que pueda sucederle algo a la integridad de su menor hija, sin embargo la existencia de maltratos físicos o mentales inferidos por el progenitor o que la enfermedad que reconoce este padecer, conlleve el mencionado riesgo de agresividad respecto de la menor hija de las partes no ha sido acreditado, más aún si se toma en cuenta que la propia madre ha conciliado un régimen de visitas a favor del padre que tiene una fase en el interior del hogar materno y otra con externamiento del mismo, lo cual evidencia que la recurrente ha decidido que el padre está en condiciones de mantener contacto y relación paterno-filial con su

(178) Ídem.

hija, por lo tanto no se coincide con una petición de declaratoria de pérdida del deber-derecho de patria potestad que aquel ostenta⁽¹⁷⁹⁾.

2. Privación

Son actos **graves** por los cuales el padre no es despojado de sus facultades, pero queda en la imposibilidad de hacer uso de ellas. No es una mera suspensión, sino que se pierde el ejercicio sobre ella; dicho de otro modo, no queda privado absolutamente de la misma, pero sí impedido de desempeñarla. Se aplica tomando en cuenta el interés del hijo, de manera tal que los padres no podrán seguir detentado su autoridad, debiéndose nombrar un tutor⁽¹⁸⁰⁾.

El artículo 463 de nuestro Código Civil establece las causales de privación. Así pues se dispone que: “Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

- 1.- Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
- 2.- Por tratarlos con dureza excesiva.
- 3.- Por negarse a prestarles alimentos”.

3. Limitación

Son actos **leves** cometidos en contra del menor. La figura de la limitación de la patria potestad implica aquella situación mediante la cual el juez despoja al padre de determinadas atribuciones del ejercicio de esa patria potestad, pues si bien su conducta para con el menor ha sido dañina o perjudicial, no es suficiente para declarar la pérdida de ella (artículo 462 del Código Civil) o la privación de la misma (artículo 463 del Código Civil), sino solo una limitación. Como alega Héctor Cornejo Chávez, se deja a prudente arbitrio del juez tal decisión⁽¹⁸¹⁾.

Esta figura fue derogada expresamente por el antiguo Código de los Niños y Adolescentes⁽¹⁸²⁾, quedando el artículo 464 del Código en blanco. En la práctica, la limitación de la patria potestad implicaba una situación jurídica

(179) Expediente N° 1351-2009-CS-Lima. Considerando Quinto.

(180) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 366.

(181) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 212.

(182) Ley N° 26102.

mediadora en la que, comprobada la existencia de una conducta inadecuada de los padres en contra de los hijos, la autoridad judicial se encargaba de establecer una protección del hijo a través de la restricción parcial de la patria potestad sin dañar la relación familiar.

4. Suspensión

En tanto la Patria Potestad es un conjunto de deberes y derechos sujeto a temporalidad, es susceptible de ser restringido, y por tanto, la ley establece los supuestos en que se manifiesta dicha limitación, evidentemente dichas restricciones estarán determinadas por inadecuadas conductas de quienes son sus titulares, los padres. La ley además establece que dicha limitación debe ser judicialmente declarada.

Debemos distinguir, además, entre titularidad del derecho y ejercicio del mismo, la primera alude a la legitimidad y reconocimiento del derecho, en tanto el ejercicio, es la posibilidad fáctica de obrar el derecho, de hacerlo efectivo. Siguiendo este razonamiento, cuando el Código de los Niños y Adolescentes legisla las causales de suspensión de patria potestad (art. 75), se establecen supuestos de hecho que de configurarse ocasionan el cese temporal de la patria potestad, por lo que se mantiene la titularidad y se suspende el ejercicio; por el contrario, cuando hablamos de pérdida o extinción de la patria potestad, desaparece la titularidad y con ella, el ejercicio.

Para analizar las causales de suspensión de la patria potestad, y concretamente la causal incorporada y junto a ella, el artículo bajo comentario, es preciso partir del contexto del ejercicio de la patria potestad, y es el artículo 419 del Código Civil, el que delimita este aspecto, señalando que, **la patria potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo**. Cabe indicar que, es inexacta la atingencia de esta fórmula legal “durante el matrimonio”, pues durante una relación convivencial también es completamente legítimo el ejercicio de la patria potestad.

En este orden de ideas, bajo un análisis sistemático del ordenamiento legal con relación a la patria potestad, resulta incongruente con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, el artículo 420 del Código sustantivo aludido, señala: “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio”,

en tanto el supuesto de separación de los padres no está contemplado dentro de las causales de suspensión del artículo 75 de aquel.

Resulta imprescindible señalar que, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, no exonera al padre o madre, de cumplir con sus deberes, fundamentalmente del deber alimentario, consecuentemente, no es legal que el progenitor suspendido o privado definitivamente de la patria potestad evada su deber de asistencia a sus hijos.

No es necesariamente una sanción porque puede derivarse de causales que no implican culpa del padre (por ejemplo: enfermedad, deficiencia o minusvalía). Es una situación transitoria que suprime temporalmente el ejercicio de la patria potestad con el propósito de restablecerla⁽¹⁸³⁾.

El artículo 466 del Código Civil establece que: “La patria potestad se suspende:

- 1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.
- 2) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
- 3) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.
- 4) En el caso del artículo 340”.

La suspensión ha sido robustecida por nuestro Código de los Niños y Adolescentes, pues es la única figura que establece el decaimiento de la patria potestad, es decir, engloba dentro de sí las causales consideradas por el Código Civil peruano para la pérdida y la privación. El referido Código de los Niños y Adolescentes unificó el criterio plural de restricción que asumía la legislación civil y lo limitó a un criterio único: el de la suspensión⁽¹⁸⁴⁾.

Así pues, el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes nos refiere que la Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;

(183) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 367.

(184) Ídem.

- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 del Código Civil.

Artículo 282.- “Al declarar la invalidez del matrimonio, el juez determina lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, sujetándose a lo establecido para el divorcio”.

Artículo 340.- “Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido”.

- h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173-A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal.

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad. “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua”.

Artículo 173-A.- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave. “Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua”.

Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores. “El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.
3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad”.

Artículo 179.- Favorecimiento a la prostitución. “El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años cuando:

1. La víctima es menor de dieciocho años.
2. El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación.
3. La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa.
4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo.
5. La víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.
6. El autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.
7. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda”.

Artículo 181.- Proxenetismo. “El que compromete, seduce, o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de seis ni mayor de doce años, cuando:

1. La víctima tiene menos de dieciocho años.
2. El agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción.
3. La víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado.
4. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.
5. La víctima es entregada a un proxeneta”.

Artículo 181-A.- Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo. “El que promueve, publicita, favorece o facilita la

explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años.

Si la víctima es menor de catorce años, el agente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis (6) ni mayor de ocho (8) años.

El agente también será sancionado con inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4 y 5.

Será no menor de ocho (8) ni mayor de diez (10) años de pena privativa de la libertad cuando ha sido cometido por autoridad pública, sus ascendientes, maestro o persona que ha tenido a su cuidado por cualquier título a la víctima”.

Tal como se le detalla en nuestro Código Civil (artículo 446), la suspensión de la patria potestad no implica una sanción, puesto que se deriva de causas que no importan la culpa del padre (verbigracia: interdicción, ausencia judicialmente declarada, cuando se compruebe que se hallan impedidos de hecho para ejercerla y por separación de cuerpos o divorcio por causal), sino una medida destinada a tutelar los intereses de los menores. En este último sentido, si existe un conflicto entre el padre y el hijo deberá decretarse una medida efectiva en resguardo del menor. Ahora bien, la suspensión puede referirse apenas a un hijo victimado y no a toda la prole, así si el padre cuida mal el patrimonio de un hijo que recibe por testamento, más por otro lado educa a este y a los otros con mucha eficiencia, puede el juez suspender la patria potestad respecto de la administración de los bienes de ese hijo, permitiendo que se conserve la patria potestad en lo concerniente a los poderes con los otros hijos⁽¹⁸⁵⁾.

Luis Moisset de Espanés⁽¹⁸⁶⁾ hace una importante distinción respecto a los efectos jurídicos de la ausencia simple (falta de presencia) y la ausencia calificada (falta prolongada de noticias que hace presumir que el sujeto ha fallecido), estableciendo que en la primera no es necesaria la suspensión de la patria

(185) *Ibidem*, p. 368.

(186) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La ausencia y la patria potestad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 5, N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 1999, p. 111 y ss.

potestad, mientras que en la segunda sí procedería. Sin embargo, el Código de los Niños y Adolescentes del Perú ha refundido las causales en el sentido que algunas implican sanción, mientras que otras no. Los efectos de la restricción de la patria potestad se extienden, incluso, a los hijos nacidos después de decretada la misma.

Recordemos en lo que se refiere a la suspensión, que el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes establece que: “En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad”. Por lo tanto, la separación por mutuo disenso no genera en principio la suspensión de la patria potestad.

Algunos criterios jurisprudenciales relacionados con la suspensión de la patria potestad son los siguientes:

“Que la suspensión de la patria potestad es una sanción para los progenitores que no cumplen con las obligaciones establecidas en la ley, en desmedro del bienestar de los hijos, configurando la negativa a prestar alimentos una causal para determinación a tenor de lo establecido en el artículo 83 inciso g) del Código de los Niños y Adolescentes; Que de la documentación de fojas tres a fojas trece, fojas quince a fojas diecinueve, la actora ha demostrado que ella solventa los gastos de su menor hija tanto en materia de educación como en sus necesidades primordiales pero ello no constituye prueba suficiente que permita afirmar que el demandado se haya negado a prestar alimentos, como acto intencional o doloso, el que debe ser acreditado”⁽¹⁸⁷⁾.

“Que por la patria potestad los padres deben ejercer un conjunto de Derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona y bienes de sus hijos menores de edad, dirigidos a lograr su desarrollo bio-psico-social; Que en el caso de autos se evidencia la total despreocupación por parte de don Walter Oswaldo Díaz Gonzáles respecto a su menor hija extramatrimonial XXX, lo que data desde su nacimiento, hace más de siete años, como puede apreciarse de los documentales obrantes de fojas tres a fojas cuarentinueve, así como por las expresiones de la niña, las que obran a fojas ciento tres de estos actuados, refiriendo, que no conoce a su padre, del que solo ha visto alguna foto; Que habiéndose sustraído el padre del cumplimiento de sus obligaciones

(187) Expediente N° 364-98. Considerandos Tercero y Cuarto.

paterno-filiares omitiendo la prestación alimentaria conducente a la subsistencia de la menor de edad cuya patria potestad se discute, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 83 inciso g) del Código de los Niños y Adolescentes; por dichos fundamentos; aprobaron la sentencia elevada en consulta que obra de fojas ciento veintitrés a fojas ciento veinticinco, su fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y siete, que ordena se suspenda la Patria potestad del demandado don Walter Oswaldo Díaz Gonzáles, en cuanto corresponda a la menor XXX⁽¹⁸⁸⁾.

“Que, en el presente caso, de lo actuado se corrige que los cónyuges se han separado de hecho, por lo tanto, ambos padres conservan la Patria Potestad, consecuentemente el señalar en el proceso de tenencia un régimen de visitas, además de resolver un extremo no solicitado, el fijar el mismo significaría recortar un derecho no solo de la madre sino de los propios hijos, por cuanto, cuando no existe suspensión de Patria Potestad, todo progenitor tiene la obligación y, a la vez, facultad de visitar a sus hijos en forma irrestricta, con la salvedad de los horarios a respetar por razones de estudio y de descanso⁽¹⁸⁹⁾”.

“Que, en consecuencia siendo que la suspensión de la patria potestad debe de ser declarada en caso se compruebe de manera indubitable que el demandado se encuentra incurso en las causales expresamente previstas por la norma sustantiva al respecto; y, advirtiéndose de autos que la actora ha acreditado que el demandado no cumple con su obligación que como padre le corresponde, esto es, de acudir a su menor hijo con una pensión alimenticia para sus sustentos, pese a los requerimientos judiciales⁽¹⁹⁰⁾”.

“Que, en el presente caso, de lo actuado se corrige que los cónyuges se han separado de hecho, por lo tanto, ambos padres conservan la Patria Potestad, consecuentemente el señalar en el proceso de tenencia un régimen de visitas, además de resolver un extremo no solicitado, el fijar el mismo significaría recortar un derecho no solo de la madre sino de los propios hijos, por cuanto, cuando no existe suspensión de Patria Potestad, todo progenitor tiene obligación y, a la vez, facultad de

(188) Expediente N° 3318-97. Considerandos Primero, Segundo y Tercero.

(189) Expediente N° 1187-97. Considerando Séptimo.

(190) Expediente N° 00296-2009. Considerando Sexto.

visitar a sus hijos en forma irrestricta, con la salvedad de los horarios a respetar por razones de estudio y de descanso⁽¹⁹¹⁾.

“Que ambas partes, demandante y demandada, han celebrado un acuerdo de conciliación respecto a la patria potestad y otras pretensiones acumuladas; sin embargo, por aspectos de fondo, dicho acuerdo no puede infringir la naturaleza indisponible del derecho sustancial y someterse a un acuerdo o avenimiento de las partes, por cuanto la declaración de suspensión de la patria potestad, en los casos de separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges, constituye un efecto o consecuencia de tales supuestos cuyo cumplimiento no admite pactarse en sentido contrario, ya que además, no se trata de una separación convencional⁽¹⁹²⁾.

“Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo cual es ejercitado conjunta o separadamente, por lo que se entiende que tanto la suspensión como la privación de este derecho y deber, supone una restricción a favor del interés superior del niño⁽¹⁹³⁾.

II. EXTINCIÓN

La extinción es la desaparición total, definitiva y normal de la patria potestad. Se produce ipso iure, no a título de pena, pues desaparecen los presupuestos que determinan su titularidad. Así pues y de acuerdo al artículo 461 del Código Civil⁽¹⁹⁴⁾, la extinción de la Patria Potestad se presenta en los siguientes casos⁽¹⁹⁵⁾:

- a) Por muerte.

Sea del último progenitor que la ejercía o del hijo. Este es un supuesto natural y, por demás, lógico.

(191) Expediente N° 1187-97. Considerando Sétimo.

(192) Casación N° 719-97-Lima. Considerando Sétimo.

(193) Expediente N° 727-2011. Considerando Primero.

(194) Código Civil. Artículo 461.- “La patria potestad se acaba:

1.- Por la muerte de los padres o del hijo.

2.- Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46.

3.- Por cumplir el hijo dieciocho años de edad”.

(195) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 369-370.

b) Capacidad legal natural o mayoría de edad.

Es curioso reseñar lo que establecía el Código Civil peruano de 1852: el hijo(a) mayor, que cae en incapacidad, vuelve a la patria potestad, si no tiene cónyuge (art. 290). Situación sui generis pues la institución dependía no solo de la edad sino también de la capacidad y del matrimonio del hijo.

c) Capacidad legal adquirida o emancipación tácita.

De acuerdo con el artículo 46 del Código Civil⁽¹⁹⁶⁾, la incapacidad de las personas mayores de 16 años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Esta capacidad legal adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este. La patria potestad en estos supuestos se extingue.

Existe un vacío legal en cuanto a la del mayor de 14 años que estando facultado para reconocer (art. 46 del Código Civil) no adquiere la capacidad plena, sino restringida (puede accionar judicialmente gastos de embarazo y parto y procesos de tenencia y alimentos), por lo que carece de patria potestad.

El referido artículo 461 del Código Civil hemos de concordarlo con el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes⁽¹⁹⁷⁾ que unifica en una sola disposición, las figuras jurídicas de la Pérdida y la Extinción de la Patria Potestad.

(196) Código Civil. Artículo 46.- “La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos”.

(197) Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 77.- “La Patria Potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo;
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
- c) Por declaración judicial de abandono;
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75; y,
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil”.

III. RESTITUCIÓN

Implica aquella situación mediante la cual, desaparecidas las causas que determinaron la privación o limitación del ejercicio de la patria potestad, esta es devuelta cuando se comprueba dicha desaparición. De esta manera, se tiende a la integración de la familia, ya que por causas establecidas por la legislación, uno de sus miembros incumplió con sus deberes paterno-filiales. La regla general que establece el artículo 471 del Código Civil es que en los casos de privación o limitación de la patria potestad puede pedirse judicialmente su restitución cuando cesan las causas que lo determinaron. Debe entenderse, entonces, que en los casos de pérdida o suspensión la restitución opera de forma automática⁽¹⁹⁸⁾.

Así pues, el referido artículo establece lo siguiente: “Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron. La acción solo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor. En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo la declaración de pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo”.

Este artículo hemos de concordarlo con el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes que establece que: “Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

La restitución no es un premio por la rehabilitación del padre restringido del ejercicio de la patria potestad, sino una consecuencia propia e inherente de las relaciones familiares, puesto que debe comprometerse y exigirse el cumplimiento de sus obligaciones a aquel que en un momento se le limitó su ejercicio pero que a la fecha se encuentra nuevamente apto⁽¹⁹⁹⁾.

(198) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 371.

(199) Ídem.

Por causa subjetiva (privación), la patria potestad puede ser restituida a solicitud de parte transcurridos tres años de cumplida la sentencia del caso, pudiendo el juez restituirla de manera integral o parcial tomando en cuenta el interés del menor. Tratándose de causas objetivas (pérdida y suspensión), la restitución opera de manera inmediata cuando desaparezcan los hechos que la motivaron⁽²⁰⁰⁾.

Según el último párrafo del artículo 471 se indica expresamente que en los casos de pérdida y suspensión de la patria potestad, los padres volverán a ejercerla cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo en los casos que la declaración de pérdida de la patria potestad haya estado sustentada en sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo. Por la Ley N° 29275⁽²⁰¹⁾ se indica que los alcances de la suspensión o pérdida de la patria potestad se hace extensivo el efecto a todos los hijos menores de edad de aquella persona que se encuentre procesado o con sentencia condenatoria, conforme a lo señalado en el artículo 4 de la ley citada⁽²⁰²⁾.

IV. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

Con respecto a la legitimidad para obrar respecto de estas pretensiones de restricciones de la patria potestad, el artículo 79 del Código de los Niños y Adolescentes establece que: “Los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés pueden pedir la suspensión o la pérdida de la Patria Potestad”.

Asimismo, el artículo 80 del mismo cuerpo normativo establece que: “El Juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público. El juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado. Cuando el niño o el adolescente tienen bienes propios, el Juez procederá según las normas contenidas en el Código Civil”.

Con respecto a la representación del hijo en los procesos, el artículo 467 del Código Civil establece que: “En los casos de los artículos 446, 463, 464 y

(200) *Ibidem*, p. 372.

(201) Ley N° 29275, Ley que incorpora el artículo 5 a la Ley N° 29194, Ley que precisa los casos de pérdida de patria potestad publicada el 01/11/2008.

(202) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Ob. cit.*, p. 372.

466, inciso 3, el consejo de familia proveerá de un curador al hijo para que represente a este en el juicio respectivo”.

El artículo hace referencia a los supuestos de pérdida de la administración y el usufructo legal, las causales de privación de la patria potestad y la causal de suspensión de la patria potestad por impedimento de hecho de ejercerla.

Por su parte el artículo 468 del Código Civil establece que: “El juez, a solicitud de parte o de oficio, nombrará curador para los hijos y proveerá a su seguridad y a la de sus bienes conforme a las normas pertinentes del Código de Procedimientos Civiles, en caso de que el consejo de familia no cumpla con lo dispuesto en el artículo 467, o que pueda resultar perjuicio”.

Con respecto a los efectos jurídicos de las restricciones de la patria potestad, el artículo 469 establece que: “Los efectos de la pérdida, la privación, la limitación y la suspensión de la patria potestad, se extenderán a los hijos nacidos después de que ha sido declarada”.

Anexos

ANEXOS

CASACIÓN N° 4710-2006-ICA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
TENENCIA DE MENOR

Lima, treinta de marzo de dos mil siete

VISTOS: y, CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el recurso de casación interpuesto, cumple con los requisitos de forma para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil;

Segundo.- Que, del recurso se advierte que el recurrente lo sustenta en la causal del primero, segundo y tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil citado, denunciando: i. la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, argumentando que, en el segundo considerando de la Sentencia de Vista, la Sala Civil aplica el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y menciona, debiendo considerarse que el interés superior de su hija, es estar al lado de su madre, y no es justo que la justicia le niegue a la recurrente el darle cariño y lo más elemental el amor de madre, además dicho interés es estar y crecer al lado de sus Padres, pero en este caso a su lado por ser la Madre Biológica, lo cual no está en discusión, continúa alegando que en el cuarto considerando de la Sentencia de vista, la Sala Civil menciona el artículo 81, siendo el caso que al no tener la condición de padres los demandados no tienen por que tener a la menor, y menos aún dar la **CUSTODIA** a terceros personas cuando de por medio existe uno de los padres reclamando la tenencia legal. Al parecer el Juzgado y la Sala Civil, están aplicando conceptos y artículos errados, menciona, pues hace mención el artículo 188 del Código Procesal Civil, y en atención a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Que, si bien es cierto que los medios probatorios tienen por finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, también es cierto que en la secuela del proceso se ha acreditado fehacientemente que la recurrente es la madre biológica, lo que no está en discusión, lo que significa que ni el Juzgado ni Sala Civil, lo han tomado en cuenta; ii. la Inaplicación de una norma de derecho material, puesto que es de apreciarse que el Juzgado, apoya la Sentencia expedida en el artículo 84 y la Sala Civil en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, sin embargo lo mencionan y no lo han aplicado, teniendo en cuenta, que a las personas que le han dado la tenencia de su hija no tienen calidad de padres, si no de tíos, sin embargo la recurrente es la Madre Biológica, por último denuncia; iii. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, en atención a que el artículo 81 del Código de

los Niños y Adolescentes, se aplica solo cuando los padres están en desacuerdo, pero resulta, que la demandante tiene calidad de madre Biológica, mientras que los demandados no tienen la calidad de padres. Entonces, le toca la tenencia a la demandante, así también el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, da a conocer que el hijo debe permanecer al lado de los padres, mientras que los demandados no tienen la calidad de padres, para lo cual ofrece los medios probatorios a que hace referencia;

Tercero.- Que, en cuanto al ítem i), se tiene que la recurrente refiere la denuncia de aplicada indebida o interpretación errónea, citando hasta cuatro numerales, sin establecer con claridad y precisión cuáles son los artículos aplicados indebidamente y los interpretados erróneamente, toda vez que tales conceptos son diferentes e incompatibles entre sí, no pudiéndose denunciar ambos cargos bajo un mismo numeral, por lo que este argumento debe desestimarse, más aún si a su vez denuncia bajo esta modalidad el artículo 188 del Código Procesal Civil, pues no resulta viable invocar normas de naturaleza procesal al amparo de una causal reservada para normas de derecho material, pues las primeras regulan solo la conducta de las personas que intervienen en el proceso, con lo que no se satisface el requisito de la debida fundamentación del recurso;

Cuarto.- Que, en cuanto al ítem ii), como se denota del análisis de las sentencias de mérito, los numerales citados si han sido aplicados a efectos de dar solución al conflicto de interés, sin embargo, debe precisarse que han sido aplicados de conformidad con el principio fundamental, en materia de derecho de los niños y adolescentes, cual es el interior superior del niño, principio rector además que rige los procesos en cuales se involucran niños;

Quinto.- Que, en cuanto al ítem iii), examinados los argumentos en que se apoya, se verifica que los mismos se encuentran orientados a que se revaloren los medios probatorios aportados al proceso con el evidente propósito de variar la decisión impugnada, lo que no resulta factible en casación. Es que las instancias de mérito ya han valorado adecuadamente las pruebas aportadas por las partes al juicio y ninguna de ellas ha producido la convicción suficiente para concluir en amparar la incoada;

Sexto.- Que, por los fundamentos expuestos, el presente recurso no satisface el requisito de fondo exigido en los acápite 2.1, 2.2 y 2.3 del inciso 2 del artículo 388 del Código Procesal Civil, y en uso de las facultades previstas en el artículo 392 de dicho cuerpo normativo, Declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Olga Patricia Márquez Santa Cruz, en contra de la resolución de vista de fojas cuatrocientos ochentitrés, su fecha dieciocho de setiembre del dos mil seis; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; así como a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* bajo responsabilidad, en los seguidos con Moisés Germán Grados Custodio y otra, sobre tenencia de menor; y los devolvieron. Vocal Ponente Señor Castañeda Serrano.

SS. TICONA POSTIGO; PALOMINO GARCÍA; MIRANDA CANALES; CASTAÑEDA SERRANO; MIRANDA MOLINA

CASACIÓN Nº 4774-2006-LA LIBERTAD

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Lima, cuatro de abril de dos mil siete

VISTOS; con el acompañado; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante Jorge García Idrogo, cumple con todos los requisitos formales para la admisión del mismo;

SEGUNDO.- Que, el citado recurso cumple también con invocar las causales en que se funda, en este caso: i) La contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; ii) La inaplicación de los artículos cuatrocientos veintitrés inciso cinco del Código Civil; setenticuatro inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes; causales previstas en el artículo trescientos ochentiséis incisos tres y dos del Código Procesal Civil;

TERCERO.- Que, en relación a la causal de contravención se denuncia: que la sentencia de vista viola los artículos cincuenta inciso seis y ciento veintidós inciso tres del Código Procesal Civil, puesto que la sentencia de vista ha sido dictada sin tener en cuenta los fundamentos de su recurso de apelación, pues no se ha reparado que de una adecuada interpretación del interés superior del niño el cuidado de este debe estar a cargo de sus padres, en este caso, el actor; que si la menor ha estado al cuidado de la abuela materna es porque esta se niega a entregarla al actor y las declaraciones de la menor no deben ser tomadas como determinantes pues esta ha sido aleccionada;

CUARTO.- Que, del análisis de la sentencia de vista fluye que esta se encuentra debidamente motivada, expresando los fundamentos de hecho y de derecho en forma, ordenada, clara y conservando un orden lógico en especial respecto de la valoración que hacen de los medios probatorios y las conclusiones a las que tales les conducen, vale decir, evidencia logicidad en su contenido; por consiguiente, carece de asidero real lo denunciado por el recurrente y si ello es así se incumple el nexo de causalidad que como requisito de fondo fluye del artículo trescientos ochentiocho inciso segundo del Código Procesal Civil; debiendo señalarse que lo que el recurrente evidencia es una disconformidad con la valoración probatoria desarrollada por los juzgadores respecto de los medios probatorios actuados, empero dicho agravio no ha sido invocado como tal;

QUINTO.- Que, respecto de la causal de inaplicación se señala: que se han inaplicado los artículos cuatrocientos veintitrés inciso cinco del Código Sustantivo y setenticuatro inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes, puesto que dichos dispositivos prescriben que la patria potestad corresponde a los padres, el cual comprende el derecho y deber de tener a los hijos en su compañía, por tanto, este derecho no le corresponde a ningún otro pariente que no sean los padres; de tal modo que si la madre de la menor ha fallecido la patria potestad le corresponde en exclusiva al padre sobreviviente;

SEXTO.- Que, de la revisión de las sentencias de mérito fluye que ni el a quo ni el ad quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya Tenencia reclama a través de la presente demanda, sino que, pese a ello,

han estimado que en aplicación del principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna; argumentación jurídica que el actor no ha desvirtuado, lo que significa que el agravio expuesto no guarda correspondencia con lo que es materia de la sentencia de vista y si ello es así se incumple el nexo de causalidad que como requisito de fondo fluye del artículo trescientos ochentiocho inciso segundo del Código Procesal Civil;

SÉTIMO.- Que, en tal virtud, ninguna de las causales invocadas satisfacen los requisitos de fondo previstos en el citado artículo trescientos ochentiocho inciso segundo del Código acotado; no habiendo lugar por tanto, a admitir a trámite el presente recurso; declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación, interpuesto a fojas doscientos cuarenticuatro por Jorge García Idrogo, contra la resolución de vista de fojas doscientos treintinueve, su fecha veintinueve de setiembre del dos mil seis; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Jorge García Idrogo con Rosa Concepción Mas Domínguez sobre Tenencia y Custodia del Menor; y, los devolvieron; Vocal Ponente Señor Palomino García.

SS. TICONA POSTIGO; PALOMINO GARCÍA; MIRANDA CANALES; CASTAÑEDA SERRANO; MIRANDA MOLINA

CASACIÓN N° 4881-2009-AMAZONAS

Lima, cinco de abril de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

Con el acompañamiento, vista la causa número cuatro mil ochocientos ochenta y uno de dos mil nueve, en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

Se trata de los recursos de casación interpuestos por D.P.G. y J.B.G.S., así como el Ministerio Público contra la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, su fecha veintiséis de agosto de dos mil nueve, que revocando la sentencia apelada declara infundada la demanda de tenencia y tutela de menor.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HAN DECLARADO PROCEDENTES LOS RECURSOS

Esta Sala Suprema, mediante resoluciones de fecha veintisiete de enero de dos mil diez, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por D.P.G. y J.B.G.S. por infracción normativa del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; así mismo declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público por las causales de: a) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y, b) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.

III. CONSIDERANDO

Primero.- Que, respecto a la causal denunciada por D.P.G. y J.B.G.S. infracción normativa del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, aducen los recurrentes que en la sentencia de vista se ha inaplicado la norma denunciada toda vez que se ha omitido valorar el informe social practicado a los recurrentes, obrante a fojas ciento cinco, donde se señala que la situación moral y económica de los demandantes es buena y reúne todas las condiciones para asumir la crianza de su nieta F.K.V.G.; así como el informe social practicado al demandado, corriente a fojas ciento sesenta y dos, donde se establece que aquel vive solo y en un cuarto muy pequeño, sin mayores comodidades, sin servicios elementales propios y su trabajo no le permite estabilizarse en un lugar determinado ya que en su calidad de policía está sujeto a un cambio por voluntad personal o por necesidad de servicio, agregan que entregarle la niña sería poner en riesgo su estabilidad emocional, más aún que piensa llevarla a Chiclayo al poder de los abuelos (paternos), con quienes la niña no ha tenido una relación afectiva permanente; señalan como fundamento adicional el informe social emitido con ocasión de una denuncia interpuesta contra el demandado por M.G.P. –madre de la menor– por delito de abandono de mujer en estado de gestación. En consecuencia, la sentencia de vista habría obviado por completo estos informes, lo cual contradice lo actuado en primera instancia donde el juez de la causa a fojas setenta y ocho, antes de emitir su fallo, declara que para tener mayores elementos de juicio es necesario un informe social del equipo multidisciplinario, el que aunado con otros medios probatorios

permitirían dilucidar lo más favorable para la menor. Aseguran que tampoco ha sido valorado por la Sala Superior que la niña viene conviviendo con los recurrentes cerca de tres años, esto es desde el deceso de su madre.

Segundo.- Que, en cuanto a las causales denunciadas por el Ministerio Público: a) Infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, argumenta dicha entidad que la Sala Superior inaplicó la citada norma, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 84 del mismo cuerpo legal, esto es, que la menor F.K.V.G. desde el fallecimiento de su madre, cuando tenía siete meses de edad, quedó bajo la protección y cuidado de sus abuelos maternos, con quienes tiene una excelente relación afectiva y condiciones socioeconómicas favorables para su desarrollo integral y, atendiendo al principio del Interés Superior del Niño, no resulta favorable para la menor permanecer al lado de su padre por cuanto no lo conoce, además de que este fue sentenciado al pago de una pensión alimenticia a favor de su hija (Expediente N° 2007-191), por lo cual y en virtud a lo previsto en el artículo 97 del precitado Código, está impedido de iniciar un proceso de tenencia; asimismo, viene siendo investigado como presunto instigador del suicidio de M.G.P. –madre de la menor– y ha sido procesado por delito de abandono de mujer en estado de gestación, si bien fue absuelto por no haberse comprobado el estado crítico de la demandante, ello no enerva el hecho de haberla abandonado; refiere que la Sala Superior al emitir resolución no tomó en cuenta lo señalado por el emplazado al contestar la demanda, en el sentido de que en caso de obtener la tenencia de la menor la misma quedaría bajo los cuidados de su madre política de este y de su padre biológico a quienes la niña no conoce, resaltando que la primera de las nombradas no tiene vínculo consanguíneo con la menor, lo cual desnaturaliza lo dispuesto en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes; y, b) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, expone que la Sala Superior interpretó erróneamente lo dispuesto en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, al sostener que reconocer la tenencia y tutela de la menor F.K.V.G. a favor de sus abuelos maternos significaría desconocer los derechos y deberes de padre e hijo y no darle la oportunidad de tener una relación paterno filial con su menor hijo, lo cual le corresponde por su naturaleza de padre. El hecho que la niña permanezca bajo la tutela de sus abuelos maternos de ningún modo significa desconocer los derechos del padre biológico, por el contrario, sin descuidarlos bien pudo integrarse la sentencia fijándose régimen de visitas abierto. En cuanto a lo afirmado por la Sala, cuando señala que la tenencia es un atributo de la patria potestad y por ende solo le corresponde a los padres –no pudiendo ser incluidos otros familiares vía interpretación extensiva de la norma–, lo considera una interpretación errónea por cuanto no tomó en cuenta los criterios uniformes establecidos en las sentencias casatorias números 4774-2006-La Libertad de fecha cuatro de abril de dos mil siete, 3172-2005-Lima del veintitrés de julio de dos mil siete y 4710-2006-Ica del treinta de marzo de dos mil siete.

Tercero.- Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la apelada que declara fundada la demanda de tenencia y tutela de menor interpuesta por J.B.G.S. y D.P.G., declarándola infundada por considerar que la institución familiar de tenencia fija la relación exclusiva entre padre e hijo mas no entre abuelos y nieto, y si bien el impugnante antes del fallecimiento de la madre del menor fue sentenciado a pasar alimentos y su trabajo en calidad de miembro de la Policía Nacional del Perú le impide tener un lugar fijo de residencia, ello no es óbice para limitar la relación paterno filial que le corresponde por naturaleza.

Cuarto.- Que, habiéndose declarado procedentes los recursos de casación por la causal referida a la infracción normativa material, cabe hacer las siguientes precisiones: la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 apartado 1) señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, por su parte el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dispone: “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”. Por último su artículo 81 prescribe: “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”.

Quinto.- Que, se observa que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, en ese sentido, este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, “el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares”, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la calificación de “superior” en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración. En todo caso, se busca destacar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Se trata de determinar la preeminencia de los derechos de la infancia en su confrontación con otros derechos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que pueda resultar tal situación.

Sexto.- Que, a mayor abundamiento resulta pertinente indicar que si bien la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, sin embargo, la figura en comento también faculta al juez a resolver la tenencia teniendo como norte el interés superior del niño.

Sétimo.- Que, de lo expuesto se observa que en el presente caso debe ponderarse la condición del padre y abuelos de la menor para determinar la tenencia de aquella; en ese sentido, corresponde emitir pronunciamiento sobre la causal invocada por D.P.G. y J.B.G.S. respecto a la prevalencia en las decisiones judiciales del interés superior del niño; al respecto conviene precisar que en cuanto a los alcances del citado principio esta Suprema Sala considera que el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social, así constituye una obligación de las organizaciones públicas o privadas a examinar si dicho criterio está realizado en el

momento en que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe agregarse que tal principio debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. En ese sentido, se observa que la madre de la menor falleció el día dos de setiembre de dos mil siete a consecuencia de un suicidio, esto es, cuando la menor contaba con siete meses y diecisiete días de nacida, pasando inmediatamente mediante acta fiscal bajo la custodia de los abuelos maternos impugnantes, disponiéndose además su permanencia en la jurisdicción y con los citados abuelos hasta la culminación de la investigación, situación de hecho que se mantiene a la actualidad, de lo que se advierte que la menor vive con ellos por el lapso de tres años, siete meses y tres días; por otro lado, se tiene del informe social de fojas ciento tres practicado a los recurrentes, el cual concluye que las condiciones sociales, morales y económicas de esa familia son óptimas para el crecimiento y desarrollo que todo niño merece; aunado a ello, el informe social practicado al demandado da cuenta que el padre de la menor no reúne las condiciones adecuadas para exigir la tenencia de la menor, por cuanto no cuenta con un ambiente adecuado para la niña, esto es, no cuenta con baño propio, utiliza un solo cuarto el cual es muy pequeño, come en pensión, además debe tenerse en cuenta que el propio emplazado en la visita social manifestó “que por razones de trabajo como policía, tiene que estar cambiando de un lugar a otro (...)”, lo que implica que no reside en un mismo domicilio, por lo que la menor se quedaría al cuidado de su abuelo paterno conjuntamente con la esposa de aquel, quien no tiene ningún vínculo filial con la menor y la relación afectiva deviene esporádica, lo cual desencadenaría en la pérdida de la estabilidad emocional que hasta la actualidad mantiene bajo el cuidado de los recurrentes, quienes según el informe social de fojas ciento tres le brindan un hogar constituido y permanente, se encuentra bien de salud y con los cuidados adecuados para su edad.

Octavo.- Que, en cuanto a las causales denunciadas por el representante del Ministerio Público, corresponde en primer término pronunciarse sobre la inaplicación del principio del interés superior del niño en la sentencia de vista; en ese sentido, se debe precisar que la relación afectiva madre-niño se consolida como un vínculo afectivo cuando existe un amor recíproco entre el recién nacido y su madre, siendo que en este caso al fallecimiento de la madre, la continuidad del vínculo la tuvieron los abuelos maternos al ser las personas quienes respondían a las conductas innatas de la niña, debiendo acotarse que este vínculo constituye la base sobre la cual se desarrollaran los demás vínculos que establecerá el ser humano con las demás personas a lo largo de vida; siendo ello así, resulta claro que el alejar a la menor de la presencia de los abuelos maternos, quienes desde el deceso de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado las atenciones y cuidados que todo niño necesita, implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social lo cual no se condice con lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Noveno.- Que, por último, en cuanto a la causal de interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, se debe tener en cuenta que en virtud a esta disposición el juez se encuentra facultado a resolver la tenencia a fin de salvaguardar lo favorable para el menor, siendo en este caso que debe prevalecer el principio del interés superior del niño, en esa línea resulta claro que corresponde entregar la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos, sin que ello implique alguna restricción para fijar un régimen de visitas a favor del padre y de esa manera pueda formar progresivamente un vínculo afectivo con la menor.

IV. DECISIÓN: Por estos fundamentos y de conformidad con lo regulado en el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil: **a)** Declararon **FUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por J.B.G.S., D.P.G. y el Ministerio Público, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, su fecha veintiséis de agosto de dos mil nueve que revocando la apelada declara infundada la demanda. **b)** Actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la apelada que declaró fundada la demanda de tenencia y tutela de menor, con lo demás que contiene. **c)** **DISPUSIERON** La publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por J.B.G.S., D.P.G. y el Ministerio Público, con H.F.V.V. sobre tenencia y tutela de menor; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo señor Vinatea Medina.

SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, WALDE JÁUREGUI, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO

CASACIÓN N° 2067-2010-LIMA

Lima, veintiséis de abril de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con los acompañados; de conformidad con el dictamen Fiscal Supremo; vista la causa dos mil sesenta y siete guión dos mil diez, en audiencia pública llevada a cabo el día de la fecha, oído el informe oral y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Gerardo Antonio Rosales Rodríguez contra la sentencia de vista, su fecha cinco de abril de dos mil diez, la cual confirma la apelada que declaró infundada la demanda interpuesta por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez y fundada en parte la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos, con lo demás que contiene.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Mediante Ejecutoria Suprema del veintisiete de setiembre de dos mil diez, se declaró procedente el recurso de casación por infracción normativa de naturaleza procesal de los artículos VII, VIII del Título Preliminar, 82, 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, así como de los artículos 50 inciso 6); 122 inciso 3), 188, 197, 189, 200 y 335 del Código Procesal Civil, y, artículo 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado. Respecto de lo cual el recurrente denunció: a) infracción normativa de los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, señala que la Sala Superior no menciona el fundamento jurídico por el cual establece que la finalidad del proceso de tenencia sirve para restablecer vínculos y trato directo con una de las partes (en este caso la madre) en desmedro de la otra, en este caso el padre, ciertamente cuando se discute la tenencia, indefectiblemente uno de los padres no tendrá el vínculo directo, pero la finalidad de esta institución (la tenencia) no es la que pretende darle la Sala Superior, sino que los niños estén con el padre que favorezca su desarrollo integral. Bajo los argumentos de la Sala Superior, si los niños expresan sus deseos de estar con el padre, como no hacen para con la madre, entonces la tenencia debe ser otorgada a la madre, para restablecer el vínculo con ella. Bajo este absurdo criterio, bastaría que uno de los padres demostrara en todo proceso de tenencia que es el peor que se lleva con los hijos, para pedir luego le entreguen la tenencia para restablecer sus vínculos, en desmedro del otro con el cual los niños se llevan mejor. Esto no resiste el más mínimo razonamiento lógico-jurídico. b) Infracción normativa del artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, argumenta que cuando se dispone en todo caso la variación de la tenencia como ocurriría en el presente caso, esta no puede ser sino paulatina o progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño. Una separación abrupta o inmediata de un entorno familiar continuo sería grave y perjudicial para cualquier niño, lo que se subsume también en el principio de interés superior del niño, que así también ha sido vulnerado. Sin embargo, la Sala Superior ha inaplicado esta norma, sin motivar en nada su omisión, por lo tanto su inaplicación constituye una infracción normativa vulnerando además la tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y debida motivación, por lo que deviene en nula la sentencia. c) Infracción normativa del artículo 84 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes; manifiesta que la Sala Superior no se ha pronunciado respecto a que los niños han estado con el padre y los hermanos de este todo el tiempo, sin lapso de interrupción, lo cual constituye inaplicación al caso concreto de la norma denunciada, en tanto no aplica al caso concreto (sin motivar su inaplicación) la norma que establece deberá tenerse en cuenta que los hijos permanecerán con el progenitor con quien convivió mayor

tiempo. Esta es una norma que obliga al juez a motivar su resolución en relación concreta también –entre otros– a dicho criterio, ya sea para negar o no su aplicabilidad al caso concreto. Sin embargo, lo que no se puede es callar respecto de dichas circunstancias, no referirse a ellas en el caso concreto e inaplicar la norma descrita. d) Infracción normativa del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, aduce que las opiniones de los niños son explícitas y realizadas ante psicólogos que no establecen que existe síndrome alguno, no evidencia que dañe o se dude de la libre voluntad y opinión que toman de los niños, que desvirtuar dichas opiniones recibidas, es infracción a la norma invocada. Además, resulta totalmente arbitrario que luego se pretenda desvirtuar dichos medios de prueba por vicios no probados e imputados mucho tiempo después de que se expresaron dichas opiniones. e) Infracción normativa del inciso 6) del artículo 50 del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, señala que la Sala Superior en su noveno considerando establece que la sentencia de mérito respecto a los actos de violencia de la madre hacia sus hijos, se tiene que “en dicha fecha, la madre se encontraba alejada de sus hijos, y por tanto resulta imposible que ella fuera la autora, tanto más si se concluye que se trata de lesiones recientes. Aún más se evidencia incongruencias de la denuncia del padre” y por tanto –concluye– no está probado el maltrato físico y psicológico hacia los hijos que alega el padre. A pesar que la misma Sala Superior ya estableció en el considerando octavo de la sentencia de vista, que no se puede pronunciar sobre procesos en trámite; sin embargo, aquí sí es notoriamente concluyente en contra del proceso mismo de violencia familiar de la madre contra sus hijos, proceso de conocimiento del Tercer Juzgado Transitorio de Familia de Lima Exp. N° 183512- 232-2007. La Sala se pronuncia desvirtuando dicha denuncia con lo que evidencia una total parcialidad e incongruencia de la sentencia, vulnerándose las normas procesales invocadas o infracción normativa del inciso 3) del artículo 122 del Código Procesal Civil, argumenta que la Sala Superior no menciona sustento jurídico o norma para establecer que el muy discutible (para la jurisprudencia y aun para la doctrina) síndrome de alineación parental es una prueba determinante para casos de tenencia. Ciertamente, esto es infracción a la norma procesal invocada, en tanto que la misma establece que deberá mencionarse el fundamento de derecho aplicable en cada punto, estando que la Sala Superior no indica el fundamento de derecho para establecer cómo es que un supuesto síndrome de alienación parental constituye prueba determinante para casos de tenencia. g) Infracción normativa del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, manifiesta que para el caso concreto no se ha tenido en cuenta las pericias psicológicas de la madre que la describen como una persona necesitada de tratamiento; que está acreditado en autos que se ha pedido e instado, aun con informes periciales, que la madre debe llevar un tratamiento para modificar sus propios malos hábitos y comportamiento para cumplir su rol de madre; tampoco han sido referidos en la sentencia a pesar que fue materia de apelación y aquí se ha vulnerado flagrantemente la norma denunciada. Ciertamente la Sala Superior debe motivar su sentencia, en el sentido de la exigencia constitucional que se entiende contiene que además el juez deberá señalar y articular motivadamente, en la argumentación de lo decidido lo hechos fundantes de los cuales se tiene conocimiento imparcialmente, noremitiéndose a la fundamentación de una mínima apreciación de todos los hechos manifiestamente pertinentes. h) Infracción normativa de los artículos 188, 189, 197, 200 y 355 del Código Procesal Civil, argumenta que antijurídicamente la Sala Superior al establecer que el síndrome de alienación parental constituye prueba determinante en la decisión sobre tenencia, prescindiendo arbitrariamente de la prueba especial que ordenó realice el Programa Mamis del Hospital Cayetano Heredia, para determinar si existe síndrome en el caso concreto, e inmotivadamente

en su reemplazo dar mérito probatorio a un informe de carácter general psicológico del equipo multidisciplinario, pues en el duodécimo y décimo tercer considerando, establece la sentencia que los psicólogos han determinado, en el informe de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, suscrito por ocho profesionales especializados en problemas de familia, que existe el síndrome de alienación parental que constituye prueba determinante en la decisión que se adopta, razón por la cual se prescindió de la evaluación psicológica dispuesta a fojas mil seiscientos veintiséis.

III. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, en atención a lo alegado por el recurrente, debe resaltarse, en principio, que las normas procesales de carácter general denunciadas como vulneradas están referidas, en estricto, a la observancia del debido proceso, la tutela procesal efectiva y el deber de motivación de las resoluciones judiciales –en el que está inmerso el principio de congruencia procesal–, vale decir, principios y garantías de la administración de justicia consagrados por los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Segundo.- Que, el debido proceso, comprende “(...) un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, la actividad probatoria, la motivación de las resoluciones judiciales, la economía y celeridad procesales, entre otros (...)” existiendo por tanto infracción normativa cuando en el desarrollo del proceso no se respetan los derechos procesales de las partes, se obvian o alteran actos de procedimiento o la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva.

Tercero.- Que, en relación al tema, como bien señala el Tribunal Constitucional: “(...) el debido proceso parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta a través de las garantías que, dentro de un íter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú”; de allí que el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil ratifique que “toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. Entre las garantías procesales aludidas se encuentran el acceso a la justicia, el derecho a probar, el derecho de defensa y la igualdad procesal; empero, debe resaltarse que la tutela judicial efectiva no supone per se la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que toda demanda deba finalmente ser declarada fundada, por cuanto la decisión judicial está supeditada al caudal probatorio aportado por las partes, conforme lo estipulado por el artículo 196 del Código Adjetivo y su valoración.

Cuarto.- Que, conforme define el Tribunal Constitucional 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 solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el lineamiento dentro de los supuestos 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”.

Quinto.- Que, ahora bien, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente planteadas por las partes en cualquier clase de procesos, lo que garantiza que los jueces justifiquen sus decisiones asegurando la sujeción de la potestad de administrar justicia a la Constitución y a la Ley, así como un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Sexto.- Que, la motivación de las resoluciones judiciales tiene una doble connotación, pues, de un lado es un deber de quienes administran justicia, y de otro, es un derecho de los justiciables y de la sociedad en su conjunto. Desde la óptica del deber, exige que los jueces expresen en la resolución, en forma lógica y razonada, el proceso mental desarrollado a fin de resolver la litis sometida a conocimiento. En relación a este aspecto, resulta importante anotar que no es relevante la extensión de la motivación siempre y cuando la resolución se encuentre aparejada de fundamentación fáctica y jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma exprese suficiente justificación de la decisión adoptada. Dada la trascendencia del deber de motivación de las resoluciones judiciales, a su vez recogido por el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el ordenamiento procesal civil por los artículos 50 inciso 6) y 1226 sanciona con nulidad aquellas resoluciones que contravienen el referido precepto constitucional.

Sétimo.- Que, en relación a cómo determinar si estamos frente a una resolución carente de motivación, el Tribunal Constitucional resulta enfático al establecer que: “(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrarrestar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis (...); el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino, en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriva del caso (...)”.

Octavo.- Que, precisado el marco conceptual corresponde entonces analizar las infracciones normativas denunciadas por el recurso extraordinario. En ese sentido, en relación a la presunta infracción normativa del inciso 6) del artículo 50 del Código Procesal Civil, así como de los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, no se corrobora la alegada vulneración al principio de congruencia procesal y, por ende, al deber de motivación de las resoluciones judiciales y al debido proceso, por cuanto en los considerandos octavo y noveno el ad quem justifica la decisión de otorgar la tenencia y custodia de los niños xxx y zzz a doña María Elena Meier Gallegos en mérito a la contrastación de los fundamentos de las demandas de tenencia acumuladas y el caudal probatorio aportado al proceso, lo que conlleva a la Sala Superior a determinar, de un lado, que el origen y naturaleza de los problemas familiares que condujeron a la separación física de los cónyuges y la actitud del padre de separar a la madre de sus hijos son las diversas agresiones físicas y psicológicas sufridas por la cónyuge; y; de otro, que no está probado el maltrato físico y psicológico alegado por el padre, ergo, no es que se emite pronunciamiento sobre procesos en trámite, sino que se valoran pruebas admitidas en la continuación de la audiencia única de fojas seiscientos ochenta y uno y seiscientos ochenta y dos, en relación a la demanda interpuesta por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez (Exp. N° 183516-2007-22) y la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos (Exp. N° 183507-2007-78).

Noveno.- Que, resulta importante enfatizar, que dada la naturaleza específica del recurso extraordinario de casación no corresponde la revaloración de los medios probatorios; por tanto, no resulta atendible pretender el reexamen de las pericias médicas practicadas a doña María Elena Meier Gallegos. Asimismo, es de resaltar que acorde a lo estipulado por el artículo 366 del Código Procesal Civil, corresponde al apelante indicar el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución impugnada, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria; en dicho contexto, si bien el recurrente sostiene que la sentencia de vista ha omitido pronunciamiento respecto de que no se tuvieron en cuenta las pericias psicológicas de la madre que presuntamente determinan que debe someterse a un tratamiento para modificar sus hábitos y comportamiento, lo cierto es que del recurso de apelación de fojas mil seiscientos doce a mil seiscientos veintiuno, subsanado a fojas mil seiscientos veintiocho, se desprende que si bien se establece como agravio que: “No se ha acreditado que la demandante haya modificado sus propios malos hábitos de conducta, con la finalidad de convertirse en el mejor referente, guía y modelo para sus hijos, como arrojan las conclusiones de los informes”, este agravio no ha sido sustentado ni acreditado por el recurrente, pues a lo largo de su recurso de apelación no establece el sustento probatorio que acredite la conducta y/o hábitos inadecuados que atribuye a la demandante, lo cual relevó a la Sala Superior a emitir pronunciamiento sobre este extremo. Más aún cuando en el considerando Décimo Noveno de la sentencia de primera instancia se expresa que: “El codemandante (Gerardo Antonio Rosales Rodríguez) no ha probado los cargos de violencia, abandono y conducta inadecuada atribuidos a la madre, disponiéndose que, para el restablecimiento de la relación de la madre y los niños y la facilitación de un régimen de visitas favorable con el padre, todos los miembros de la familia se sometan a una terapia psicológica en el Programa Mamis del Hospital del Niño, donde se ha advertido la afectación que los niños presentan por encontrarse inmersos en el conflicto familiar, conforme se ha señalado en sus evaluaciones psicológicas”. Siendo así, la conducta o hábitos negativos atribuidos a la demandante es un aspecto que ya fue analizado por la sentencia de primera instancia, y que si bien su reexamen constituyó uno de los agravios del recurso de apelación, el recurrente no cumplió con sustentar su pretensión impugnatoria como lo ordena el citado artículo 366 del Código Procesal Civil, con lo cual la Sala Superior no tenía la obligación de emitir nuevo pronunciamiento sobre este aspecto. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que de la lectura de la sentencia de vista en la misma se realiza un análisis exhaustivo respecto al supuesto abandono de hogar por parte de la demandante y los supuestos actos de violencia física y psicológica de la madre demandante contra sus hijos menores de edad, conductas negativas que el demandante atribuye a la demandante, sobre lo cual la Sala Superior concluye en el octavo considerando que la demandada se vio obligada a retirarse del hogar conyugal por los continuos maltratos físicos y psicológicos que padeció por causa del demandante, que la demandada intentó retornar y recuperar la tenencia de sus hijos menores de edad en diversas oportunidades, siendo impedida de hacerlo; además, la Sala Superior en su noveno considerando concluye que no se encuentra probado el maltrato físico y psicológico hacia los hijos por parte de la demandada, como alegó el padre demandado. En consecuencia, estos aspectos, que forman parte de las conductas negativas atribuidas a la demandante han sido analizadas y descartadas en la sentencia de vista, por lo que no se advierte infracción normativa al deber de motivación de las resoluciones judiciales alegadas por el recurrente. Por otro lado, se advierte de fojas mil novecientos ochenta y seis a mil novecientos noventa y uno, la sentencia de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, emitida por el Tercer Juzgado Transitorio de Familia de Lima, en el proceso de violencia familiar seguido contra María

Elena Meier Gallegos por maltrato físico en agravio de los menores zzz y xxx, la misma que declara fundada la demanda, sobre la base del Certificado Médico Legal N° 001465-VFL, practicado a la menor xxx el nueve de enero de dos mil siete, y el Certificado Médico Legal N° 001467- CFL practicado al menor zzz el nueve de enero de dos mil siete, que dan cuenta que los referidos menores presentan lesiones leves recientes. Confrontando estos hechos con lo reseñado en la sentencia de vista, se advierte que los actos de violencia determinados por el Tercer Juzgado de Familia de Lima, son los mismos hechos alegados por el demandante referidos a los actos de violencia de madre hacia de sus hijos acaecidos después del tres y cinco de enero de dos mil siete, actos que en este presente proceso el demandante ha pretendido acreditar con los mismos certificados médicos citados por la sentencia del Tercer Juzgado de Familia de Lima, certificados médicos que en el presente proceso se encuentran a fojas doscientos noventa y ocho a trescientos del expediente acumulado N° 183507-2007-00078-0 sobre tenencia y régimen de visitas interpuesto por María Elena Maier Gallegos con Gerardo Antonio Rosales Rodríguez. Al respecto, en la sentencia de vista se llega a la siguiente conclusión: “En cuanto a los actos de violencia de la madre hacia sus hijos, que el apelante alega se tiene que después de los hechos del tres y cinco de enero del año dos mil siete, el padre la denunció por violencia familiar; por lesiones que se recogen en los certificados médicos de hojas doscientos noventa y ocho a trescientos del acumulado, fechados el nueve de enero del año dos mil siete. Sin embargo, resulta que en dicha fecha, la madre se encontraba alejada de sus hijos, y por lo tanto resulta imposible que ella fuera la autora, tanto más si se concluye que se trata de lesiones recientes”. En consecuencia, los actos de violencia a que se refiere la sentencia de fojas mil novecientos ochenta y seis a mil novecientos noventa y uno, han sido analizados y descartados por la sentencia de vista recurrida.

Décimo.- Que, en relación a la infracción normativa de los artículos 122 inciso 3), 188, 189, 197, 200 y 355 del Código Procesal Civil, debe meritarse que conforme se desprende del considerando décimo segundo de la resolución recurrida la Sala justifica la prescindencia de la evaluación psicológica a los niños xxx y zzz ordenada por resolución de fojas mil setecientos veintiséis en razón al resultado del informe emitido por el Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, el cual es valorado por la Sala Superior como prueba determinante de la decisión adoptada; vale decir, la Sala no consideró al síndrome de alienación parental como prueba determinante para resolver los casos de tenencia, sino que en el contexto de valoración de la prueba y atendiendo a que el presente proceso versa sobre un problema humano en el que están involucrados niños, cuya solución no puede dilatarse, deben privilegiarse los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referidos, de un lado, a la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el Código de los Niños y Adolescentes y la Convención sobre los Derechos del Niño, y de otro, al principio del interés superior del niño, conforme se aprecia de la motivación de la resolución de fojas mil ochocientos cincuenta y nueve, donde se determinó que: “Por recibido en la fecha, el informe remitido por el Equipo Multidisciplinario adscrito a la Corte Superior de Justicia de Lima y estando a los términos expuestos, a efectos de no dilatar el proceso en tanto que requieren una pronta administración de justicia, de conformidad con los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; Dispusieron: Prescindir del medio probatorio ordenado mediante resolución número once (...); por consiguiente, queda desvirtuada la alegada vulneración del artículo 122 inciso 3) del Código Adjetivo.

Undécimo.- Que, respecto a la valoración de la prueba, conviene precisar que el artículo 197 del Código Procesal Civil consagra el sistema de la libre apreciación de las pruebas, según el cual corresponde al Juzgador merituarlas en forma conjunta utilizando su apreciación razonada. En orden a lo expresado, es derecho del justiciable, en el marco del derecho constitucional a probar, que las pruebas –cuya finalidad a tenor de lo establecido por el artículo 188 del mismo cuerpo de leyes es acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos– sean valoradas en la sentencia en forma adecuada y con la motivación debida, sin embargo, debe tenerse presente que en la resolución solo deben ser expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión.

Duodécimo.- Que, en los considerandos décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto la Sala valora el informe del Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho en consonancia con lo advertido por sus profesionales miembros que lo suscriben, recogiendo la conclusión de los psicólogos en el sentido que los niños evaluados “sufren del síndrome de alienación parental”. De igual forma, se glosan los adjetivos calificativos utilizados por los niños y los aspectos más saltantes del citado informe, todo lo cual conlleva a la autoridad jurisdiccional a concluir que los niños necesitan restablecer el vínculo con la madre y tener un trato directo con aquella, a fin de reencauzar una mejor relación filio-maternal.

Décimo Tercero.- Que, en dicho contexto, no se advierte infracción del derecho a probar, previsto en los artículos 188, 189, 197 y 200 del Código Procesal Civil, como tampoco del artículo 355 del mismo cuerpo de leyes, toda vez que la Sala justifica lógicamente y razonadamente tanto el motivo de la prescindencia del informe psicológico previamente ordenado en autos, como la valoración del caudal probatorio aportado al proceso, expresando a lo largo de los considerandos la ratio decidendi de la conclusión. Al respecto, se advierte además que el Informe Psicológico N° 030-HNCH-MAMIS-2010, su fecha abril de dos mil diez, obrante a fojas dos mil trescientos setenta y cinco, consistente en la evaluación psicológica de los menores zzz y xxx, emitida por la licenciada Belú Acuña Mayhue del Hospital Cayetano Heredia, que concluye que los referidos menores no presentan el síndrome de alienación parental, fue remitido por el Director del referido Hospital cuando la Sala Superior ya había prescindido de este medio probatorio conforme se advierte de la resolución veintiuno de once de noviembre de dos mil nueve, la cual obra a fojas mil ochocientos cincuenta y nueve, la misma que no fue impugnada. Asimismo, se constata que el referido informe psicológico del Hospital Cayetano Heredia fue presentado a la Sala Superior mediante oficio recibido el cuatro de mayo de dos mil diez, casi un mes después de haberse emitido la sentencia de vista, por consiguiente, no fue posible someterlo a un análisis pues anteladamente se prescindió de dicho medio probatorio, además de haber sido recibido extemporáneamente. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que en todo caso el citado Informe Psicológico N° 030-HNCH-MAMIS-2010 emitido por el Hospital Cayetano Heredia, no enerva las conclusiones arribadas en el informe del Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, pues existe contradicción entre los resultados del análisis practicado y la conclusión, por un lado, en relación del menor zzz se dice: “Emocionalmente evidencia poco control de sus impulsos, rasgos de ansiedad, dificultad para establecer contactos sociales e inestabilidad emocional, en relación a su dinámica familiar percibe al padre como figura significativa, en cuanto a la figura materna no es percibida como parte de la familia, evidenciando distanciamiento emocional”; y, respecto a la menor xxx, en la parte de resultados del informe se establece

que: “En el área emotiva evidencia rasgos de impulsividad, necesidad de aprobación y afecto. (...) En relación al padre lo percibe como figura de autoridad, en cuanto a la figura materna se encuentra exceptuada, mostrando rechazo hacia la misma”. En consecuencia, para la psicóloga Belu Acuña Mayhua, que suscribe el referido informe, los menores presentan rasgos emocionales inestables y distanciamiento emocional hacia la madre, empero, sin mayor fundamento y en contradicción a lo anteriormente referido, se concluye que los menores no evidencian síndrome de alineación parental, sin embargo, en la sentencia de vista extensamente se hace referencia extensamente al informe del Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho: “(...) existe un régimen de visitas provisional que se ha supervisado a través de Psicólogos del Registro de Peritos Judiciales y del Equipo Multidisciplinario conformado por profesionales psicólogos adscritos al área de familia de esta Corte Superior de Justicia de Lima. En un primer momento llevado a cabo al interior del domicilio del padre, y luego, por las dificultades existentes que tampoco fueron superadas, en los ambientes en donde funciona dicho equipo. Con relación a la primera etapa corren de folios sesenta a sesenta y seis, los informes psicológicos (...) en los cuales consta el comportamiento y actitud asumida por xxx y zzz respecto a su madre. Así, en todas las visitas demostraron una falta de respeto, a través de frases humillantes y carentes de afecto, que en más de una ocasión fueron proferidas delante del padre sin que este asumiera ningún tipo de actitud constructiva de la relación materno filial”. Debido a lo cual se ordena que las visitas se realicen en ambientes privados del área psicológica del Equipo Multidisciplinario. Así, conforme al informe de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, precisan que la conducta de los menores no ha variado. Concluyendo que esa conducta no es acorde con la inculcación correcta de los valores que les sirvan en su formación como personas, las sesiones se han caracterizado por una actitud hostil e irrespetuosa de los niños hacia su madre. Refiere además la sentencia de vista: “Todo ello demuestra la existencia de trastornos en su personalidad así como la falta de educación y formación en valores que permitan un desarrollo integral, normal y adecuado a su condición de personas menores de edad (...) los hechos así descritos, llevan a los psicólogos a considerar que se trata de niños alienados, es decir, que sufren del síndrome de alienación parental, es un proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores que se genera primordialmente en el contexto de las disputas por tenencia”. Por lo que el Equipo Multidisciplinario llega a la conclusión de que los niños necesitan restablecer el vínculo con la madre, tener un trato directo con la progenitora a fin de reencauzar una mejor relación maternal que resulta determinante para su desarrollo personal, tanto más si no se encuentra impedida de ejercer su rol maternal. Con lo cual, en la sentencia de vista ha quedado acreditado que los menores zzz y xxx sufren del síndrome de alienación parental, que es un proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores que se genera primordialmente en el contexto de las disputas por tenencia y que este síndrome ha sido ocasionado por el demandado y su entorno familiar. Esta conclusión a la que arriba la Sala Superior no solo se deriva del citado informe del Equipo Multidisciplinario, sino de las evaluaciones psicológicas de fojas sesenta a sesenta y seis del expediente acompañado N° 183516-2007-00022-71, sobre proceso cautelar sobre variación del régimen de visitas en los seguidos por María Elena Meier Gallegos con Gerardo Antonio Rosales Rodríguez.

Décimo Cuarto.- Que, de otro lado, en relación a la infracción normativa de los artículos 82, 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, se debe tener en cuenta que las referidas normas establecen las pautas a observar en caso de variación de la tenencia; los criterios orientadores para la determinación de la tenencia y custodia, así como la obligación

del juez de hacer prevalecer la opinión del niño en procesos de esta naturaleza. La tenencia y custodia de los hijos, es un atributo derivado del ejercicio de la patria potestad, conforme se desprende del inciso e) del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, que favorece, además de la crianza del hijo, el desarrollo y fortalecimiento de la relación paterno-filial, corresponde a ambos padres; no obstante, de mediar una separación, los padres son los inmediatamente legitimados a determinarla de común acuerdo, caso contrario, o de resultar perjudicial la acordada, será el Juez Especializado el que lo decida en atención a lo que resulte más beneficioso para el hijo, esto es, desde la perspectiva de la aplicación del principio del interés superior del niño.

Décimo Quinto.- Que, el principio del interés superior del niño forma parte del bloque de constitucionalidad que recoge el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, constituyendo uno de los pilares, además de criterio rector, de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, cuyo fundamento esencial es que toda decisión se justifique en el bienestar del niño, niña o adolescente involucrado en una controversia, cualquiera que fuera su naturaleza. En orden a lo expresado, resulta evidente que en los procesos de tenencia y custodia, donde los padres pugnan por ejercer en forma exclusiva y excluyente, el cuidado y responsabilidad del hijo, dicho principio con mayor motivo debe ser la fuente inspiradora de la decisión.

Décimo Sexto.- Que, el Tribunal Constitucional respecto a la tenencia y custodia ha señalado: “(...) el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad integridad y salud. En este sentido, 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 suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (Cfr. Exp. N° 1817-2009-HC, fundamentos 14-157) (...)”. Asimismo, el Tribunal Constitucional, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”, ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. Así, la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Parte tienen el deber de respetar “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”. Al respecto es necesario precisar

que el deber de respeto referido no solo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad. (Cfr. Exp. N° 1817-2009-HC, fundamentos 18-20).

Décimo Séptimo.- Que, como es de advertir, se recalca el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, especialmente bajo el cuidado de sus padres, en un ambiente en el que prime el afecto y su tranquilidad emocional; sin embargo, si por causas diversas deben vivir en forma separada a uno de sus padres, tienen el derecho de mantener con dicho progenitor el contacto necesario que asegure su desarrollo integral.

Décimo Octavo.- Que, el artículo 84 del mismo cuerpo de leyes delimita algunos criterios orientadores, más no determinantes, a ser tenidos en cuenta por el Juzgador a fin de dilucidar cuál de los padres ejercerá en forma exclusiva y excluyente la tenencia y custodia del hijo. De esta forma, establece criterios como: a) El tiempo de convivencia del hijo con los padres; b) La edad del hijo; están supeditados a su vez a que la tenencia y custodia del hijo recaiga en el progenitor que mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. Un aspecto que cabe resaltar, es la obligación del juez, en procesos como este, de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente a efectos de formar convicción de la decisión a adoptar, lo que resulta coherente con lo establecido por el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes. En ese sentido, debe meritarse que la premisa de la variación de la tenencia es que no produzca daño o trastorno al niño, de allí que por mandato legal, en principio, debe ser progresiva; sin embargo, la excepción prevista por la misma norma es la concurrencia de determinadas circunstancias, que impliquen peligro a la integridad de los hijos, en cuyo caso la decisión debe cumplirse inmediatamente.

Décimo Noveno.- Que, al respecto, la Sala Superior en su considerando décimo sexto, glosa las conclusiones del informe de los psicólogos del Equipo Multidisciplinario, en el sentido que: “no se aprecia un interés genuino del padre ni la familia paterna por mejorar la relación emocional entre los niños y su madre, las características apreciadas se corresponden con los rasgos esperados en un Síndrome de Alienación Parental, siendo el entorno paterno quien está colaborando con mantener negativa la imagen materna; se aprecia a unos niños con poco respeto por las normas y figuras de autoridad, cuyos valores morales también se ven mermados, lo que, sumado a la actitud hostil y ausencia de culpa por las ofensas hacia su madre, podrían ocasionar a largo plazo dificultades emocionales profundas en los niños”, para luego concluir que: “los niños involucrados necesitan restablecer el vínculo con la madre, tener un trato directo con su progenitora a fin de reencauzar una mejor relación maternal que resulta determinante para su desarrollo personal, tanto más si no se encuentra impedida de ejercer su rol maternal”.

Vigésimo.- Que, la conclusión antedicha alude a que los niños evaluados presentan el denominado “Síndrome de Alienación Parental”, que según los estudios aportados por la doctrina, en especial por Richard Gardner y Aguilar Cuenca, puede ser definido como: 1) El establecimiento de barreras contra el progenitor que no detenta la custodia del hijo; 2) La manipulación ejercida por un padre sobre su hijo a fin que rechace la figura del otro progenitor; y, 3) Programación del hijo para que sin justificación odie al otro progenitor. El síndrome de alienación parental es catalogado por C. Segura y otros como un tipo de violencia o maltrato emocional de los padres a sus hijos, cuyo origen es la separación y consiguiente disputa de los padres por la tenencia y custodia de aquellos.

Vigésimo Primero.- Que, la Sala acorde a la referida conclusión pondera la necesidad de que los niños restablezcan inmediatamente vínculos afectivos con su progenitora, tanto más de la alerta ante el peligro de que sufran daños emocionales profundos como consecuencia del “síndrome de alienación parental” propiciado por el padre biológico y la familia paterna; como tal, no se contraviene el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, sino, que por el contrario se prioriza en forma implícita el principio del interés superior del niño. En este extremo, debemos señalar que la autoridad parental, como manifestación del ejercicio de la patria potestad, y, por ende, de la tenencia y custodia, no supone, como asilo ha señalado el Tribunal Constitucional por la sentencia precedentemente invocada, la crianza o el control arbitrario del niño, peor aún si esto implica atentar contra una diversidad de derechos fundamentales, como el derecho a la señalado que el Ad quem resalta hechos que constituyen consideraciones especiales que justifican que la variación de la tenencia no sea progresiva, sino, inmediata, como: 1) La declaración testimonial de María Luisa Uribe Escalante, profesora de la niña xxx, en el Colegio de la Cruz de Ica, quien relató que en una oportunidad la niña le refirió que “(...) cuando su señora madre salía a estudiar a ella y a su hermanito los mandan dormir en el cuarto y les apagaban las luces y que en una oportunidad la menor cuando salió del cuarto por temor a la oscuridad vio a su padre y a su hermanita desnudos y en una cama (...)” (considerando octavo); 2) La testimonial de Olimpia Ñaupas Auris, empleada del hogar cuando la familia residía en Luren, Ica, quien refirió que: “(...) una vez me encontraba limpiando el cuarto de las niñas, es que escuchó a la menor que le estaba pegando el señor y le decía ‘desde cuándo, desde cuándo y al terminar salgo de la habitación a seguir limpiando (...) me encontraba limpiando la cocina, veo que la menor sale del cuarto y se dirige al baño de visita y al poco rato sale el señor y también se dirige al mismo baño y se demoraron largo rato, en eso sale el señor (...) como a los diez minutos sale la menor del baño (...) me percaté que la parte de atrás de la menor tenía una mancha blanca y esto se notaba porque la menor estaba con buzo negro y estaba mojado y era semen (...)” (considerando octavo); y, 3) que, del análisis y valoración del informe emitido por el Equipo Multidisciplinario se desprende que “(...) sorprende que la conducta de los menores de edad no haya variado en lo absoluto, antes bien se observa que ha recrudecido respecto al trato denigrante y humillante hacia la madre” (considerando décimo tercero).

Vigésimo Tercero.- Que, en tal contexto, se advierten circunstancias referenciales que suponen grave peligro para la integridad de los niños xxx y zzz: 1) La imputación de que el padre, ahora demandante, habría incurrido en actos contra la libertad sexual en agravio de una menor de edad –hermana de sus hijos por la línea materna– lo que pone en tela de juicio el cumplimiento de su rol paterno y su comportamiento en relación a la indemnidad sexual de sus hijos; y, 2) A pesar de los esfuerzos realizados para que con motivo del régimen de visitas la relación entre madre e hijos mejore, los hechos demuestran lo contrario, la relación materno-filial se resquebraja cada vez más, lo que demuestra indiscutiblemente que el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna sigue incidiendo negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los niños. Aspecto que se pone de manifiesto en el considerando décimo séptimo de la sentencia de vista, donde analizando el dictamen del Fiscal Superior de fojas mil setecientos, pondera que: “(...) si bien fundamenta su posición en los informes psicológicos corrientes en hojas setecientos cincuenta y ocho a setecientos cincuenta y nueve, que señala que la menor xxx ‘prefiere vivir con su padre’ (...), asimismo en el informe psicológico de folios setecientos sesenta a setecientos sesenta y uno, practicado al niño zzz, (...) ‘prefiriendo la del padre’. Dichas declaraciones en el contexto de alienación parental deben ser tomadas con reserva. En este

sentido, además, se hace una ponderación del derecho de opinión previsto en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes con el derecho a no ser separados de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo adecuado con ellos, tal como lo consagra los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De tal manera que este colegiado no puede priorizar el otorgamiento de la tenencia y custodia a quien no ha observado y garantizado dicho derecho de los niños (...). Con lo cual, las declaraciones realizadas por los menores respecto a que prefieren vivir con su padre, deben ser ponderadas en el contexto de alienación parental, por lo que deben ser tomadas con reserva, pues como se ha precisado en los considerandos vigésimo y vigésimo primero, la figura materna frente a los menores ha sido mermada, siendo necesario que se restablezcan los vínculos materno-filiales. Asimismo, como también se ha precisado, los criterios previstos por el del Código de los Niños y Adolescentes, son orientadores, mas no determinantes, de la decisión; en consecuencia, la recurrida no infringe el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, por el contrario, la interpreta y aplica teniendo como parámetro qué es lo más beneficioso para los niños.

Vigésimo Cuarto.- Que, en relación a la infracción del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, debe tenerse en cuenta que si bien lo expresado por los niños y adolescentes en un proceso de tenencia y custodia debe ser especialmente apreciado por el juzgador, no menos cierto es que la decisión final debe tener como sustento, además de la opinión de estos, qué es lo más beneficioso para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente; de allí la importancia de la correcta valoración del caudal probatorio aportado al proceso en aras de determinar: a) Cuál de los padres es el mejor capacitado para ejercer la tenencia y custodia de sus hijos; y, b) Cuál de los padres es el que garantizará el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. En lo que a este extremo se refiere, el ad quem mediante el considerando décimo séptimo efectúa una ponderación del derecho de opinión de los niños con el derecho a no ser separados de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, llegando a la conclusión que no se puede “priorizar el otorgamiento de la tenencia y custodia a quien no ha observado ni garantizado dicho derecho de los niños (...)”, lo que resulta congruente con lo establecido por el último párrafo del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes y que en modo alguno puede catalogarse como vulneración del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.

Vigésimo Quinto.- Que, igualmente, se alega infracción normativa de los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referentes a la obligación de los operadores de justicia de interpretar y aplicar dicho cuerpo o conforme a los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú; así como al deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, de promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el Código de los Niños y Adolescentes y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre el particular, del análisis de la sentencia cuestionada se colige que dichas normas no han sido vulneradas por cuanto la justificación de la decisión adoptada, conforme a los fundamentos tácticos y jurídicos esbozados, es la trascendencia del problema humano y familiar en el que se encuentran inmersos los niños en correlación con el caudal probatorio obrante en autos y la primacía del principio del interés superior del niño, que acorde a lo expresado por el Tribunal Constitucional: “(...) impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades

públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares (...) para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales a decir de la Corte IDH es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino, también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”. Criterio que ha seguido la sentencia de vista, cuando concluye: “Al momento de resolver se debe tener presente además, que un derecho fundamental de los hijos es el consagrado en el artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; por lo que, a los padres les incumbe la responsabilidad primordial dentro de sus posibilidades y medios económicos, de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, lo cual se encuentra salvaguardado con la vivienda con que cuenta la madre para el cuidado de sus niños, conforme a la evaluación social de folios mil trescientos cincuenta y siete, lo que refuerza que la progenitora debe ejercer la tenencia de sus menores hijos”. Argumentos por los cuales concluimos que el recurso de casación debe desestimarse.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil: **a)** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas dos mil cuatrocientos setenta y nueve, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas dos mil trescientos uno, su fecha cinco de abril de dos mil diez, la cual confirma la apelada que declaró infundada la demanda interpuesta por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez y fundada en parte la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos, con lo demás que contiene. **b)** **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, conforme a ley; en los seguidos por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez, con María Elena Meier Gallegos, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo señor Vinatea Medina.

SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, WALDE JÁUREGUI, VINATEA MEDINA

CASACIÓN N° 380-2011-HUAURA

TENENCIA DE MENOR

Lima, veinticuatro de marzo del año dos mil once

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el recurso de casación interpuesto por Marianella Lucía Danos Córdova, a fojas mil trescientos, cumple con los requisitos de admisibilidad, de conformidad con lo exigido por el artículo trescientos ochenta y siete del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número veintinueve mil trescientos sesenta y cuatro.

Segundo.- Que, asimismo, al no haber consentido la recurrente la sentencia de primera instancia que le ha sido adversa, satisface el requisito contenido en el artículo trescientos ochenta y ocho, inciso primero del Código Procesal invocado, modificado por la Ley antes glosada.

Tercero.- Que, como sustento de su recurso la recurrente denuncia: A) Se ha infringido el artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, pues el interés superior del niño y adolescente, en lo que respecta a la menor, se ha dimensionado sobre hechos falsos y sin atender la existencia de medios probatorios suficientes que acreditan la responsabilidad y el amor que le ha profesado la recurrente como madre a su menor hija. La confirmatoria se ampara en un hecho de carácter penal o antisocial que nunca fue probado. B) No se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo cuarto *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Civil, ya que en el proceso se ha comprobado la existencia de dos certificados médicos legales; el primero, que sustenta la demanda en noventa por ciento (90%) de los fundamentos de hecho en la violación de la menor y el segundo, que establece que no existe ninguna violación. Lo que a todas luces constituye un delito contra la fe pública y otros, en concurso ideal de delitos. C) Se ha infringido el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues ambas resoluciones (sentencias) van más allá del petitorio, atendiendo a que la contraparte versa el pedido de tenencia por haber sido ultrajada la menor, sustentando lo expuesto en la violación contranatura y sin embargo, las sentencias de primera y segunda instancia se basan en hechos diferentes a lo invocado por la parte demandante. D) Tanto la sentencia de primera instancia como la resolución confirmatoria no han dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos ochenta y uno, ochenta y cuatro y ochenta y cinco del Código de los Niños y Adolescentes, en lo que respecta a la tenencia compartida. En el punto tres punto nueve de la resolución confirmatoria se hace mención a que la menor guarda afecto hacia ambas figuras paternas. E) Un precedente judicial de cumplimiento obligatorio resulta lo dispuesto en la casación mil quinientos diecisiete - dos mil; asimismo, se han apartado de lo dispuesto en la casación número cuatrocientos noventa y seis - dos mil uno.

Cuarto.- La denuncia postulada en el apartado A) debe desestimarse, por cuanto, el demandante no precisa en qué modo se ha producido la infracción en contra de la norma que invoca, por lo que no da cumplimiento a la exigencia del artículo trescientos ochenta y ocho, inciso segundo del Código Procesal Civil; además, se advierte que su real pretensión es que se revaloren los hechos y las pruebas del proceso, lo cual es ajeno al oficio casatorio, de conformidad con los fines establecidos por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Procesal Civil.

Quinto.- En cuanto a la denuncia postulada en el apartado B) el ad quem ha establecido claramente (ver acápite tres punto siete de la sentencia de vista) que no puede determinarse la tenencia, a partir de la presunta agresión física o sexual por parte del hermano de la demandada, por no existir contundencia en los medios probatorios. Por consiguiente, el hecho que existan dos certificados médicos que arriban a conclusiones contrapuestas sobre la existencia o no de la violación sexual no es relevante en el fallo emitido por el Colegiado Superior. En tal orden de ideas, este extremo no da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo trescientos ochenta y ocho, inciso tercero del Código Procesal Civil, puesto que no se acredita la incidencia directa de lo denunciado en el sentido de la resolución impugnada.

Sexto.- En cuanto a la denuncia consignada en el apartado C) si bien es cierto el argumento central del demandante para solicitar la tenencia de su menor hija, consiste en que esta habría sido víctima de violación sexual debido al descuido de la madre de la menor, delito cuya comisión la atribuye a un familiar de esta (madre de la menor), no es menos cierto que en atención al principio del interés superior del niño y del adolescente, contenido en el artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el juez no puede limitarse a ponderar solo lo alegado en la demanda, sino que debe considerar todos aquellos factores que inciden en un adecuado desarrollo de la salud emocional y física del menor. Por consiguiente, el ad quem no ha incurrido en la infracción aquí alegada, por cuya razón no se cumple, en rigor, con la exigencia del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Procesal Civil.

Sétimo.- En cuanto a la denuncia postulada en el apartado D) no obstante, la decisión adoptada por las instancias de mérito, queda a salvo el derecho de la recurrente para pedir la variación de la tenencia establecida en el proceso de autos; por consiguiente, este extremo también debe desestimarse, al no existir infracción alguna, por no cumplir con la exigencia contenida en la norma anteriormente mencionada.

Octavo.- La denuncia consignada en el apartado E) tampoco puede prosperar, por cuanto ninguna de las resoluciones casatorias mencionadas ha sido expedida como resultado del procedimiento establecido en el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil. Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo previsto por el artículo trescientos noventa y dos del Código Procesal Civil, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Marianella Lucía Danos Córdova, contra la sentencia de vista obrante a fojas mil doscientos ochenta y cuatro, de fecha veinticinco de octubre del año dos mil diez; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad; en los seguidos por José Eduardo Zambrano Romero contra Marianella Lucía Danos Córdova, sobre Tenencia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina Juez Supremo.

SS. TICONAPOSTIGO, ARANDA RODRÍGUEZ, PALOMINO GARCÍA, VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA

CASACIÓN N° 34-2004-JUNÍN (El Peruano, 31 de agosto de 2005)

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Lima, quince de febrero de dos mil cinco

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, en la causa número treinticuatro del año dos mil cuatro; vista en audiencia pública de la fecha, con los cuadernos acompañados; con lo expuesto por la señora Fiscal Supremo en lo Civil; producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Saúl Canchanya Coronación, contra la sentencia, de fojas doscientos ochentiocho, su fecha dieciséis de octubre de dos mil tres, expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancaayo de la Corte Superior de Junín, que revocando la apelada de fojas doscientos diecisiete, su fecha veintiocho de abril de dos mil tres, declara infundada la demanda de tenencia y entrega de menor interpuesta por Dianett Guisela Polo Ponce contra Saúl Canchanya Coronación, en consecuencia, ordenaron que don Saúl Canchanya Coronación cumpla con entregar en el día, en el hogar materno, a la menor XXX, bajo apercibimiento de ley, señalándose un régimen de visitas a favor del padre, el primer y tercer fin de semana, quién sacará a su hija del hogar materno desde el viernes a las cinco de la tarde y retornará a las cinco de la tarde del día domingo, y el periodo de vacaciones de la menor será compartido con sus padres, correspondiéndoles a cada uno de los padres mes y medio de las vacaciones escolares y que la Navidad y Año Nuevo serán compartidas alternativamente con cada uno de los padres, correspondiendo la primera Navidad para la madre y el Año Nuevo de dos mil cuatro para el padre, y para el siguiente año, la Navidad al padre y el Año Nuevo de dos mil cinco para la madre, y así sucesivamente de modo alternado; recomendaron que la familia participe de una terapia psicológica en el centro de salud más cercano a su domicilio;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Este Supremo Tribunal mediante resolución obrante a fojas treinta del cuadernillo formado en esta Sala Suprema, con fecha veintidós de enero de dos mil cuatro, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal relativa a la **inaplicación de los artículos nueve del Título Preliminar, nueve y ochentidécimo del Código de los Niños y Adolescentes - Ley número veintisiete mil trescientos treintisiete**, basándose en que la sala superior no ha considerado que el interés superior del niño es una norma que regula todas las medidas que adoptan las autoridades públicas y privadas, a fin de asegurar al niño la protección y cuidado que sea necesario para su bienestar, así como tampoco ha tomado en cuenta el derecho del menor a expresar libremente su opinión;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, la actividad casatoria de la Corte está circunscrita a la causal por la cual el recurso se ha estimado procedente siendo que así el caso sub júdice está referido a causal de inaplicación del artículo noveno del Título Preliminar, artículo nueve y artículo ochentidécimo del Código de los Niños y Adolescentes - Ley número veintisiete mil trescientos treintisiete; que en el caso materia de autos se debate la tenencia del menor, entendiéndose como tal, la situación más beneficiosa para el menor que determine la tenencia del progenitor que corresponda, siendo que la tenencia es de naturaleza provisoria, supeditada a la correcta formación, enseñanza, educación y buenos modales que se implante;

Segundo.- Que, a su vez, conforme al artículo ochentiuono del Código de los Niños y Adolescentes, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre los padres separados y tomando en cuenta el parecer del niño y del adolescente, y solo en caso 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;

Tercero.- Que, conforme se advierte del pronunciamiento del a quo, el Juez en el presente proceso ha estimado que la progenitora no se encuentra en condiciones de la tenencia de la menor, en razón a la valoración de conjunto de los medios probatorios actuados en el proceso, tales como: el informe social de la asistente social de la Corte, que obra a fojas ochenticinco a ochentisiete, por el cual “(...) se establece que el demandado se dedica solo a la custodia de su hija, así como que la niña ratifica su deseo de seguir viviendo con su papá, que la demandada tiene un nuevo hogar convivencial viviendo en un cuarto alquilado y que el demandante se dedica a la fabricación de máquinas para zapatería (...)”; el informe psicológico que obra a fojas ciento noventiocho, en el que la niña ha confirmado lo señalado por su padre, respecto del hecho de que su hija ha sido “manoseada en sus partes íntimas”, por parte del nuevo compromiso de la demandada, así como lo declarado por la misma menor en la audiencia única, cuando de fojas ciento cincuentisiete a ciento sesenta, cuando refiere que “que quiere mucho a su papito y desea seguir con él, porque lo quiere mucho y es quien la cuida, alimenta, educa, así como compra su vestido, la lleva a todo sitio y a cumpleaños de otros niños”, y “que su madre le da mucho miedo porque siempre pelea con su conviviente Eder”, lo que determinó la convicción en el juzgador para disponer que la tenencia de la menor sea a favor del padre, resultando de aplicación el artículo ochenticinco del Código de los Niños y Adolescentes, en cuanto establece que: “El juez especializado debe de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”;

Cuarto.- Que, si bien en el caso sublitis, la Sala ha considerado que la sustracción de la menor de la casa materna constituye un acto irregular, ello no guarda mayor relevancia en el presente proceso, cuyos puntos controvertidos han sido fijados con la finalidad de que se determine a qué progenitor corresponde la tenencia de la menor XXX, conforme a las condiciones más beneficiosas e interés superior de la niña, siendo que el referido pronunciamiento del ad quem no ha desvirtuado la validez de aquellos medios probatorios que han sido analizados por el a quo, conforme a lo señalado en el cuarto considerando de la presente resolución;

Quinto.- En consecuencia, atendiendo a la pretensión controvertida, en el caso de autos se ha incurrido en inaplicación de las normas denunciadas, siendo que la Sala debió de haber considerado que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten y que se tenga en cuenta sus opiniones en función a su edad y madurez, así como la obligación de la citada instancia jurisdiccional de escuchar la opinión del niño y de resolver conforme al interés superior del menor, elementos que permiten concluir en el caso concreto que la custodia le corresponde al padre, por lo que al haber incurrido la Sala en la causal denunciada corresponde actuar en sede de instancia a efectos de que se confirme la sentencia de primera instancia;

Sexto.- Que, asimismo resulta pertinente señalar, que la tenencia por ser una medida variable puede ser modificada conforme a las circunstancias comprobadas, en tutela del menor, siendo que esta nueva acción podrá interponerse cuando hallan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que la integridad del niño y del adolescente estuviese en peligro, conforme a lo establecido por el artículo ochentiséis del citado Código de los

Niños y Adolescentes; que, por las razones expuestas y presentándose la causal contemplada en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto, a fojas doscientos noventiséis, por Saúl Canchanya Coronación; y, en consecuencia **CASARON** la sentencia recurrida de vista, de fojas doscientos ochentiocho, su fecha dieciséis de octubre de dos mil tres, la que declararon **NULA**; y, actuando **en sede de instancia CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas doscientos diecisiete, su fecha veintiocho de abril de dos mil tres, que declara **FUNDADA** la demanda interpuesta por Saúl Canchanya Coronación contra Dianett Guisela Lobo Ponce sobre custodia y tenencia de la menor XXX; en consecuencia se **ORDENA** la tenencia de la menor XXX a favor de su padre Saúl Canchanya Coronación, con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Saúl Canchanya Coronación contra Dianett Guisela Lobo Ponce sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron.

SS. ROMÁN SANTISTEBAN; TICONA PÓSTIGO; LOZA ZEA; LAZARTE HUACO; SANTOS PEÑA

EXPEDIENTE N° 932-95

Lima, 15 de junio de 1995

VISTOS, interviniendo como Vocal ponente el señor Ferreyros Paredes; con lo expuesto por la Fiscalía Superior en su dictamen de fojas 283; y,

CONSIDERANDO: que si bien está establecido que la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido, la declaración que hace el padre del nacimiento del menor XXX, comprende a la madre cuyo nombre también declara; de modo que, en el caso de autos, ambos padres accionan por iguales motivos en pos de la tenencia de dicho menor; que es de señalar, en ese sentido, que es deber de los padres velar que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral; que, igualmente todo niño tiene derecho a la atención integral de su salud y a desarrollarse físicamente e intelectualmente en condiciones adecuadas; que, por ello, sin afectar la tenencia que actualmente detenta la demandante es conveniente; por el interés superior del niño, que su padre continúe atendiendo directamente todo lo relacionado con la atención médica del mencionado menor, pues ha quedado demostrado en el presente proceso que dispone de más tiempo que la madre y reúne las condiciones para ese cometido; que, así, ambos padres del menor asumen en forma compartida las necesidades de su menor hijo, pues fluye de los informes sociales que existe armonía y buena disposición de los padres, quienes han expresado, coincidentemente, su deseo de conformar un hogar legalmente constituido, con su hijo al lado, que del mismo modo, cabe incidir en que la tierna edad del menor y su delicado estado de salud, por padecer de displasia en la cadera y en la rodilla requiere del calor y los cuidados maternos:

REVOCARON la resolución apelada de fojas 262, su fecha 8 de marzo último, que declara fundada la demanda de fojas 32, subsanada a fojas 86 interpuesta por Mario Raúl Granda Astudillo, sobre tenencia y custodia en el ejercicio de la patria potestad sobre el niño XXX;

MODIFICÁNDOLA la declararon infundada y **DISPUSIERON** que la demandada Paula María De La Torre Montenegro continúe ejerciendo la tenencia y custodia del mencionado menor en ejercicio de la patria potestad; señalándose un régimen de visitas amplio a favor del padre a fin de que pueda llevarlo a su tratamiento médico y darle la atención que se requiere para el restablecimiento de la salud del menor sacándolo del hogar y retornándolo al mismo en el día, o según las prescripciones médicas; e, igualmente, dicho régimen de visitas comprende el primer y tercer sábado, y el segundo y cuarto domingo de cada mes, así como el día del padre; el 25 de diciembre y el primero de Enero; pudiendo el padre sacar a pasear a su menor hijo en dichas fechas, de diez de la mañana a seis de la tarde; y, el día de cumpleaños del niño, desde las diez de la mañana hasta las tres de la tarde; con la obligación de restituirlo en todos los casos al hogar materno dentro del horario fijado; con lo demás que contiene y es materia del grado; y los devolvieron.

SS. FERREYROS PAREDES, SEMINARIO VALLE, PALOMINO THOMPSON

EXPEDIENTE N° 2992-97

Sala N° 6

RESOLUCIÓN N° 5

Lima, cuatro de marzo de mil novecientos noventaiocho

VISTOS; con los acompañados a la vista; interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Cabello Matamala; y,

CONSIDERANDO:

Primero.- Que la presente causa se eleva a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso impugnatorio de apelación, interpuesto contra la resolución obrante de fojas doscientos cincuentiuno a fojas doscientos cincuentitrés, en el extremo que declara la Tenencia y patria potestad de su menor hija XXX, a favor de doña Maritza Cubas Longa;

Segundo.- Que por mandato del artículo 359 del Código Civil corresponde al Colegiado conocer en consulta la resolución que declara la disolución del vínculo matrimonial;

Tercero.- Que respecto a la causal de divorcio invocada, esta se encuentra plenamente acreditada por la documental obrante a fojas cinco, consistente en la partida de nacimiento de la hija extramatrimonial de la cónyuge emplazada;

Cuarto.- Que respecto al derecho de patria potestad y tenencia alegado por el apelante, el artículo 340 del Código Civil, faculta al Juez a que confíe a los hijos menores de edad al cónyuge que obtuvo la separación o en su caso el Divorcio por causa específica a no ser que este adopte por el interés supremo de aquellos otra disposición;

Quinto.- Que es del caso considerar, la mayor permanencia que viene manteniendo la niña XXX de diez años de edad, en compañía de su madre, con la cual desarrolla su vida personal, familiar y académica en términos normales, lo que se encuentra ratificado en las expresiones de la niña, en la audiencia realizada en esta instancia, cuyo texto obra a fojas doscientos setentitrés;

Sexto.- Que el artículo octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que en toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado, se considerará el interés superior de este y la protección de sus derechos; por estos fundamentos:

APROBARON la sentencia que obra de fojas doscientos cincuentiuno a doscientos cincuentitrés, su fecha veintiocho de agosto de mil novecientos noventaiocho, que declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por don Aldo Germán Finetti Marchena y doña Maritza Cubas Longa, celebrado el día treinta de abril de mil novecientos ochentaiocho, ante la Municipalidad Distrital de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima, por la causal de adulterio imputable a la cónyuge;

REVOCARON la mencionada sentencia en el extremo que asimismo declara que la tenencia y patria potestad de la menor XXX la ejercerá su madre; **REFORMÁNDOLA, Dispusieron** que la patria potestad de dicha menor sea ejercida por ambos padres, y la tenencia por la madre; y la Aprobaron en lo demás que contiene; y, los devolvieron.

SS. SÁENZ PALOMINO / TELLO GILARDI / CABELLO MATAMALA

CASACIÓN Nº 611-2005-LIMA (El Peruano, 31-08-2006)

Lima, veintidós de marzo de dos mil seis

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número seiscientos once guión dos mil cinco con los acompañados, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Bernardo Esparza Piera contra la sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y uno, su fecha veintitrés de diciembre de dos mil cuatro, expedida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada de fojas cuatrocientos treinta, su fecha veintinueve de setiembre de dos mil cuatro, que declaró fundada la demanda y dispone la restitución de la niña XXX a España: y, reformándola, declara infundada la citada demanda.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Esta Corte por resolución del veintiocho de junio de dos mil cinco, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la aplicación indebida de normas de derecho material, al amparo de la cual el recurrente alega que la Sala Superior no se ha pronunciado sobre el petitorio de la demanda, que es de restitución internacional de la menor, pues de manera incongruente ha considerado de acuerdo al informe psicológico de fojas ciento ocho que la menor padeció de abuso sexual y maltratos, mientras que el certificado médico legal de fojas trescientos treinta y dos y los informes multidisciplinarios descartan los argumentos de abuso sexual, pero toda esa argumentación se planteó por la demandada en su ampliación de demanda que fue rechazada, incluyendo sus medios probatorios; que por ello la Sala Superior considera que se está en el supuesto de excepción del artículo 13 inciso b) del Capítulo Tercero del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con lo cual se utiliza la norma impertinente; por lo que propone como la aplicación debida que el referido Convenio establece el lugar de residencia del menor, teniendo dicho lugar un funcionamiento, que es para la restitución del menor reponiéndosele en su domicilio habitual, impidiendo que los individuos puedan cambiar la jurisdicción, teniendo como finalidad tal convenio el interés superior del niño para su pronta restitución a su residencia habitual, que en el caso es a España, norma que no se aplica; que la patria potestad la ejercen el padre y la madre mediante un fallo judicial de la autoridad de Valencia, España, amparado en el Código Civil español, concordante con el apartado 1 del artículo 18 y el apartado 1 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aplicable conforme al artículo 2047 del Código Civil, por lo que se debe considerar que la niña estaba sometida a las leyes españolas por haber nacido en Rumania y tener padre español y madre peruana nacionalizada española, por lo que la Sala Superior está prohibida de pronunciarse sobre cuestiones de fondo como ha argumentado.

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- Que, según la demanda de fojas treinta y cinco a cuarenta y seis, el demandante pretende la restitución o retorno a la República Española de la niña XXX de cinco años de edad, nacida el veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y ocho, por ser este país su residencia habitual; sosteniendo como fundamentos de su pretensión que contrajo matrimonio con la demandada el veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y tres, y

fruto de dicha relación procrearon a la menor XXX, quien fue trasladada sin su autorización hacia el Perú el veintisiete de abril de dos mil tres, procedente de su lugar habitual en la Ciudad de Valencia - España; por lo que, la ilegalidad del traslado de la niña se aprecia en las dos resoluciones judiciales del Poder Judicial español que fallan atribuyendo al demandante la guarda y custodia de la menor (Sentencia número ochocientos setenta y uno guión cero tres y Auto número trescientos siete guión cero tres) y que la Patria Potestad (que comprende el derecho a decidir sobre el lugar de residencia habitual de la niña) actualmente le asiste por mandato de la citada Sentencia número ochocientos setenta y uno guión cero tres, según el proceso de separación. Agrega que con fecha cinco de enero de dos mil cuatro, la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes ha recibido una comunicación enviada por la Sub-Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia de la República Española, en su condición de autoridad central de dicho Estado para el cumplimiento de la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores; la misma que señala las circunstancias relacionadas con el traslado de la niña. Concluye que a la fecha de presentación de la solicitud de restitución de menor, aún no ha transcurrido un año desde el ingreso al Perú de la niña XXX, por lo cual no cabe analizar lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención (Integración de nuevo medio).

Segundo.- Que, constituye aplicación indebida de una norma de derecho material cuando se aplica una norma impertinente a la pretensión controvertida, exigiéndose además que dicha aplicación incida sobre la parte resolutive del fallo; por ende, se supone que se han subsumido los hechos que se han estimado probados, dentro de la órbita de una norma inaplicable.

Tercero.- Que, si el recurrente pretende mediante su demanda la restitución o retorno a la República Española de la niña XXX, que en la actualidad tiene seis años de edad, nacida el veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y ocho; por ser este país su residencia habitual; entonces la aplicación al caso de autos del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores sería pertinente, por cuanto son aplicables tanto aquellas normas que obligan a la restitución internacional de menores, como a las excepciones contenidas en dicho cuerpo normativo, las cuales impiden la restitución; consecuentemente, la decisión del Colegiado al amparar la excepción aludida, no debería ser considerada una omisión de pronunciamiento respecto a la pretensión; por el contrario se debe considerar un pronunciamiento adverso al que pretende el recurrente mediante su demanda; máxime, si por su corta edad a la menor le conviene la protección directa de la demandada, en aplicación del interés superior a que se contraen las Convenciones Internacionales sobre Derechos de los Niños y Adolescentes, recogido por el Código respectivo, aprobado por el Perú por la Ley N° 27337. Bajo ese contexto, se puede colegir que sostener lo contrario, implicaría considerar a la Corte de Casación una instancia más en la que se pueda provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia recurrida, quedando excluido de su labor todo lo referente a la valoración del causal probatorio, el aspecto fáctico del proceso y juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal de mérito.

Cuarto.- Por otro lado, si bien el Informe Psicológico de fojas ciento ocho, fue rechazado por el Juzgado según lo advertido a fojas ciento veintiocho y por ello no era posible ser admitido como prueba de la parte demandada; también es cierto que en la Audiencia Única de fojas ciento cincuenta y cuatro, dicha prueba fue incorporada al proceso como medio

probatorio de oficio; consecuentemente, su valoración en las sentencias emitidas por las instancias de mérito no contravienen ninguna norma de carácter imperativo.

4. DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, no se presenta la causal del inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil; por lo que, en aplicación de lo preceptuado por el artículo 397 del cuerpo legal anotado y de conformidad con el dictaminado por la señora Fiscal Supremo en lo Civil: **a) Declararon: INFUNDADO** el recurso de casación de fojas quinientos ochenta y seis, interpuesto por el apoderado de don Bernardo Esparza Piera; y, en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas quinientos ochenta uno, su fecha veintitrés de diciembre de dos mil cuatro, **b) CONDENARON** al recurrente a la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso. **c) ORDENARON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por don Bernardo Esparza Piera, con doña Ana María Cornejo Morán, sobre restitución internacional de menor; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PEÑA,
MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES

CASACIÓN N° 3505-2001-PIURA

Lima, treinta de setiembre de dos mil dos

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1.- MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Victoria del Rosario Estrada Pacherras, contra la resolución de vista de fojas trescientos veinticinco, su fecha veintidós de agosto del dos mil uno, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Piura, que confirmando la sentencia apelada de fojas doscientos setentisiete, declara fundada la demanda de divorcio por la causal de adulterio, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial, entre la recurrente y el demandante don José Lachira Coveñas, con lo demás que contiene.

2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Concedido el recurso de casación a fojas trescientos cincuenticinco, fue declarado procedente mediante auto de fecha veintiséis de marzo del dos mil dos, debiéndose entender la denuncia amparada bajo el contexto de un vicio *in procedendo*, siendo este, la infracción del artículo 340 del Código Civil, alegándose que la recurrida no ha resuelto el régimen de patria potestad, ni se ha pronunciado sobre el de visitas, concordante con el artículo 88 y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

3.- CONSIDERANDOS:

Primero: Conforme lo establece el artículo 483 del Código Procesal Civil, al proceso de divorcio se debieron acumular una serie de pretensiones, en ese sentido, el a quo al momento de calificar la demanda a fojas veintiséis declaró la inadmisibilidad de la misma; sin embargo, al momento de subsanarse esta a fojas cuarentiocho, el demandante no dio cabal cumplimiento a lo ordenado por el Juzgador, a pesar de ello, la demanda fue admitida a fojas cincuenta.

Segundo: Al no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 483 del Código formal, ello ha dado origen a que se omitiera todo tipo de pronunciamiento respecto a la patria potestad y al régimen de visitas de los menores cuyos padres se encuentran en un proceso de divorcio; tal omisión se refleja en el contenido de la resolución admisorio de fojas cincuenta, en la audiencia en la que se fijaron los puntos controvertidos a fojas ciento ochentinueve e indudablemente en la sentencia apelada de fojas doscientos setentisiete, así como en la de vista de fojas trescientos veinticinco.

Tercero: Por lo tanto, se ha contravenido el artículo 340 del Código Civil, al no haber pronunciamiento sobre el ejercicio de la patria potestad, lo cual concuerda con el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, respecto al régimen de visitas de quienes no ejercen la patria potestad, supuestos que debieron ser objeto de pronunciamiento, atendiendo a que en debate no solo está la situación jurídica de los cónyuges, sino también la de sus menores hijos, frente a lo cual se debe atender a su interés superior, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que el a quo debe proceder a calificar nuevamente la demanda, atendiendo al indicado interés superior y conforme al principio de economía procesal.

4.- **DECISIÓN:**

Estando a las conclusiones precedentes y de conformidad con el artículo 396 inciso 2P acápite 2.7 del Código Procesal Civil: declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Victoria del Rosario Estrada Pacherras, mediante escrito de fojas trescientos cincuenta; en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas trescientos veinticinco, su fecha veintidós de agosto del dos mil uno; **ORDENARON** que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, expida nueva resolución teniendo en cuenta las omisiones anotadas en la parte considerativa de la presente resolución; en los seguidos por don José Lachira Coveñas, sobre divorcio por causal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.-

SS. CARRIÓN LUGO; TORRES CARRASCO; CARRILLO HERNÁNDEZ; SANTOS PEÑA; QUINTANILLA QUISPE

CASACIÓN Nº 1805-2000-LIMA (El Peruano 30/01/2001)

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, con el acompañado, en la causa vista en la audiencia pública de la fecha, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por don Eduardo Felipe Carreño Mendiola contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta, su fecha diecinueve de junio de dos mil, que revocando la sentencia apelada de fojas ochentisiete, su fecha veintitrés de enero del mismo año, declara infundada la demanda de fojas veintisiete, con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Sala mediante resolución de fecha treintiuno de agosto del presente año ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso sustentada en que la impugnada no ha meritado lo actuado en la instancia inferior, en donde ha quedado establecido la conducta irresponsable de la emplazada al haber abandonado durante cuatro años al menor, porque se ha resuelto únicamente a mérito de lo actuado en la Audiencia solicitada por la demanda para escuchar la opinión del menor; y porque se ha vulnerado el artículo noventidós del Texto Unico Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes que prescribe que el hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quién convivió un tiempo mayor cuando no exista acuerdo de los padres, estando probado en autos que el menor estuvo en poder del recurrente desde que tenía un año de edad.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos, siendo la tenencia un atributo de la patria potestad.

Segundo: Que, en ese sentido, cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente conforme lo prescriben los artículos ochentinueve y noventidós del Código de los Niños y Adolescentes, tomando además en consideración lo dispuesto en el artículo noventitrés del acotado, que obliga al juzgador a escuchar la opinión del niño.

Tercero: Que, del mismo modo, de acuerdo con el artículo VIII del Título Preliminar del Código anotado, en toda medida concerniente al menor que adopte el Estado, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.

Cuarto: Que, el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor; y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.

Quinto: Que, la sentencia de vista impugnada para disponer que la demandada ejerza la tenencia del menor XXX, se sustenta en lo expresado por este en la audiencia de fojas ciento veintisiete y en la permanencia que viene manteniendo con su madre, por lo que resulta inexacta la afirmación que en la recurrida únicamente se ha considerado lo opinado por el menor.

Sexto: Que, asimismo, en la propia sentencia de vista se ha establecido por el mérito de la prueba actuada, que no se encuentra probado que la demandada pueda influir negativamente en el menor, conclusión que no puede ser modificada en vía de casación puesto que ello implicaría una variación en la valoración probatoria, propósito ajeno a los fines del recurso.

Sétimo: Que, si bien es cierto el menor XXX permaneció en poder del impugnante por espacio de cuatro años, también lo es que la facultad del juzgador de disponer que el hijo permanezca con el padre o la madre con quien convivió un tiempo mayor, es discrecional, siendo que al haberse valorado en segunda instancia el deseo del niño cuya tenencia se discute en el presente proceso de permanecer con su madre, no se ha vulnerado el inciso “a” del artículo noventidós del Código de los Niños y Adolescentes, sino que se ha resuelto atendiendo a su interés superior.

SENTENCIA: Que estando a las conclusiones arribadas, de conformidad con el dictamen fiscal; y en aplicación de lo dispuesto por el artículo trescientos noventisiete del Código Procesal Civil: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento treinticinco, interpuesto por don Eduardo Felipe Carreño Mendiola, en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas ciento treinta, su fecha diecinueve de junio del presente año; **CONDENARON** al recurrente al pago de la multa de una Unidad de Referencia Procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos con doña Clara Nathaly Mandujano Yaringaño, sobre tenencia y custodia; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; OVIEDO DE A.; CELIS; ALVA

CASACIÓN Nº 1015-00-LIMA

Lima, 23 de octubre de 2000

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con el acompañado, en la causa vista en Audiencia de la fecha, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Martín Alfredo Aguayo Risco contra la sentencia de vista de fojas 1263, su fecha 11 de enero del presente año, que revocando la sentencia apelada de fojas 1162, su fecha 19 de octubre de 1999, declara fundada la demanda de tenencia interpuesta por doña Rosa Elvira Costa Luque, e infundada la demanda de tenencia interpuesta por don Martín Alfredo Aguayo Risco, con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Sala mediante resolución de fecha 30 de mayo del presente año ha estimado procedente el recurso de casación por la causal contenida en el inciso 3 del artículo 386 del C.P.C., sustentada en que la impugnada transgrede el principio contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, que consagra el interés Superior del Niño, por cuanto no considera la necesidad del orden jurídico y social de proteger al menor tanto en su integridad física como emocional al momento de resolver controversia, y porque en el caso concreto no se trata de analizar las edades de los menores para determinar si deben permanecer con la madre o con el padre por razón de sexo, transgrediéndose también el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que establece que es derecho de toda persona a la igualdad ante la ley razón por la cual no puede ser discriminado, entre otras causas, por razón de sexo.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el artículo I del Título Preliminar del C.P.C. establece que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos e intereses, con sujeción a un debido proceso.

Segundo.- Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del Código acotado.

Tercero.- Que, la sentencia exterioriza una decisión jurisdiccional del Estado, consta en un instrumento público y es la materialización de la tutela jurisdiccional que llena su función al consagrar un derecho mediante una declaración firme de que la relación sustancial discutida se encuentra en los presupuestos legales abstractos. Para arribar a la conclusión definitiva, que se materializa en el fallo, el juzgador valora en forma conjunta todos los medios probatorios, utilizando su apreciación razonada.

Cuarto.- Que, en el presente caso tanto la demandante como el demandado pretenden que judicialmente se les otorgue la tenencia de los menores XXX y ZZZ, quienes en la actualidad se encuentran viviendo con su padre, el accionante, en consecuencia, para su dilucidación resultan de aplicación las disposiciones conferidas en el Código de los Niños y Adolescentes, atendiendo al principio que la norma especial prevalece sobre la general, con aplicación supletoria de las normas que regulan el CPC.

Quinto.- Que, la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos, siendo la tenencia un atributo de la patria potestad.

Sexto.- Que, en ese sentido, cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos, y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente conforme lo prescriben los artículos 89 y 92 del Código de los Niños y Adolescentes teniendo siempre en consideración el interés superior del niño y adolescente respecto a sus derechos, estando al principio recogido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código anotado.

Sétimo.- Que, el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar en toda decisión que afecte al niño o adolescente.

Octavo.- Que, el ejercicio de la tenencia por uno de los padres no es un mero derecho subjetivo que tiene sobre sus hijos menores sino un complejo indisoluble de deberes y derechos que se expresa en una función a ellos encomendada, para lo cual no solo deben valorarse las características, aptitudes o habilidades positivas del padre o de la madre, sino también factores externos regulados en nuestra ley positiva, como que el hijo deberá permanecer con el padre o madre con quien convivió un tiempo mayor, siempre que le favorezca, además de atender a la edad y al sexo del hijo.

Noveno.- Que, la sentencia de vista impugnada para disponer que la demandante ejerza la tenencia de sus dos menores hijos XXX y ZZZ, se sustenta en las edades de los menores –7 y 5 años respectivamente– para concluir requieren ineludiblemente de la presencia materna, si embargo no evalúan los demás factores mencionados en el considerando precedente, pues no se valora en forma conjunta todos los medios probatorios, interpretando parcialmente y no en su verdadera dimensión el interés superior de los menores cuya tenencia pretenden los sujetos procesales, con evidente infracción del principio invocado, lo que acarrea la nulidad de la impugnada en aplicación del artículo 122 del C.P.C.

Décimo.- Que, asimismo, debe tenerse que al haberse señalado en la recurrida, que por la corta edad de los menores estos requieren de la presencia materna, implícitamente ha vulnerado la disposición constitucional contenida en el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Carta Magna, siendo también dicha infracción causal de nulidad.

SENTENCIA:

Que estando a las conclusiones arribadas, de conformidad con el dictamen fiscal, y en aplicación de lo dispuesto por el numeral 2.1 del inciso 2 del artículo 396 del C.P.C., declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Martín Alfredo Aguayo Risco, en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas 1263, su fecha 11 de enero del presente año, **ORDENARON** que la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima expida nueva resolución con arreglo a los considerandos precedentes, en los seguidos por doña Rosa Elvira Costa Luque sobre tenencia, **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad, y los devolvieron.

SS. PANTOJA, IBERICO, OVIEDO DE A., CELIS, ALVA

CASACIÓN N° 1279-2000-PIURA

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa en audiencia pública en la fecha, emite la siguiente sentencia:

1.- MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Rosario Cueva Masache, contra la sentencia de vista de fojas doscientos ocho, su fecha dieciocho de abril del dos mil, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura la que confirma la sentencia apelada de fojas ciento ochentidós, su fecha treintiuno de enero del dos mil, que resuelve declarar infundada la demanda de reconocimiento de custodia, tenencia y alimentos; y alimentos; y en consecuencia, que la tenencia de la menor pase a favor de su progenitora.

2.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- La Corte casatoria, mediante resolución suprema de fecha tres de julio del dos mil, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de interpretación errónea del artículo octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, basándose la recurrente en que la norma denunciada ha sido interpretada erróneamente, porque en atención al interés superior del niño, la menor no debe estar al lado de su madre biológica como señala la Sala, sino que debe tenerse en cuenta que la menor ha permanecido un mayor tiempo de convivencia con la recurrente, lo que implica que se encuentra más identificada afectivamente con la demandante.

3.- CONSIDERANDO:

Primero.- Que, la causal de interpretación errónea de una norma de derecho material se configura cuando “el juez ha elegido la norma pertinente, pero se ha equivocado sobre su significado que no tiene” (El Recurso de Casación Civil - Praxis, Manuel Sánchez-Palacios Paiva, Editorial Cuzco, Lima - Perú, mil novecientos noventinueve, página sesentitrés).

Segundo.- Que, el artículo octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dice que “En toda medida concerniente al niño o adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y el respeto de sus derechos”.

Tercero.- Que, la norma denunciada como interpretada erróneamente contiene no solo un principio general del Derecho, sino específicamente, un principio del derecho familiar el mismo que es informante de la relación que debe existir entre el niño o adolescente para con las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional.

Cuarto.- Que, además, como ha señalado María Rentería Durand “el interés superior del niño implica que se respeten sus derechos (...) y que muchas veces significa anteponer su bienestar (del menor) aun contra los intereses de sus padres” (Código de los Niños y Adolescentes Título Preliminar en: Revista Vox Juris N° 7, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Martín de Porres, Lima - Perú, mil novecientos noventa y siete, página doscientos ochentitrés).

Quinto.- Que, una de las manifestaciones del interés superior del niño implica el derecho del menor en sede judicial a ser oído y valorar su opinión para concluir qué es lo más beneficioso para él.

Sexto.- Que, el menor participa en el proceso a fin de esclarecer cuál es la persona más idónea afectivamente para tener o mantener la tenencia del niño o adolescente, lo que es materia de análisis (Ídem. El Ministerio Público y la Convención de Derechos del Niño en: Revista Vox Juris N° 8, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Martín de Porres, Lima - Perú, mil novecientos ochentiocho, página ciento treintidós).

Sétimo.- Que al ser oída la menor durante el proceso, se puede concluir que se encuentra estrechamente vinculada con su abuela y que la atención que esta le dedica, no ha producido sin beneficios, esto es, que ha mantenido a la menor dentro de un hogar estable emocionalmente, fomentando en ella su desarrollo personal.

Octavo.- Que, en consecuencia, la madre biológica tiene la patria potestad de la menor, mas no así la tenencia y el legítimo derecho de que se establezca un régimen de visitas que le permita a la menor el no desvincularse de quien siempre será su madre y que también le permita estrechar lazos con ella.

Noveno.- Que además, el hecho de que la madre biológica no tenga la tenencia de la menor no la sustrae de su ineludible obligación de colaborar con la manutención de la menor, más aún si este extremo se encuentra ligado al interés superior del menor aludido.

4.- SENTENCIA: Estando al mérito de lo expresado así como de los dispositivos legales referidos y de conformidad con lo dispuesto por el artículo trescientos noventiséis, inciso primero, del Código Procesal Civil; y de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal Supremo en lo Civil; declarando **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Rosario Cueva Masache y, en consecuencia, **CASAR** la sentencia que corre a fojas doscientos ocho, su fecha dieciocho de abril de dos mil, y actuando como sede de instancia, **REVOCARON** la sentencia de primera instancia apelada, de fojas ciento ochentidós, su fecha treintiuno de enero del año dos mil, que declara infundada la demanda de reconocimiento a la custodia, tenencia y alimentos; y **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** en parte la demanda, en consecuencia, se le reconoce a doña Rosario Cueva Masache la custodia de la menor y se le otorga la tenencia de la adolescente XXX; asimismo, se **DISPONE** que doña Carmen Melania Rosillo Cueva asista a su menor hija con una suma mensual ascendente a cien nuevos soles por concepto de alimentos, se **DETERMINA** que es un derecho y un deber de doña Carmen Melania Rosillo Cueva el visitar a su menor hija XXX, procurando solucionar los conflictos surgidos con la recurrente y fijando un régimen de visitas acordado entre las partes y siempre en beneficio de la menor; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; OVIEDO de A.; CELIS; ALVA

EXPEDIENTE N° 2211-98

SALA DE FAMILIA

Lima, dieciséis de noviembre de mil novecientos noventaiocho

VISTOS; Interviniendo como Vocal ponente la Doctora Córdova Rivera; de conformidad con lo dictaminado por la Señora Fiscal Superior de Familia; y, **CONSIDERANDO, ADEMÁS:**

Primero.- Que viene en consulta la sentencia que declara fundada la demanda de Tenencia y Custodia de los menores xxx y zzz y de la menor xxxx, peticionado por su abuela paterna doña Victoria Tamariz Anaya;

Segundo.- Que, fundamenta su acción en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, señalando que tiene legítimo interés moral, toda vez que los menores se encuentran en su poder desde antes que falleciera su recordado hijo;

Tercero.- Que, con las partidas de nacimiento de fojas dos a fojas cuatro se acredita la relación paterno filial existente entre los menores xxx, zzz y xxxx y don yyy, asimismo con la partida de defunción de fojas uno se acredita la vinculación materno filial de la accionante con el padre de los menores y por consiguiente se acredita el legítimo interés para obrar de la demandante, cumpliéndose de esta manera con lo previsto en lo previsto (sic) en el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes;

Cuarto.- Que, de las entrevistas efectuadas a los menores xxx y zzz, en la Audiencia Única obrante de fojas sesenticinco a sesentiocho, manifiestan que no conocen a su madre ya que ella los abandonó desde que eran muy pequeños, pero que sí conocen a la mamá de su hermanita quien dijo que se iba a trabajar a Paramonga y nunca más regresó; y al ser preguntados con quién les gustaría seguir viviendo ellos contestaron que con su abuelita y su tío César.

Quinto.- Que, de otro lado se verifica de autos que las demandadas han sido representadas mediante Curadora procesal, quien a través de la secuela del proceso, no ha enervado en forma o modo alguno la pretensión demandada;

Sexto.- Que, la tenencia es un atributo de la patria potestad, que encontrándose los padres en desacuerdo respecto a su ejercicio, el juez debe resolver considerando lo más conveniente para el menor de edad, atendiendo al principio del interés superior del niño, recogido en el artículo Tercero de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del artículo Octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y los Adolescentes;

Octavo.- Que, siendo esto así y en aplicación del principio del Interés superior del Niño contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, **APROBARON** la sentencia consultada de fojas ochentiuno a ochenticuatro, su fecha veintisiete de Julio de mil novecientos noventaiocho, que concede la tenencia y custodia de los menores xxx; zzz y xxxx a su abuela paterna doña Victoria Tamariz Anaya; con lo demás que contiene y es materia del grado; y los devolvieron.-

SS. CÓRDOVA RIVERA / TELLO GILARDI / CABELLO MATAMALA

EXPEDIENTE N° 1965-98

SALA DE FAMILIA

Lima, nueve de setiembre de mil novecientos noventaiocho

VISTOS; oído el informe oral; interviniendo como Vocal Ponente la doctora Cabello Matamala: de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Superior; y

CONSIDERANDO:

Primero.- Que don Luis Pomarino Munayco peticona se le otorgue la tenencia respecto a sus menores hijos xxx y zzz de doce y ocho años respectivamente;

SEGUNDO.- Que por resolución de fecha ocho de setiembre de mil novecientos noventaiocho, se dispone acumular al presente proceso sobre tenencia y custodia el seguido proceso sobre suspensión de patria potestad y entrega de menores iniciado por doña Patricia Méndez Chocano, contra Luis Eduardo Pomarino Munayco;

TERCERO.- Que es el derecho de los padres pero sobre todo del niño y/o adolescentes mantener una relación fluida y afectuosa con ambos padres de ahí que el Código de los Niños y Adolescentes sanciona el incumplimiento por parte de uno de ellos del mandato judicial que lo disponga, dando lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia;

CUARTO.- Que el artículo noveno, ítem tercero de la Convención de los Derechos del Niño, que es ley en el país, establece que corresponde al Estado respetar 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 del niño;

Quinto.- Que de los informes psicológicos obrantes de fojas trescientos treintinueve a trescientos cincuentiuno, practicado tanto a los padres como a los niños, se refiere que el señor Luis Pomarino Munayco presenta personalidad con rasgos ansiosos, en cuanto a la señora Patricia Beatriz Méndez Chocano, manifiesta personalidad con rasgos histriónicos, que respecto a los niños se vierte del informe que el menor zzz, sufre trastorno de las emociones y se sugiere consejo psicológico; mientras que el informe de xxx, se advierte su reacción ansiosa asociada al problema conyugal;

Sexto.- Que de los actuados se advierte que la madre ha vivido con sus hijos desde que ellos nacieron hasta la fecha en que el padre se los llevara del Colegio justificando su actitud en el hecho de que los tenía abandonados, completamente desatendidos; que los niños al emitir su opinión con respecto al padre con quien quisieran vivir respondieron que les gustaría seguir viviendo con su padre;

Sétimo.- Que dada la naturaleza de las cuestiones que se ventilan debe atenderse la opinión de los niños, que si bien estos manifiestan su deseo de permanecer con el padre, el Juzgador debe considerar dicha manifestación en el contexto de los medios probatorios propuestos, por lo que es necesario ameritar los actuados seguidos contra el accionante sobre delito contra la vida, el cuerpo y la salud - lesiones leves en agravio de su esposa Patricia Beatriz Méndez Chocano, obrantes de fojas doscientos ochentiocho a doscientos ochentiocho, que este comportamiento agresivo resulta poco propicio al desarrollo emocional de los menores de edad cuya tenencia se peticona; fundamentos por los que

CONFIRMARON la sentencia apelada obrante de fojas cuatrocientos veintiséis a cuatrocientos veintinueve, su fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho, en el extremo que declara infundada la demanda de pérdida de patria potestad interpuesta por doña Patricia Beatriz Méndez Chocano Pomarino; **REVOCARON** la sentencia en el extremo que declara fundada la demanda de tenencia y custodia peticionada por don Luis Eduardo Pomarino Munayco, ordenándose que los menores continúen bajo la tenencia y custodia de su padre fijándose un régimen de visita a favor de la madre: e infundada la entrega de menores peticionada por doña Patricia Méndez Chocano de Pomarino; **REFORMÁNDOLA** declararon **INFUNDADA** la demanda de tenencia presentada por el accionante, y **FUNDADA** en parte la demanda presentada por doña Patricia Beatriz Méndez Chocano en el extremo que solicita la entrega de sus menores hijos, **Ordenaron** que don Luis Eduardo Pomarino Munayco, cumpla con entregar en el día en el hogar materno a los niños xxx y zzz, bajo apercibimiento de ley; señalándose un régimen de visitas a favor del padre, el primer y tercer fin de semana quien sacará a sus hijos del hogar materno desde el día viernes a las cinco de la tarde y retornará a las cinco de la tarde del día domingo y segundo y cuarto sábado debiendo el padre recoger a sus hijos el día sábado del hogar materno las nueve de la mañana y retornarlos el mismo día a las seis de la tarde, y que el periodo de vacaciones de los menores serán compartidos con sus padres, correspondiéndoles a cada uno de los padres mes y medio de las vacaciones escolares y que la Navidad y Año Nuevo serán compartidas alternativamente con cada uno de sus padres; **RECOMENDARON** que la familia participe de una terapia psicológica en el Centro de Salud más cercano a su domicilio; y, los devolvieron.

SS. CÓRDOVA RIVERA / TELLO GILARDI / CABELLO MATAMALA

CASACIÓN Nº 356-2005-CONO NORTE (*El Peruano*, 31/07/2006)

TENENCIA DE MENOR

Lima, diecisiete de enero de dos mil seis

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, en la causa vista en audiencia pública de la fecha; con los acompañados; emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación, interpuesto por Julia Natalia Meza Salvatierra de Chinchay, en representación de Delicia del Carmen Chinchay Meza, contra la sentencia de vista de fojas, seiscientos diecinueve, su fecha veinticinco de octubre de dos mil cuatro, que **REVOCANDO** la apelada obrante a fojas quinientos ochentiuño, fechada el doce de abril dos mil cuatro, declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta por Delicia del Carmen Chinchay Meza contra Alindor Mendoza Quispe sobre Tenencia y Custodia del menor XXX; y, **FUNDADA** la demanda acumulada planteada por Alindor Mendoza Quispe contra Julia Meza de Chinchay y César Chinchay Mora también sobre Tenencia y Custodia del mismo menor;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Corte mediante resolución de fecha trece de abril de dos mil cinco, obrante a fojas veinticinco del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal, ha estimado **PROCEDENTE** el recurso por las causales de: i) **Aplicación indebida** de normas de derecho material; ii) **Interpretación errónea** de normas de derecho material; y, iii) **Inaplicación** de otra norma de derecho material; expresando la recurrente como fundamentos: **i) Aplicación indebida:** que se ha aplicado indebidamente los artículos cuatrocientos dieciocho e inciso quinto del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Civil, puesto que: **i.a.)** el artículo cuatrocientos dieciocho el Código Civil define la patria potestad como *el deber y el derecho que tienen los padres, de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*, lo que es distinto a la pretensión demandada, la cual es el derecho a la tenencia y custodia del menor, siendo que la Sala no ha tomado en cuenta la opinión del niño expresada en la Audiencia complementaria del primero de agosto de dos mil tres, en la que señaló que no desea estar bajo la custodia del padre; **i.b)** el inciso quinto del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Civil, norma que establece los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, en cuanto *es deber del padre tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario*, siendo que la citada norma no regula la tenencia ni la custodia, siendo contrario a lo que se ha demandado; **ii) Interpretación errónea:** que se ha interpretado erróneamente el artículo ochentiuño del Código de los Niños y Adolescentes, norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, puesto que la Sala no ha considerado el extremo de la citada norma, en cuanto dispone que se determinará la tenencia tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente; **iii) Inaplicación:** que se han inaplicado los artículos noventisiete y ochenticinco del Código de los Niños y Adolescentes, expresando como fundamentos: **iii.a)** En lo que respecta al artículo noventisiete del citado Código de los Niños y Adolescentes, la Sala Revisora no ha considerado lo dispuesto por la citada norma en cuanto dispone que *el demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de Tenencia, salvo causa debidamente justificada*, siendo el caso que se demandó al progenitor anteriormente por alimentos, así como que se debe de considerar que la demanda de tenencia y custodia de la actora es anterior a la demanda de tenencia interpuesta por el padre del menor; **iii.b)** Que, no se ha aplicado lo dispuesto por el artículo ochenticinco del citado Código de los Niños y Adolescentes, en cuanto a que el Juzgador

debió de haber escuchado la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, cuando el menor ha expresado su opinión de querer “permanecer viviendo con sus abuelos y que su padre Alindor lo visite”;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, estando a las tres denuncias sustantivas invocadas por la recurrente, esta Sala de Casación estima indispensable el inicio de la labor casatoria a través de la causal de **inaplicación** de normas de derecho material, puesto que lo denunciado en este punto, al parecer, comprende un requisito de procedencia para la interposición de la demanda de Tenencia, el mismo que de configurarse tornará sin objeto emitir pronunciamiento sobre las demás causales;

Segundo.- Que, en ese sentido, la recurrente denuncia en primer orden, **iii.a)**, dentro de la causal de inaplicación, que la Sala Revisora no ha aplicado el artículo noventisiete del Código de los Niños y Adolescentes, Ley veintisiete mil trescientos treinta y siete; el mismo que establece taxativamente que “el demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de Tenencia, salvo causa debidamente justificada”; norma que es reproducción exacta del artículo ciento siete del derogado Decreto Ley veintiséis mil ciento dos, Código de los Niños y Adolescentes, vigente al momento de la interposición de la primera demanda de Tenencia; por tanto, la referencia al citado artículo noventisiete no comporta, en modo alguno, aplicación retroactiva de la norma;

Tercero.- Que, conforme se puede apreciar del texto del artículo noventisiete de la Ley veintisiete mil trescientos treinta y siete, este regula un requisito especial de procedencia para la interposición de una demanda de Tenencia, consistente en que el demandante no haya sido objeto de una demanda de alimentos; entendiéndose que el propósito de esta norma es evitar maniobras por parte del progenitor que, queriendo incumplir sus obligaciones alimentarias o hacerlas a su modo, peticione la Tenencia del menor para quien se pidió y otorgó los citados alimentos;

Cuarto.- Que, no obstante lo anterior, y conociéndose la naturaleza de las relaciones familiares, el legislador ha previsto también en el mismo dispositivo una excepción a dicha regla, esto es, la presencia de una causa debidamente justificada que obligue al progenitor a solicitar dicha Tenencia, lo cual desaparece la presunción de que se quiere evadir las obligaciones alimentarias; de tal modo que los juzgadores deben verificar el cumplimiento del precitado requisito especial y la presencia o no de la causal de excepción desde la interposición de la demanda, o ya en la etapa de saneamiento o finalmente en la sentencia, de conformidad con el artículo ciento veintiuno, *in fine*, del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, el cual prescribe que “mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente, sobre la validez de la relación procesal”;

Quinto.- Que, del análisis de la sentencia de vista aparece que la Segunda Sala Civil del Cono Norte, para revocar la sentencia apelada que amparaba la demanda de Tenencia interpuesta por Delicia del Carmen Chinchay Meza, representada por Julia Meza de Chinchay, contra Alindor Mendoza Quispe sobre Tenencia y Custodia del menor XXX; y desestimaba la demanda acumulada planteada por Alindor Mendoza Quispe contra Julia Meza de Chinchay y otro también sobre Tenencia y Custodia del mismo menor, y resolver en sentido inverso, declarando Infundada la primera demanda y Fundada la demanda

acumulada planteada por el padre del menor, la citada Sala se ha basado únicamente en el derecho a la patria potestad sobre el menor que corresponde a Alindor Mendoza Quispe como padre de aquel; no pronunciándose en modo alguno sobre el requisito de procedencia contemplado en el mencionado artículo noventa y siete del Código de los Niños y Adolescentes ni sobre la presencia de la citada causal de excepción, dada la imputación hecha contra Alindor Mendoza Quispe de que este ha sido objeto de una demanda de alimentos por parte de Delicia del Carmen Chinchay Meza a favor del citado niño;

Sexto.- Que, en tal virtud, el Superior Colegiado ha inaplicado el artículo noventa y siete del Código de los Niños y Adolescentes; error jurídico que, de acuerdo al artículo trescientos noventa y seis inciso primero del Código Procesal Civil, conduce a la Sala de Casación a actuar en sede de instancia; que, en ese sentido, atendiendo a: **i)** que resulta incuestionable la existencia de un proceso de alimentos interpuesto por Delicia del Carmen Chinchay Meza a favor del multicitado menor, contra Alindor Mendoza Quispe, quien con posterioridad a dicha demanda ha planteado la pretensión de Tenencia y Custodia del mismo niño; y, **ii)** que, de la revisión de los autos, en aplicación del principio del interés superior del niño, contemplado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, no aparece ningún elemento probatorio que justifique la petición de la Tenencia, en vía de excepción a la prohibición contemplada en el referido artículo noventa y siete del mismo Código, puesto que todos los medios probatorios existentes tales como informes psicológicos y sociales y declaración del propio menor señalan que este se encuentra en muy buenas condiciones, trato, cuidado y vínculo familiar con los abuelos maternos Julia Meza de Chinchay y César Chinchay More; corresponde entonces confirmar la sentencia apelada; careciendo así de objeto emitir pronunciamiento respecto del segundo agravio denunciado dentro de la causal de inaplicación, así como también sobre las otras dos primeras causales invocadas de aplicación indebida e interpretación errónea de normas de derecho material: estando a las consideraciones que preceden; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo Adjunto en lo Civil; declararon: **FUNDADO** el recurso de casación, interpuesto a fojas seiscientos cuarenta por Julia Natalia Meza Salvatierra de Chinchay, en representación de Delicia del Carmen Chinchay Meza; en consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fojas seiscientos diecinueve, su fecha veinticinco de octubre de dos mil cuatro; y, **actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas quinientos ochentiuno, fechada el doce de abril de dos mil cuatro, que declara **Fundada** la demanda de fojas diecisiete a veintidós subsanada a fojas veintiocho a treinta e **Infundada** la demanda acumulada, de fojas noventa y cuatro a noventa y ocho subsanada a fojas ciento cinco; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Julia Natalia Meza Salvatierra de Chinchay, en representación de Delicia del Carmen Chinchay Meza con Alindor Mendoza Quispe sobre Tenencia de Menor; y, los devolvieron.

SS. TICONA POSTIGO, CARRIÓN LUGO, FERREIRA VILDOZOLA, PALOMINO GARCÍA, HERNÁNDEZ PÉREZ

EXPEDIENTE N° 1517-97

Lima, catorce de octubre de mil novecientos noventa y siete

VISTOS, interviniendo como Vocal ponente, la Doctora Cabello Matamala; y, de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal; y,

CONSIDERANDO, además:

Primero.- Que en cuanto a la oposición de la parte demandada, existiendo causa justificada para el trámite de la tenencia, cabe confirmar el auto que declara infundada dicha oposición contenida en la Audiencia Única a fojas ciento setenta, su fecha diez de enero de mil novecientos noventa y siete, en aplicación al artículo 107 del Código de los Niños y Adolescentes;

Segundo.- Que el artículo noveno, numeral tercero de la Convención de los Derechos del Niño, es ley en el país, establece que corresponde al Estado respetar 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;

Tercero.- Que no debe confundirse patria potestad con tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo, no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor;

Cuarto.- Que ambos hermanos por su entroncamiento, edad y sexo deben desarrollarse juntos al lado del padre a cuya tenencia se entregue;

Quinto.- Que el padre, viene demostrando gran interés por el desarrollo físico-emocional de ambos niños tal como se verifica de los documentos obrantes a fojas diecinueve, veintidós, veintitrés, sesenticuatro a setenticinco, así como de la manifestación del menor Favio Alberto obrante a fojas ciento ochentiuño, en la que expresa su afecto a ambos padres, no obstante lo cual prefiere vivir con su padre;

Sexto.- Que es el derecho de los padres pero sobre todo del niño y/o adolescente el mantener una relación fluida y afectuosa con ambos padres, de ahí que el Código de los Niños y Adolescentes sanciona el incumplimiento por parte de uno de ellos del mandato judicial que lo disponga, dando lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia;

Sétimo.- Que tratándose de un proceso de tenencia, en que el padre que no participa de la misma mantiene expedito su derecho de visitar a sus hijos sin restricción alguna, no correspondiendo fijar el mismo cuando no ha sido materia de petitorio, acorde al criterio ya establecido por este Superior Colegiado, en el caso de autos, aun cuando se esté ventilando solo la tenencia y el régimen de visitas no haya sido planteado acumulativamente, sin embargo, debe señalarse dicho régimen no solo por economía procesal en atención al interés superior de los niños, sino por ser este de necesidad evidente, por existir graves desavenencias entre los padres y familia de los menores;

CONFIRMARON , el auto apelado contenido en la audiencia que obra a fojas ciento setenta, su fecha diez de enero de mil novecientos noventa y siete; y la sentencia apelada que obra de fojas trescientos veinticuatro a fojas trescientos veintisiete, su fecha treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, que declara la Tenencia y custodia a favor de

don Jorge Alberto Bravo Cerrillo, sobre sus menores hijos XXX y WWW, y no ZZZ como erróneamente se consigna en la sentencia, en consecuencia que doña Carmen Rosa Alor Díaz haga entrega de su menor hijo WWW, de tres años de edad al poder de su progenitor; fijándose un régimen de visitas a favor de doña Carmen Rosa Alor Díaz, a fin de que pueda visitar a sus hijos; lo **REVOCARON** en cuanto dispone que las visitas se llevarán a cabo todos los sábados de nueve de la mañana a seis de la tarde; **REFORMÁNDOLA** dispusieron en cuanto a los menores XXX y WWW que el régimen de visitas serán los primer y tercer sábados, y segundo y cuarto domingos de cada mes de dos de la tarde a siete de la noche dentro del hogar paterno, en los dos primeros meses; transcurrido este periodo podrá realizarse dentro y fuera del hogar paterno en el horario de nueve a seis de la tarde, debiendo retornarlos al vencimiento del mismo, y, **ORDENARON** para efectos de salvaguardar la salud emocional de los menores aludidos, que la visita durante los primeros dos meses sea asistida de un terapeuta determinado por el juzgado, cuyo haber de acuerdo al arancel será abonado por el padre que ejerce la tenencia; **Mandaron** que el terapeuta designado remita un informe mensual al Juzgado respecto al seguimiento e intervención psicológica en cuanto a la relación entre los menores y sus padres; y lo **CONFIRMARON** con lo demás que contiene; y, los devolvieron.

SS. CABELLO MATAMALA; ÁLVAREZ OLAZÁBAL; RODRÍGUEZ ALARCÓN

EXPEDIENTE N° 4353-94

Sexta Sala - Año 95

Lima, dieciocho de enero de mil novecientos noventicinco

VISTOS: interviniendo como Vocal ponente el señor Seminario Valle; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Superior; y,

CONSIDERANDO: Que, de autos no está debidamente acreditado que la demandada lleve una vida desarreglada y que la menor se encuentre en situación de descuido y abandono moral, por el contrario, se encuentra estudiando satisfactoriamente dentro de las posibilidades económicas de la madre quien trabaja como costurera según constancia que corre en autos; que, los demandantes si bien son abuelos paternos de la menor, no tienen mejor derecho que la madre biológica, más aún si del informe social fluye que son también de condición económica limitada y en el hogar viven varias personas a sus lados; que, de otro lado, según el mismo informe la armonía entre las partes se ha superado al extremo de visitarse, en especial la niña, por vivir cerca una de la otra; que de acuerdo a ley, es derecho de la madre ejercer la patria potestad a tenor de los artículos cuatrocientos dieciocho y cuatrocientos veintiuno del Código Civil, más si el padre de la niña ha fallecido, no así los abuelos; que es necesario se sigan considerando las relaciones entre la niña y sus abuelos para su normal desarrollo sicobiológico, teniendo en cuenta que es el deseo de los abuelos tener a la nieta a su lado;

REVOCARON: la sentencia apelada de fojas ciento trece a ciento quince su fecha doce de setiembre de mil novecientos novecicuatro, que declara fundada la demanda de fojas nueve y designan guardadores legales de la menor XXX a sus abuelos paternos Maximiliano Mejía Rivadeneyra y Juana Rosa Almeida Gonzales demanda que declararon **INFUNDADA**; estableciendo en favor de los demandantes el siguiente régimen de visitas: una vez por semana en el horario que las partes crean más adecuada y los devolvieron.

SS. SEMINARIO / VALLE PALOMINO THOMPSON / HERRERA HURTADO

CASACIÓN Nº 3748-02-APURÍMAC (El Peruano 31-03-2004)

Lima, siete de julio de dos mil tres

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número treintisiete cuarentiocho - dos mil dos, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas cuarentisiete por el Fiscal Superior Mixto de Apurímac contra la resolución de vista de fojas cuarenticinco expedida por la Sala Mixta de Abancay del veintidós de julio del dos mil dos; que revoca la apelada de fojas veinticinco, del tres de mayo del dos mil dos, y reformándola declara fundada la demanda de fojas cinco, subsanada a fojas doce, sobre autorización para administración y disposición de bienes de menor y autorización de retiro y cobro de dinero;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Por resolución de esta Sala Suprema del quince de enero del dos mil tres se declaró la procedencia del recurso por las causales previstas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil sustentadas en que han sido aplicado indebidamente los artículos ciento nueve y ciento diez del Código de los Niños y Adolescentes, así como el artículo cuatrocientos cuarentisiete del Código Civil, pues estas normas exigen sustentar causas justificadas de necesidad o utilidad; y respecto de la segunda causal señala que ha sido inaplicado el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Civil que señala que el dinero del menor puede destinarse a predios o cédulas hipotecarias, precisando que para hacer otras inversiones la autorización del juez se hará cuando lo requieran o aconsejen los intereses del hijo;

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la sentencia de vista ha revocado la apelada que declaró fundada en parte la demanda, y reformándola ha declarado fundada la misma; autorizando a doña Grisela María Barrera Barrera, la Administración y Disposición de Bienes del menor, celebración de actos jurídicos; retiro y cobro de dineros en general del menor XXX; los que servirán para el sustento, educación, salud y demás necesidades de su menor hijo;

Segundo: Que, existe aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en la propia sentencia; el juez ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado, y la hipótesis de la norma; esto es un error de subsunción del caso particular con una norma impropia, que no tiene relación de causalidad;

Tercero: Que, en el caso de autos la demandante solicita autorización de administración y disposición de bienes del menor, celebración de actos jurídicos y autorización para el retiro y cobro de dineros en general;

Cuarto: Que, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar a la persona y bienes de sus hijos, los mismos que serán ejercidos en interés del menor;

Quinto: Que, los artículos ciento nueve y ciento diez del Código de los Niños y Adolescentes, concordantes con el artículo cuatrocientos cuarentisiete del Código Civil son claros en establecer que los administradores de bienes de menores necesitan autorización judicial para gravar o enajenar dichos bienes por causas justificadas de necesidad o utilidad,

requisitos estos que deben estar fehacientemente acreditados; debiendo entenderse que en el caso de dinero requiere justificarse la necesidad o utilidad para el menor, a fin de poder retirarse el dinero depositado del menor y disponer del mismo;

Sexto: Que, en el caso de autos la demandante no ha cumplido con tales exigencias previstas en el artículo cuatrocientos cuarentisiete, y atendiendo al interés superior del niño se advierte que las Instancias han incurrido en error de subsubción de los hechos a las normas mencionadas, por cuanto no se encuentra sustentada la necesidad o utilidad, de modo que no era factible aplicar dichos dispositivos legales; configurándose por tanto la causal invocada;

Sétimo: Que, en igual sentido se pronuncia el artículo cuatrocientos cincuentitrés del Código Civil, conforme al cual la inversión de los bienes del menor será autorizada cuando lo aconsejen los intereses del menor, lo que corrobora la interpretación efectuada;

Octavo: Que, conforme a la demanda, la actora requiere la autorización para el retiro y cobro de dinero, manifestando que ella como madre es la encargada de la patria potestad y es la persona encargada del sostenimiento y educación del menor, así como su desarrollo integral, pero precisamente ello es por su deber de alimentos que tiene con el menor, supuesto que no justifica el retiro de dinero, pues contrario a ello importa evasión de su obligación;

Noveno: Que, en consecuencia se concluye que la recurrida incurre en la causal de aplicación indebida, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, y considerando que la sentencia de primera instancia fue apelada únicamente por la actora, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas cuarentisiete por el Fiscal Superior Mixto de Apurímac doctor Luciano Bernardo Valderrama Solórzano; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas cuarenticinco, su fecha veintidós de julio del dos mil dos; y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la apelada que declaró fundada en parte la solicitud sobre autorización para administrar y disponer bienes del menor; e infundada en cuanto a la autorización de retiro y cobro de dinero por seguro de vida; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Grisella Barrera Barrera contra Ministerio Público sobre Autorización de Administración y Disposición de Bienes de menor y celebración de actos jurídicos y otro; y los devolvieron.-

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN, AGUAYO DEL ROSARIO, LAZARTE HUACO, PACHAS ÁVALOS, MOLINA ORDÓÑEZ

EXPEDIENTE N° 2815-2002

Sala Especializada en Familia

Lima, diez de octubre de dos mil dos

VISTOS ; interviniendo como Vocal ponente la señora Cabello Matamala; oído el informe oral; y **CONSIDERANDO** además:

Primero.- Que, viene en grado de consulta la resolución obrante a fojas quinientos cincuentuno a quinientos cincuentiocho, su fecha veintinueve de noviembre de dos mil uno, que declara fundada la demanda interpuesta por causal de injuria grave, conforme a lo dispuesto por el artículo 359 del Código Civil.

Segundo.- Que, el presente proceso es uno de divorcio por causal, el mismo que en aplicación de lo previsto en el artículo 340 del Código Civil, su declaración por fallo conlleva un pronunciamiento por parte del juez respecto del cónyuge a quien se confían los hijos si lo hubiere y como consecuencia de ello se establece el ejercicio de la patria potestad de los mismos.

Tercero.- Que, la consultada se pronuncia disponiendo que la patria potestad de los adolescentes XXX y ZZZ, será ejercida por ambos padres, encargándose la tenencia de XXX a su padre Javier Antonio Ríos Amayo y de Gino Francesco a su madre Miriam Salas Neira; señalándose un régimen de visitas de cada padre respecto del hijo cuya tenencia no ostentan.

Cuarto.- Que, el actor en su demanda señala que “... que mis hijos XXX y ZZZ se encuentren bajo la patria potestad de la demandada por cuanto la casa conyugal se ha quedado en poder de ella, mientras que el actor no tiene lugar donde vivir...”, conforme es de verse de fojas cincuentisiete.

Quinto.- Que, los cónyuges variaron la demanda de divorcio por causal a una de separación convencional y divorcio ulterior, decisión declarada en la audiencia de pruebas obrante a fojas quinientos diecisiete, en la que se propone que el ejercicio de la patria potestad sea en conjunto encargándose a cada padre uno de los hijos.

Sexto.- Que, sin embargo, el actor revoca su consentimiento mediante escrito obrante a fojas quinientos veinticinco, habiéndose dictado la resolución obrante a fojas quinientos veintisiete, la misma que dispone revocar la decisión del recurrente de variar su demanda de separación convencional, prosiguiéndose con la causa conforme a la pretensión de divorcio;

Sétimo.- Que, es un principio fundamental regulador del derecho de infancia que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño y que se encuentra ratificado en nuestro Sistema Jurídico Nacional “El Interés Superior del Niño” que garantiza entre otros, el derecho de respeto de la opinión del niño; asimismo 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 las del adolescente”.

Octavo.- Que, se advierte de la revisión de autos que para emitir decisión final respecto al régimen de visitas y las relaciones personales, la a quo no ha oído a los menores anteriormente aludidos, máxime si se ha dispuesto la separación de los hermanos, afectándose la relación filial, quienes se encuentran en la edad de la adolescencia, teniendo el menor de ellos doce años y el otro quince años de edad, estadio vital en el cual se encuentran

desarrollando aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad, por tanto como tales son capaces de formarse progresivamente ideas y voliciones, posibilidades de elección y les permiten tomar conscientemente algunas decisiones, lo que les confiere una autonomía vital que el derecho no puede ignorar y con lo cual se concluye que por la edad y madurez de los menores en referencia, estos tienen un criterio independiente, que les permite dar su opinión y voluntad, que no son sino la expresión del respecto a su personalidad, como sujetos de derecho en desarrollo.

Noveno.- Que, para considerar una decisión tan trascendental como la fijación de la patria potestad y la determinación de la tenencia separada de dos hermanos, que han vivido regularmente juntos, se amerita no solo conocer la opinión que cada uno de ellos respecto a tal medida, sino además es necesario, por el bienestar de los mismos, corroborar lo expuesto en el Informe profesional correspondiente emitido por el equipo multidisciplinario.

Décimo.- Que, lo expuesto por el cónyuge demandante en su escrito de fecha cuatro de octubre del año en curso, obrante a fojas seiscientos cuarentiséis y seiscientos cuarentisiete presentado en esta instancia, no enerva las consideraciones expuestas en los considerandos precedentes.

Décimo Primero.- Que, en atención a lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, resultando de aplicación al presente caso, lo dispuesto por el artículo 176 del Código Procesal Civil; razones por las cuales se declara **NULA** la sentencia emitida mediante resolución de fecha veintinueve de noviembre de dos mil uno, obrante de fojas quinientos cincuentiuno a quinientos cincuentiocho, ordenándose a la a quo emitir nuevo fallo teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.

SS. CAPUÑAY CHÁVEZ / CABELLO MATAMALA / ÁLVAREZ OLAZÁBAL

CASACIÓN N° 744-2002-LIMA (El Peruano, 31/03/2003)

Lima, veintiuno de octubre del dos mil dos

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número setecientos cuarenticuatro-dos mil dos, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Lilianna Miraval Cordano, mediante escrito de fojas doscientos ochentisiete, contra la sentencia de vista emitida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas doscientos setenta y ocho, de fecha veintitrés de enero del dos mil dos, que confirmando la apelada declaró infundada la demanda de suspensión de la patria potestad y mandaron que el juzgado establezca y supervise el tratamiento profesional gratuito que obligatoriamente deben recibir la demandante, el demandado y la menor XXX, a partir del cual este podrá progresivamente, primero visitar a dicha menor en el hogar materno y después sacarla de paseo los días domingos de nueve de la mañana a cinco de la tarde, imponiendo el juzgado sus facultades legales para su debido cumplimiento;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, concedido el recurso de casación a fojas doscientos noventiuno, fue declarado procedente por resolución del treinta de abril del dos mil dos, por la causal contemplada en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil sustentada en la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, porque el vocal dirimente, doctor Valenzuela Cerna, no estuvo presente en la diligencia por la cual la menor fue entrevistada por los miembros de dicho colegiado, por lo que mal podría el vocal en referencia suscribir la sentencia objeto del recurso de casación, sino fue testigo presencial de un acto procesal fundamental para resolver el proceso y porque la Sala se pronuncia sobre hechos que no han sido objeto del petitorio de la demanda, como disponer un régimen de visitas;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, si bien el vocal dirimente, doctor Valenzuela Cerna, no estuvo presente en la audiencia de fojas doscientos treinticuatro a doscientos treintiséis, porque él no formaba parte de la Sala en esa ocasión, obra en autos el acta de dicha audiencia, por lo que podía apreciar lo que la demandante, el demandado y la menor habían expresado en ella;

Segundo.- Que, más aún, la sentencia reproduce los fundamentos de la apelada y el vocal dirimente al suscribir el fallo, ha coincidido con dicho sustento;

Tercero.- Que, uno de los sustentos de la sentencia apelada, cuyos fundamentos han sido reproducidos por la de vista, es que en el informe psicológico de fojas veinticuatro a veinticinco se concluye “que la niña está reaccionando de manera adecuada al tratamiento, sin haber todavía logrado un comportamiento de aceptación al padre por parte de la menor y que en bien de su salud mental no se fuerce a verla o salir con él, por lo que perjudicaría su normal aceptación socio emocional”;

Cuarto.- Que, por ello, cuando la sentencia de vista manda que el juez establezca y supervise el tratamiento profesional gratuito que obligatoriamente deben recibir la demandante, el demandado y la menor XXX, a partir del cual este podrá progresivamente, primero visitar a dicha menor en el hogar materno y después de sacarla de paseo los días domingos de nueve de la mañana a cinco de la tarde, ha establecido esta medida en protección de la

menor y no implica un régimen de visitas de inmediato, con lo que está tomando en consideración el informe psicológico anteriormente mencionado y con ello no se está pronunciando en forma *extra petita*, lo que también se encuentra facultado por la primera parte del artículo ciento setentisiete del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por la ley número veintisiete mil trescientos treintisiete;

Quinto.- Que, todo ello determina que no ha existido contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso;

Sexto.- Que, por las razones expuestas y no presentándose la causal contemplada en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, y aplicando el artículo trescientos noventa y ocho del Código Adjetivo, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Liliana Miraval Cordano a fojas doscientos ochentisiete, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas doscientos setentiocho del veintitrés de enero del dos mil dos; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Liliana Elena Miraval Cordano con Carlos Enrique Chirinos Málaga, sobre Suspensión de Patria Potestad; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; LAZARTE HUACO; INFANTES VARGAS; SANTOS PEÑA

CASACIÓN Nº 5138-2010-LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

Lima, treinta y uno de agosto del año dos mil once

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número cinco mil ciento treinta y ocho del año dos mil diez; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; de conformidad con lo opinado por la Fiscal Adjunta Suprema en lo Civil, en su dictamen obrante a fojas cincuenta y nueve del cuadernillo de casación, luego de verificada la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia. **RECURSO DE CASACIÓN:** Se trata del recurso de casación obrante a fojas setecientos setenta y siete del expediente principal, interpuesto por Luis Felipe Elías Huapaya, en representación de Valeria Andrea Fumo Ferro, contra la sentencia de vista de fojas setecientos sesenta y dos, su fecha dieciocho de octubre del año dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada de fojas seiscientos uno, su fecha veinticinco de junio del año dos mil diez que declara fundada la demanda de Tenencia y Custodia interpuesta por el demandante e infundada la demanda sobre Tenencia de Menores solicitada por Valeria Andrea Fumo Ferro.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha nueve de mayo del año dos mil once, obrante a fojas cincuenta y cuatro del cuadernillo de casación formado en este Supremo Tribunal, por la causal prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia la infracción normativa procesal, pues según refiere: a) De los informes psicológicos así como de las denuncias policiales presentadas por las partes se advierte un comportamiento agresivo por parte del demandado, el mismo que resulta poco propicio para el desarrollo emocional de las menores de edad; b) No se ha valorado el comportamiento del demandado al cortar en forma voluntaria el régimen de visitas otorgado a su favor; c) No se han evaluado las declaraciones vertidas por CCC a efectos de determinar la tenencia de las menores; d) No se ha tomado en cuenta la conducta del demandado con relación al incumplimiento de la obligación alimentaria con sus menores hijas; y, e) Existe vulneración al Principio de Motivación Escrita de las Resoluciones Judiciales, contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado al no haberse efectuado una explicación razonada del porqué se llega a la decisión adoptada ni realizado un análisis jurídico de las normas aplicadas a los hechos.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal.

Segundo.- Que, es menester precisar previamente que el presente caso versa sobre un proceso acumulado de Tenencia y Custodia de Menor en el que ambas partes han presentado su demanda solicitando la tenencia y custodia de sus menores hijas NNN y CCC. En ese sentido conforme se aprecia a fojas treinta y uno del expediente principal, doña Valeria Andrea Fumo Ferro interpone demanda de Tenencia y Custodia de sus menores hijas

NNN y CCCC de uno y cuatro años de edad respectivamente. Refiere que contrajo matrimonio con el demandado Renzo Miguel Beteta Valderrama con quien procreó las dos hijas antes mencionadas; que dos meses después de contraer matrimonio comenzaron los actos de violencia familiar física y psicológica en agravio suyo y de sus dos hijas; que el demandado hizo abandono injustificado del hogar conyugal, para luego regresar y llevarse todos los bienes sociales y propios de la demandante; que en otra oportunidad el demandado procedió a sustraer a sus menores hijas de su centro educativo; solicita además el pago de pensiones alimenticias. Por su parte, según se aprecia de la demanda acumulada que obra a fojas ciento veintidós del expediente principal, Renzo Miguel Beteta Valderrama, solicita igualmente la tenencia y custodia de sus menores hijas, refiriendo básicamente en relación a la madre, que dicha persona laboraba en el mismo colegio donde estudiaban sus hijas, siendo invitada a renunciar por la personalidad conflictiva que exhibía y lo escandaloso que eran los líos conyugales que fomentaba en su agravio, agrega que la personalidad histriónica y conflictiva de la madre de sus hijas le ha permitido exponer una visión parcial sesgada de los hechos, pretendiendo con ello arrebatarse la tenencia de sus hijas, existiendo una intensa actividad mediática de la demandante en los medios periodísticos, los mismos que lo han obligado a ser cesado de su trabajo como abogado contratado de la Oficina de Anticorrupción; agrega que todos los líos con la demandante tienen un sustento financiero debido al control que ejercía sobre las tarjetas de crédito que en forma exagerada, indebida y sin control usaba la demandante; en cuanto a la pensión alimenticia solicitada, refiere que a la demandada no le corresponde por su conducta dolosa e indigna desplegada en su contra, llegando al extremo de perder su trabajo.

Tercero.- Que, tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez de la causa mediante sentencia de primera instancia de fecha veinticinco de junio del año dos mil diez ha declarado fundada la demanda de Tenencia y Custodia solicitada por Renzo Miguel Beteta Valderrama e infundada la misma pretensión solicitada por Valeria Andrea Fumo Ferro, concediendo la tenencia de las menores a favor del padre y ordenando que la demandada cumpla en el plazo de veinticuatro horas con entregar en el hogar paterno a las citadas menores, concediéndole además un régimen de visitas a la madre y ordenando que las partes continúen terapias que les ayuden en su personalidad a fin de recuperar la confianza y en procura de que las niñas tengan una buena interrelación familiar. De los fundamentos de dicha sentencia se extrae básicamente que el a quo sobre la base de los informes psicológicos y psiquiátricos realizados a ambas partes así como a las menores y de los informes sociales de los padres, ha determinado la custodia y tenencia de las menores a favor del padre, llegando a establecer que la madre no se encuentra prestando colaboración para que la interrelación del padre con sus hijas se efectivice, además de no estar contribuyendo ni estar garantizando el vínculo con el padre, existiendo por el contrario indicadores que la hija mayor se encontraría afectada del síndrome de alienación parental ejercida por la madre en contra del padre, situación que resulta totalmente nociva para la mente y emociones de una niña en estado de formación, pues a inicios del proceso cuando aún vivía con el padre existía un lazo afectivo normal, el cual se ha perdido a la fecha pues al haber obtenido la madre la tenencia provisional de sus menores hijas a través de una medida cautelar, resulta ilógico que a los pocos días de vivir en su casa, la niña mayor rechace a su padre, elemento que desmerece a cualquier madre para que pueda ejercer cabalmente la tenencia.

Cuarto.- Que, habiendo sido apelada la sentencia dictada en primera instancia, la Sala Superior mediante resolución de fecha dieciocho de octubre del año dos mil diez la confirma, tomando como base los fundamentos de la recurrida, esto es, las pericias psicológicas

de ambas partes y de las menores así como los informes sociales de los padres, los mismos que fueron merituados para ordenar la custodia y tenencia de las menores a favor del padre, además de establecerse la poca colaboración de la demandada en el sentido de prestar poca disposición para que el padre vuelva a visitar a sus hijas y la conducta procesal de la demandada después que se le otorgó la tenencia provisional de sus hijas, habiendo variado de domicilio sin informar al juzgado, además, se verifica la existencia de un proceso en contra de Valeria Andrea Fumo Ferro sobre Restitución Internacional de su menor hijo EEE interpuesto por el padre del citado menor, apreciándose, asimismo, que se ha ordenado oficiar a la Policía Nacional del Perú para la búsqueda y ubicación de la referida demandada.

Quinto.- Que, en el contexto descrito y analizando los cargos de la denuncia por la causal de infracción normativa procesal declarada procedente, en cuanto al apartado a) se advierte que el cuestionamiento a los informes psicológicos y denuncias policiales efectuados en la persona de Renzo Miguel Beteta Valderrama carecen de veracidad, toda vez que conforme se advierte de autos, el Informe Psicológico ha sido debidamente analizado y meritudo por los órganos de Instancia, por lo que pretender una revaloración sobre el mismo resulta impertinente por ser una labor ajena al recurso de casación, tanto más, si de la evaluación psicológica que obra a fojas ciento cincuenta y ocho no se advierte ningún indicio de comportamiento agresivo por parte del padre, que pudiera poner en peligro la integridad física o emocional de las menores, por lo demás, las denuncias policiales que refiere no constatan per se el agravio denunciado al no encontrarse respaldadas con otros medios probatorios; por lo que dicho extremo de la denuncia debe declararse infundada por improbadado. En cuanto a los fundamentos de la causal procesal denunciada en el apartado b) dicho agravio se encuentra referido al régimen de visitas otorgado a favor del padre vía medida cautelar, el mismo que conforme se evidencia de los actuados no se ha efectivizado, en tanto no se aprecia la disposición pertinente y adecuada de la demandada a los efectos de que el padre pueda visitar e interrelacionarse con sus menores hijas, por lo que el padre ha solicitado dispensa en el cumplimiento de dicho régimen de visitas ordenado por el juez, por lo que dicha denuncia debe también desestimarse al no evidenciarse infracción procesal alguna; en relación al agravio denunciado en el apartado c) de los informes psicológicos de la menor CCC, los mismos que han sido meritudos por las Instancias de Mérito se llega a verificar, en un principio, que la citada menor se identificaba con ambos padres, no obstante, y en la medida que con posterioridad la madre obtuvo provisionalmente su tenencia, se advirtió según un informe psicológico posterior que dicha menor tenía una reacción y conducta distinta para con el padre, la que obedecería a la influencia negativa que habría ejercido la madre, lo que en términos médicos se denomina “alienación parental”. Dicha situación en efecto, ha permitido que la citada menor tenga una imagen distorsionada del padre, lo que para las Instancias de Mérito y estando a la propia naturaleza del presente proceso, resultan impropias y desmerece el ejercicio cabal de una posible tenencia a favor de la madre, además que dicha situación resulta dañina para la salud emocional de las menores; por consiguiente, este extremo también debe desestimarse por improbadado; asimismo, en cuanto a la causal procesal denunciada en el apartado d) relacionada a las obligaciones alimentarias por parte del padre, al margen que ello resulta ser un tema ajeno a los fines del presente proceso, se advierte que el referido proceso sobre alimentos seguido ante el Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja, se encuentra en etapa de ejecución, apreciándose que el demandado ha efectuado un depósito por la suma de dos mil seiscientos nuevos soles, suma de dinero que según refiere, se efectúa en tanto no tendría un ingreso económico fijo ni estabilidad laboral, por lo que, por el momento no se aprecia

el incumplimiento de dichas obligaciones alimentarias; por último, en relación al agravio denunciado en el apartado e) se advierte que las sentencias recurridas contienen los fundamentos de hecho y los correspondientes de derecho en que sustentan su decisión, existiendo conformidad entre la decisión tomada y las pretensiones propuestas, no advirtiéndose transgresión al Principio de Motivación de las Resoluciones, habiéndose cumplido con dicho Principio contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado.

Sexto.- Que, asimismo, no pasa desapercibido para este Supremo Colegiado la conducta procesal de la demandada, quien pese a que la sentencia de primera instancia le ordena que en el plazo de veinticuatro horas cumpla con entregar en el hogar paterno a las citadas menores, esta ha incumplido dicho mandato, situación que incluso ha permitido que se emita en su contra una orden de búsqueda, ubicación y captura.

Sétimo.- Que, estando a las consideraciones precedentes y no verificándose la causal de infracción normativa alegada; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon:

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Luis Felipe Elías Huapaya, en representación de Valeria Andrea Fumo Ferro; en consecuencia. **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas setecientos sesenta y dos del expediente principal, su fecha dieciocho de octubre del año dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad: en los seguidos por Valeria Andrea Fumo Ferro contra Renzo Miguel Beteta Valderrama, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Palomino García, Juez Supremo.

SS. TICONA POSTIGO, ARANDA RODRÍGUEZ, PALOMINO GARCÍA, VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA

CASACIÓN Nº 759-2009-LIMA

Lima, doce de mayo de dos mil diez

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Vista la causa en discordia, y con el voto del señor Juez Supremo Álvarez López quien se adhiere a los votos de los señores Jueces Supremos Távora Córdova, Idrogo Delgado y Valcárcel Saldaña, en la causa número setecientos cincuenta y nueve - dos mil nueve, con los acompañados, con lo expuesto en el Dictamen Fiscal, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas setecientos diecisiete por Ismael López Arias contra la sentencia de vista obrante a fojas setecientos cuatro del quince de diciembre del dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia que obra a fojas seiscientos cuarenta y tres del treinta y uno de julio del dos mil ocho, reformándola la declara fundada.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN: Esta Sala Suprema, mediante resolución obrante a fojas veinte del cuadernillo formado por esta Sala, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, prevista en el artículo 382 inciso 3 del Código Procesal Civil sosteniendo que la sentencia de vista no se encuentra debidamente motivada sobre las pruebas de la demandante, sino solo por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil en cuanto a la inasistencia del demandado a la audiencia complementaria; no obstante, que en primera instancia dicha prueba fue prescindida, y los niños fueron entrevistados por la asistente social que se constituyó al domicilio del recurrente, y no existe pronunciamiento al respecto. De igual modo, señala que se ha amparado su demanda de tenencia basado en un supuesto falso, “arrebato de los niños”, sustentando en la constatación policial contra la cual se interpuso tacha que fue declarada fundada.

3. CONSIDERANDO:

Primero.- La doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el solo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, lo que se conoce como el debido proceso en su dimensión procesal o adjetiva; en tanto que el debido proceso sustantivo no solo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa.

Segundo.- Examinados los argumentos de este medio impugnatorio, se advierte que el recurrente cuestiona la motivación de la resolución objeto del presente recurso, denunciando una deficiente valoración de las pruebas pues, según afirma, dicha resolución se sustenta solo en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil, por la inasistencia del demandado a la audiencia complementaria, pese a que dicha prueba fue prescindida, y los niños fueron entrevistados por la asistente social; asimismo, sostiene que se ha amparado la demanda de tenencia basado en un supuesto falso “arrebato de los niños”, según constatación policial contra la cual se interpuso tacha que fue declarada fundada.

Tercero.- Para efectos de determinar si en el presente caso se han infringido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, relativa a la valoración de las pruebas, es necesario hacer las siguientes precisiones. La demandante, Deysy Nefritti Monier Candia, en su condición de madre, solicita la tenencia y custodia de sus menores hijos, XXX y ZZZ, de tres y dos años de edad, respectivamente, los mismos que le fueron arrebatados por el progenitor, Ismael López Arias. Entre las consideraciones de su demanda, están que contrajo matrimonio con el demandado el siete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, ante la Municipalidad Distrital de San Miguel, Provincia y Departamento de Lima, en el que procrearon a los mencionados menores de edad. Manifiesta que en el hogar conyugal se presentaron problemas, por lo que el día trece de marzo de dos mil uno, el emplazado se llevó las cosas personales de la actora a la casa de su madre en Chorrillos, para luego hacer una falsa denuncia de abandono injustificado del hogar conyugal, desde esa fecha hasta la actualidad se encuentran separados de hecho. Sostiene que el dieciocho de marzo de dos mil uno, el propio demandado le entregó a los niños y para evitar problemas no le exigió que cumpliera con su obligación alimenticia, es por ello que se vio obligada a demandarlo por alimentos el veintiocho de diciembre de dos mil uno. Sostiene que el quince de enero de dos mil dos, el demandado en forma violenta arrebató a sus hijos, siendo que desde esa fecha no los puede ver; añade que los menores no se encuentran en buen estado, pues se quedan con la abuela paterna de setenta años de edad, corriendo peligro, ya que cualquier accidente que pudiera ocurrir no tendrían la atención oportuna por la edad de la abuela.

Cuarto.- Por su parte, el demandado contesta y contradice la demanda, sosteniendo que la demandante ha sido una madre desnaturalizada, pues en realidad su hogar decayó por la conducta de adulterio, violencia psicológica, moral y hasta física de la actora hacia aquel y sus hijos, lo que hizo insostenible la vida en común. Manifiesta que la actora abandonó el hogar conyugal el trece de marzo de dos mil uno, llevándose solo sus prendas personales, manifestando respecto de sus hijos que si les faltaba algo que le comunicaran a la casa de Chorrillos, por lo que demandó el divorcio por causal de adulterio contra aquella. Precisa que sus hijos siempre han estado debidamente atendidos por aquel, que no solo sustentaba los gastos del hogar sino que hasta en las noches y madrugadas se despertaba para atenderlos, mientras que la demandante no se preocupaba porque no era maternal, sino fría hasta indiferente e inclusive en algunas oportunidades era agresiva, violenta hasta con sus hijos. Agrega que los días diecinueve de marzo y veintiocho de abril del dos mil uno, ambos padres suscribieron un acuerdo privado respecto de los niños, sin embargo, la demandante no cumplía con sus obligaciones de madre, pues continuaba desatendiendo a sus hijos y persistía en su conducta adulterina, por cuanto salía con dos hombres. Afirma que el diecisiete de diciembre de dos mil uno, la demandante le entregó voluntariamente a sus dos hijos y desde esa fecha hasta la actualidad los tiene consigo en su domicilio; añade que ha sido él quien le solicitaba a la recurrente para que aquella pueda ver a sus hijos, pues cuando esta se quedaba con ellos no los cuidaba sino los dejaba con extraños, y por los peligros existentes, siempre aquel le reclamaba.

Quinto.- En el desarrollo del presente proceso, tenemos que en la Audiencia de conciliación de fojas trescientos sesenta y dos, el juez ordenó que la parte demandante, demandado y los menores de edad acudan al equipo multidisciplinario a fin de que se efectúen las respectivas evaluaciones psicológicas y sociales; no obstante dicha admisión de pruebas, el emplazado no cumplió con ellos, por lo que mediante resolución obrante a fojas seiscientos siete, se hizo efectivo el apercibimiento decretado sobre el demandado, teniendo en

cuenta su conducta procesal; de otro lado, a fojas quinientos ochenta y seis obra el informe de la asistente social la cual señala que acudió al domicilio del demandado pero no la dejaron entrar, incluso, la Sala Superior, mediante resolución obrante a fojas seiscientos noventa y tres, convocó a una Audiencia Complementaria, para que concurra el demandado y los menores, sin embargo, dicha parte procesal tampoco asistió.

Sexto.- El juez, mediante sentencia obrante a fojas seiscientos cuarenta y tres, su fecha treinta y uno de julio de dos mil ocho, declara infundada la demanda interpuesta por Deysy Nefritti Monier Candia, en consecuencia, fija un régimen de visitas para la demandante, sustentando su decisión, fundamentalmente, en que los niños cuya tenencia se solicita viven mayor tiempo con su padre demandado, conforme se aprecia de la constancia policial de fojas treinta y siete corroborado con el informe social de la demandante de fojas cuatrocientos noventa y dos a cuatrocientos noventa y cuatro, en el cual se consigna que la demandante trató de ocultar su verdadero domicilio al trasladar inicialmente a la asistente social al inmueble donde reside su madre y su hermana y no aquella, para después de ser exhortada por la profesional del Equipo Multidisciplinario reconocer que domicilia en otro sitio cercano, trasladando recién ahí a la señorita asistente social; asimismo, en la evaluación psiquiátrica de la demandante, ella misma manifiesta que: “La tenencia yo no la puedo tener, porque sería muy terrible para ellos, acostumbrarse a una persona que nunca han visto, pero yo quiero pasar tiempo con ellos, yo sé que ellos necesitan de mí, tener a su mamá, yo los quiero, solo quiero que me vean (...)”; agregando que si bien no se pudo actuar los informes psicológicos y sociales de los niños y del demandado por falta de colaboración de aquel, ni se ha podido tampoco tomarles su declaración para conocer su opinión, sin embargo, tampoco obra prueba alguna que acredite que tal convivencia les resulte perjudicial, por lo que desestima el petitorio de tenencia y custodia de la demandante.

Sétimo.- Apelada dicha decisión, la Sala Superior revoca la sentencia antes mencionada otorgando la tenencia y custodia de los menores en cuestión a la demandante, basando su decisión en el desinterés y falta de colaboración por parte del padre de los menores inclusive ante el requerimiento de dicha Sala Superior, debiendo considerarse dicha conducta procesal, ya que no posibilitó en su oportunidad que se practique las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado, así como su negativa a acceder a que los niños concurran a las audiencias programadas por ambas instancias, a fin de escucharlos y poder considerar su opinión, así como sus mejores condiciones de desarrollo, habiendo asumido, en consecuencia, una actitud de obstrucción a la actuación de la prueba, imposibilitando que el órgano jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efecto de lograr un desarrollo psicosocial adecuado; de otro lado, la Sala Superior aprecia de las evaluaciones psiquiátrica y psicológica efectuadas a la demandante que esta no presenta ninguna anomalía en su personalidad que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos.

Octavo.- Es pertinente señalar que el derecho al debido proceso establecido en el artículo 138, inciso 3) de la Constitución se integra, entre otros, por el derecho a obtener una resolución fundada en razones suficientes que expresen de manera clara las consideraciones jurídicas y fácticas que la justifican. Esto es concordante con lo señalado el inciso 3) del artículo 122 del Código Procesal Civil que prescribe la obligatoriedad de que las resoluciones judiciales contengan la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, a lo que se añade el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De este modo la exigencia de la motivación es

un deber para los jueces y una garantía para quienes son destinatarios de las decisiones judiciales, ya que por medio de ellas se puede conocer y evaluar que las mismas son consecuencia, de una valoración razonable y racional de los elementos de hecho y de derecho que concurren en el proceso. La motivación, por lo tanto, es un mecanismo de control del razonamiento judicial y por ende de legitimación de la función judicial.

Noveno.- Respecto del caso materia de autos se tiene que el recurrente denuncia que la decisión de la sentencia impugnada en casación tiene como motivación (sin considerar otros elementos de prueba) lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil, que establece que “El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios”. Tal conclusión se ha obtenido porque el demandado durante el curso de proceso no habría posibilitado que se practiquen las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado, así como su negativa a acceder a que los niños concurran a las audiencias programadas.

Décimo.- De la interpretación de la regla establecida en el artículo 282 del Código Procesal Civil antes señalada, se desprende que el juez tiene la facultad de extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, cuando estas asuman una conducta que entorpezca la actividad probatoria. Sin embargo, la referida norma no faculta al juez a fundar su decisión solo en las conclusiones obtenidas en el ejercicio de esa facultad. Y es que el juez debe valorar todos los medios probatorios (incluida la conclusión obtenida en virtud del artículo 282 antes mencionado) en forma conjunta conforme el artículo 197 del Código Procesal Civil. Al efecto, valorar implica evaluar la aceptabilidad de las informaciones válidamente aportadas al proceso a través de los medios de prueba con la finalidad, conforme lo establece el artículo 188 del Código Procesal citado de “producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”. Por lo tanto, la motivación de la decisión judicial debe tener como base la convicción generada por la evaluación conjunta de los medios de prueba, de lo contrario bastaría en todo proceso judicial una conducta obstruccionista de la parte, para que el Juez obtenga convicción, prescindiendo así de todo el caudal probatorio, perdiendo sentido toda la actividad judicial dirigida a actuar medios probatorios.

Undécimo.- No es posible, como hace la Sala de mérito, sostener un razonamiento probatorio esencialmente en aplicación de lo previsto por el artículo 282 del Código Procesal Civil, como si estuviésemos frente a un tipo de pretensión en la que solamente el demandado tuviese la carga de la prueba, dado que en una materia, como es la de tenencia y custodia de menor debe evaluarse las condiciones ofrecidas por ambas partes, en este caso, tanto el padre como la madre, para que así, a la luz del interés superior del niño pueda resolverse por lo más conveniente para el menor, de tal manera, que una pretensión de tal complejidad, no puede resolverse en la mera y automática aplicación de un precepto legal como el mencionado artículo 282 del Código adjetivo, casi al modo de un sistema de prueba tasada.

Duodécimo.- De otro lado, con relación a que se ha amparado demanda de tenencia y custodia en un “supuesto arrebato de los niños” basado en la constatación policial de fojas quince, documento sobre el cual se declaró fundada la tacha interpuesta, se tiene que en la resolución recurrida, en la parte final de su considerando cuarto se describe que “(...) en forma violenta, se los arrebató de su poder, llevándoselos en un auto, conforme detalla la denuncia policial ante la Comisaría PNP de Chorrillos”; no obstante, tal narración de hechos se refiere a lo alegado por la propia parte demandante y no constituye la *ratio*

decidendi de la sentencia que, como se ha venido diciendo, se sustenta de manera vertebral en la aplicación del artículo 282 del Código Procesal Civil.

4. DECISIÓN: Por estas consideraciones y en aplicación de lo establecido por el numeral 2.1 del artículo 396 del Código Procesal Civil. Declararon: **a) FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas setecientos diecisiete por don Ismael López Arias y; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista obrante a fojas setecientos cuatro del quince de diciembre de dos mil ocho. **b) ORDENARON** el reenvío de los autos a la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fin de que emita nueva decisión de acuerdo a las consideraciones vertidas en esta resolución. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* bajo responsabilidad; en los seguidos por Deysy Nefritti Monier Candia contra Ismael López Arias, sobre tenencia y custodia de menor.

SS. TÁVARA CÓRDOVA, IDROGO DELGADO, ÁLVAREZ LÓPEZ, VALCÁRCEL SALDAÑA

El secretario de la Sala que suscribe certifica: que los señores Jueces Supremos Távora Córdova y Valcárcel Saldaña vuelven a suscribir su voto que fueron efectuados el veintinueve de octubre del dos mil nueve y quince de marzo del dos mil diez respectivamente, los mismos que obran a fojas treinta y cuatro y cincuenta y seis de este cuaderno formado en este Supremo Tribunal; el señor Juez Supremo Idrogo Delgado no vuelve a suscribir su voto que fuera efectuado a fojas treinta y cuatro de fecha veintinueve de octubre del dos mil nueve, por encontrarse laborando a la fecha en la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Lima, doce de mayo del dos mil diez.

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ VALCÁRCEL SALDAÑA, ADEMÁS DE LOS SUSCRITOS SON LOS SIGUIENTES:

Primero.- Que, es preciso señalar que la presente controversia versa sobre la demanda de tenencia y custodia obrante de fojas veintiuno a veintisiete, interpuesta el treinta de abril de dos mil dos, por doña Deysy Nefritti Monier Candia, en su condición de madre de los menores XXX y ZZZ, los que, según afirma, le fueron arrebatados por el progenitor y ahora demandado don Ismael López Arias.

Segundo.- Que, en el caso de autos, es de verse que la Juez del Vigésimo Juzgado Especializado de Familia, mediante sentencia -Resolución número doscientos noventa y uno, corriente de fojas seiscientos cuarenta y tres a seiscientos cuarenta y ocho, su fecha treinta y uno de julio de dos mil ocho, al amparo de la norma contenida en el artículo 84, inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, argumentando que los menores viven mayor tiempo con su padre, que las demás pruebas actuadas no enervan dicha afirmación y que no obra prueba alguna que acredite que tal convivencia les resulta perjudicial, ha desestimado la precitada demanda.

Tercero.- Que, fundamenta su decisión en la Constancia Policial que corre a fojas treinta y siete; así como, en el Informe Social que obra de fojas cuatrocientos noventa y dos a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, en el que se refiere que la actora vive en un departamento pequeño junto a su actual pareja y en lo manifestado por dicha parte en la Evaluación Psiquiátrica practicada: “La tenencia no la puedo tener porque sería muy terrible para ellos,

acostumbrarse a una persona que nunca han visto, pero quiero pasar tiempo con ellos, yo sé que ellos necesitan de mí, tener a su mamá, los quiero, solo quiero que me vean (...)”

Cuarto.- Que, apelada dicha decisión, la Sala Superior, por Resolución sin número, obrante de fojas setecientos cuatro a setecientos siete, dictada el quince de diciembre de dos mil ocho, revoca la recurrida y reformándola, declara fundada la demanda, ordenando que la tenencia sea ejercida por la madre de los menores, sustentando su decisión en las opiniones emitidas en la Evaluación Psiquiátrica número cero cinco uno tres siete nueve -dos mil siete-PSQ, así como, en el Informe Psicológico número dos mil doscientos cincuenta y cuatro - cero siete -MCF-EM-PSI, en lo que se concluye que la actora presenta personalidad de rasgos normales y que no se encuentran razones psicológicas que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos; considerando, además, la conducta procesal del demandado, quien no posibilitó, en su oportunidad, se le practique la pericia psicológica dispuesta por el Juzgado, así como, su negativa a acceder que los niños concurren a las audiencias programadas por la Judicatura en las dos instancias, asumiendo así, una actitud de obstrucción de la prueba, imposibilitando que el órgano jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efectos de lograr un desarrollo psicosocial adecuado.

Quinto.- Que, al respecto, en el Considerando Sexto, especifica que de fojas trescientos sesenta y dos a fojas trescientos sesenta y siete, se verifica que el juzgado, en la Audiencia Única de fecha dieciocho de abril de dos mil siete, dispuso de oficio, que la demandante, el demandado y los niños, acudan ante el Equipo Multidisciplinario, para sus evaluaciones psicológicas y sociales; requiriéndose al demandado por Resolución obrante a fojas cuatrocientos seis, su fecha doce de junio de dos mil siete, notificada según cargo de fojas cuatrocientos cuarenta y siete, para que dentro del plazo de tres días de notificado cumpla con apersonarse, debiendo asimismo, trasladar a los niños ante el Equipo Multidisciplinario, bajo apercibimiento de tomar en cuenta su conducta procesal de conformidad a lo dispuesto por el antes citado artículo; reiterándose el mandato para la realización de las visitas y examen psicológico de las partes, en el acto de Continuación de la Audiencia, cuya acta corre de fojas cuatrocientos cincuenta y dos a cuatrocientos cincuenta y tres; agregando que si bien por Resolución número cuarenta y ocho, corriente a fojas seiscientos siete, su fecha cinco de mayo de dos mil ocho, se dispuso prescindir de dicha actuación, sin embargo, a criterio del Colegiado se expidióla Resolución obrante a fojas seiscientos cuarenta y tres, su fecha veintisiete de octubre de dos mil ocho, por la que se convocó a una Audiencia Complementaria a realizarse el dieciocho de noviembre de dos mil ocho, a fin de escuchar la opinión de los menores, no concurriendo el demandado conforme consta a fojas setecientos dos, encontrándose debidamente notificado; señala, además, que la parte demandada ha demostrado falta de interés y colaboración con la obtención de la finalidad de los medios probatorios que establece el artículo 282 del Código Procesal Civil; concluyendo, en el Noveno Considerando, luego de transcribir el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que la tenencia la ejerza la actora, correspondiendo señalar al padre, un régimen de visitas.

Sexto.- Que, contra la precitada decisión, el demandado don Ismael López Arias, interpone recurso de casación; declarando esta Sala Suprema, procedente el mismo, según Resolución expedida el once de mayo de dos mil nueve, solo por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, alegando el recurrente que la resolución de vista no se encuentra debidamente motivada sobre las pruebas de la accionante, sino por la

aplicación del artículo 282 del Código Procesal Civil, debido a la inasistencia del demandado a la Audiencia Complementaria, no obstante que en la primera instancia dicha prueba fue prescindida y los niños fueron entrevistados por la Asistente Social que se constituyó al domicilio del demandado, no existiendo pronunciamiento al respecto; basándose en un supuesto falso arrebato de los niños, sustentado en la constatación policial contra la cual se formuló tacha, resultando fundada la misma.

Sétimo.- Que, de lo antes expuesto, se advierte que la Sala de mérito no emite valoración alguna respecto a las opiniones emitidas por los especialistas en relación a la personalidad de la demandante, pero si califica de obstruccionista a la obtención de la finalidad de los medios probatorios, el contenido procesal de la conducta del demandado, es decir, considera esta, como oclusiva de la fase probatoria, decidiendo conceder el ejercicio de la tenencia de los menores a la actora, sin tener en cuenta que dicho comportamiento “constituye un motivo subsidiario, del cual el juez puede valerse solo cuando concurra con otros motivos de la misma o diversa índole, con las condiciones exigidas por la ley”, esto es, requiriéndose en el caso que se demande la tenencia, entre otros presupuestos, que quien la pretenda, obviamente, pueda asumir, real y efectivamente la responsabilidad de ejercerla, lo que corresponderá determinarse por la Sala, acorde a lo actuado en el proceso; por tales razones, **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Ismael López Arias, según escrito que corre de fojas setecientos diecisiete a setecientos veintiuno, consecuentemente, **NULA** la sentencia de vista obrante de fojas setecientos cuatro a setecientos siete, expedida por la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, el quince de diciembre de dos mil ocho; **ORDENÁNDOSE** a la Sala Superior, que expida nuevo fallo, acorde a las consideraciones vertidas.- En los seguidos por doña Deysy Nefritti Monier Candia con don Ismael López Arias sobre tenencia y custodia de menor.- Lima, quince de marzo de dos mil nueve.

S. VALCÁRCEL SALDAÑA

EL FUNDAMENTO DEL VOTO EN DISPREPANCIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS PALOMINO GARCÍA, CASTAÑEDA SERRANO Y SALAS VILLALOBOS es como sigue: con los acompañados; vista la causa en audiencia pública de la fecha, y producida la votación correspondiente; emite la siguiente sentencia:

CONSIDERANDO:

Primero.- La doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el solo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, lo que se conoce como el debido proceso en su dimensión procesal o adjetiva; en tanto que el debido proceso sustantivo no solo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa.

Segundo.- Examinados los argumentos de este medio impugnatorio, se advierte que el impugnante cuestiona la motivación de la resolución objeto del presente recurso, denunciando una deficiente valoración de las pruebas, pues según afirma, dicha resolución se sustenta solo en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil,

por la inasistencia del demandado a la audiencia complementaria; pese a que dicha prueba fue prescindida, y los niños fueron entrevistados por la asistente social, asimismo, sostiene que se ha amparado su demanda de tenencia basado en un supuesto falso “arrebato de los niños”, según constatación policial contra la cual se interpuso tacha que fue declarada fundada.

Tercero.- Para efectos de determinar si en el presente caso se han infringido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, relativa a la valoración de las pruebas, es necesario hacer las siguientes precisiones. La demandante, Deysy Nefriti Monier Candia, en su condición de madre, solicita la tenencia y custodia de sus menores hijos, XXX y ZZZ, de tres y dos años de edad, respectivamente, los mismos que le fueron arrebatados por el progenitor, Ismael López Arias. Entre las peticiones de su demanda, sostiene que contrajo matrimonio con el demandado el siete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, ante la Municipalidad Distrital de San Miguel, Provincia y Departamento de Lima, en el que procrearon a los mencionados menores de edad. Manifiesta que en el hogar conyugal se presentaron problemas; por lo que el día trece de marzo del dos mil uno, el emplazado se llevó las cosas personales de la actora a la casa de su madre en Chorrillos, para luego hacer una falsa denuncia de abandono injustificado del hogar conyugal; desde esa fecha hasta la actualidad se encuentran separados de hecho. Sostiene que el dieciocho de marzo del dos mil uno, el propio demandado le entregó a los niños y para evitar problemas no le exigió que cumpliera con su obligación alimenticia, es por ello que aquel accedió a que la recurrente tuviera la tenencia y custodia de los menores; sin embargo, señala que en el mes de octubre del dos mil uno, la demandante comenzó a pedirle que cumpliera económicamente; sin embargo, el demandado se tornó agresivo, por lo que se vio obligada a demandarlo por alimentos el veintiocho de diciembre del dos mil uno. Sostiene que el quince de enero del dos mil dos, el demandado en forma violenta le arrebató a sus hijos, siendo que desde esa fecha no los puede ver; añade que los menores no se encuentran en buen estado, pues se quedan con la abuela paterna de setenta años de edad, corriendo peligro, ya que cualquier accidente que pudiera ocurrir no tendrían la atención oportuna por la edad de la abuela.

Cuarto.- Por su parte, el demandado contesta y contradice la demanda, sosteniendo que la demandante ha sido una madre desnaturalizada, pues en realidad su hogar decayó por la conducta de adulterio, violencia psicológica, moral y hasta física de la actora hacia aquel y sus hijos, lo que hizo insostenible la vida en común. Manifiesta que la actora abandonó el hogar conyugal el trece de marzo del dos mil uno, llevándose solo sus prendas personales, manifestando respecto de sus hijos que si les faltaba algo que le comunicaran a la casa de Chorrillos, por lo que demandó el divorcio por causal de adulterio contra aquella. Precisa que sus hijos siempre han estado debidamente atendidos por aquel, que no solo sustentaba los gastos del hogar sino que hasta en las noches y madrugadas se despertaba para atenderlos, mientras que la demandante no se preocupaba porque no era maternal, sino fría hasta indiferente e inclusive en algunas oportunidades era agresiva, violenta hasta con sus hijos. Agrega que los días diecinueve de marzo y veintiocho de abril del dos mil uno, ambos padres suscribieron un acuerdo privado respecto de los niños; sin embargo, la demandante no cumplía con sus obligaciones de madre, pues continuaba desatendiendo a sus hijos y persistía en su conducta adulterina, por cuanto salía con dos hombres. Afirma que el diecisiete de diciembre del dos mil uno, la demandante le entregó voluntariamente a sus dos hijos y desde esa fecha hasta la actualidad los tiene consigo en su domicilio; añade que ha sido el quien le solicitaba a la recurrente para que aquella pueda ver a sus hijos, pues cuando esta

se quedaba con ellos no los cuidaba sino los dejaba con extraños, y por los peligros existentes, siempre aquel le reclamaba.

Quinto.- En el desarrollo del presente proceso, tenemos que en la Audiencia de Conciliación de fojas trescientos sesenta y dos, el juez ordenó que la parte demandante, demandado y los menores de edad acudan al equipo multidisciplinario a fin de que se efectúen las respectivas evaluaciones psicológicas y sociales; no obstante dicha admisión de pruebas, el emplazado no cumplió con ellos; por lo que mediante resolución obrante a fojas seiscientos siete, se hizo efectivo el apercibimiento decretado sobre el demandado, teniendo en cuenta su conducta procesal; de otro lado, a fojas quinientos ochenta y seis obra el informe de la asistente social la cual señala que acudió al domicilio del demandado pero no la dejaron entrar e, incluso, la Sala Superior, mediante resolución obrante a fojas seiscientos noventa y tres, convocó a una Audiencia Complementaria, para que concurra el demandado y los menores, sin embargo, dicha parte procesal tampoco asistió.

Sexto.- El juez, mediante sentencia obrante a fojas seiscientos cuarenta y tres, su fecha treinta y uno de julio del dos mil ocho, declara Infundada la demanda interpuesta por Deysy Nefritti Monier Candia, en consecuencia, fija un régimen de visitas para la demandante, sustentando su decisión, fundamentalmente, en que los niños cuya tenencia se solicitan viven mayor tiempo con su padre demandado, conforme se aprecia de la constancia policial de fojas treinta y siete, corroborado con el informe social de la demandante de fojas cuatrocientos noventa y dos a cuatrocientos noventa y cuatro, en el cual se consigna que la demandante trató de ocultar su verdadero domicilio al trasladar inicialmente a la asistente social al inmueble donde reside su madre y su hermana y no aquella, para después de ser exhortada por la profesional del Equipo Multidisciplinario reconocer que domicilia en otro sito cercano, trasladándose recién ahí a la señorita asistente social; asimismo, en la evaluación psiquiátrica de la demandante, ella misma manifiesta que “La tenencia yo no la puedo tener, porque sería muy terrible para ellos, acostumbrarse a una persona que nunca han visto, pero yo quiero pasar tiempo con ellos, yo sé que ellos necesitan de mí, tener a su mamá, yo los quiero, solo quiero que me vean (...)”; agregando que si bien no se pudo actuar los informes psicológicos y sociales de los niños y del demandado por la falta de colaboración de aquel, ni se ha podido tampoco tomarles su declaración para conocer su opinión, sin embargo, tampoco obra prueba alguna que acredite que tal convivencia les resulte perjudicial, por lo [que] desestima el petitorio de tenencia y custodia de la demandante.

Sétimo.- Apelada dicha decisión, la Sala Superior revoca la sentencia antes mencionada, otorgando la tenencia y custodia de los menores en cuestión a la demandante, basando su decisión en el desinterés y falta de colaboración por parte del padre de los menores, inclusive ante el requerimiento de dicha Sala Superior, debiendo considerarse dicha conducta procesal, ya que no posibilitó en su oportunidad se practique las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado, así como la negativa a acceder a que los niños concurran a las audiencias programadas por ambas instancias, a fin de escucharlos y poder considerar su opinión, así como sus mejores condiciones de desarrollo, habiendo asumido, en consecuencia, una actitud de obstrucción a la actuación de la prueba, imposibilitando que el Órgano Jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efecto de lograr un desarrollo psicosocial adecuado; de otro lado, la Sala aprecia de las evaluaciones psiquiátrica y psicológica efectuadas a la demandante que esta no presenta ninguna anomalía en su personalidad; por lo que no se encuentra razones psicológicas que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos.

Octavo.- Sobre el particular, debemos observar que en materia probatoria, nuestro sistema procesal regula el principio de valoración libre de las pruebas, regulado en el numeral 197 del Código Procesal Civil, según el cual: “Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. En virtud del glosado numeral, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en litis. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la valoración de la prueba es función privativa del tribunal de instancia, a cuyo criterio debe estarse, salvo que el mismo sea notoriamente irracional.

Noveno.- Examinada la resolución objeto del presente recurso, los que suscriben la presente resolución advierten de que no se evidencia la supuesta deficiente valoración de las pruebas, toda vez que la Sala Superior sustenta su decisión, básicamente, en la propia conducta del demandado, quien no cooperó con el órgano jurisdiccional, por lo que aplicó el apercibimiento decretado por el juzgador mediante resolución obrante a fojas cuatrocientos seis, la misma que nunca fue cuestionada por el impugnante; e, inclusive, la Sala Superior requirió al demandado, mediante resolución obrante a fojas seiscientos noventa y tres, a fin de que asistiera conjuntamente con los menores de edad a una audiencia complementaria, lo cual tampoco cumplió. De otra parte, el impugnante sostiene que la Sala Superior se habría sustentado en un supuesto “arrebato de los niños”; sin embargo, dicha alegación del demandado no tiene base real, pues como se ha anotado el Colegiado basa su razonamiento en la conducta no cooperante por parte del recurrente ante ambas instancias de mérito y además en la acreditación de que la demandante no presenta ningún inconveniente para ejercer la tenencia de los menores.

Décimo.- En suma, los Magistrados que suscriben esta resolución llegan a la conclusión de que no se evidencia la aludida contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, relativa a la valoración de las pruebas; por lo tanto, el presente medio impugnatorio debe ser declarado infundado. Por tales consideraciones de conformidad con la opinión del Fiscal Supremo en lo Civil y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Ismael López Arias; en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista obrante a fojas setecientos cuatro, su fecha quince de diciembre de dos mil ocho, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; en los seguidos por Deysy Nefritti Monier Candia con Ismael López Arias sobre tenencia y custodia de menor.

SS. PALOMINO GARCÍA, CASTAÑEDA SERRANO, SALAS VILLALOBOS

El secretario de la Sala que suscribe certifica: que los señores Jueces Supremos Palomino García y Salas Villalobos vuelven a suscribir su voto que fuera efectuado el veintidós de setiembre del dos mil nueve, el mismo que obra a fojas cuarenta y uno de este cuaderno formado en este Supremo Tribunal; el señor Juez Supremo Castañeda Serrano no vuelve a suscribir su voto que fuera efectuado en los mismos folios antes señalados, por encontrarse laborando a la fecha en la Corte Superior de Justicia del Callao. Lima, doce de mayo del dos mil nueve.

CASACIÓN Nº 3281-2006-LAMBAYEQUE (El Peruano, 31-01-2007)

Lima, siete de noviembre de dos mil seis

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; vista la causa número tres mil doscientos ochenta y uno guión dos mil seis, con el acompañado, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia;

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante María de la Flor Rojas Noriega contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y siete a ciento setenta y ocho, su fecha siete de julio de dos mil seis, emitida por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que revoca la sentencia apelada de fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cuarenta y ocho, su fecha once de enero del mismo año, que declaró fundada la demanda y ordena que la actora ejerza la tenencia de su menor hijo XXX; y reformándola, declara infundada dicha demanda; dejando a salvo el derecho de la actora para que lo ejercite en la forma de ley, respecto del régimen de visitas.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: La Sala, mediante resolución de fecha catorce de septiembre de dos mil seis, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; al haber argumentado la impugnante que la sentencia de vista recurrida contiene error *in iudicando* al hacer una errada interpretación de la Ley aplicable y muestra “una acomodación prevaricante”, invocando el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes; al no haberse considerado los medios probatorios ni la aplicación del artículo 81 del Código citado.

3. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el derecho al debido proceso es un conjunto de garantías de las que goza el justiciable, tales como la tutela jurisdiccional efectiva, la observancia de la jurisdicción y de la competencia predeterminada por la Ley, la pluralidad de la instancia, la motivación y la logicidad de las resoluciones, así como el respeto a los derechos procesales de las partes.

Segundo.- Que, la causal de inobservancia del debido proceso se configura cuando en el desarrollo de la actividad jurisdiccional se ha vulnerado los derechos procesales de las partes, se han omitido o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Tercero.- Que, la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos; siendo la tenencia un atributo de la patria potestad.

Cuarto.- Que, en ese sentido, cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos y, en caso de no existir acuerdo, la tenencia se resolverá judicialmente, conforme lo prescriben los artículos 81 y 83 del Código de los Niños y Adolescentes, tomando además en consideración lo dispuesto en el artículo 85 del acotado, que obliga al juzgador a escuchar la opinión del niño.

Quinto.- Que, del mismo modo, de acuerdo con el artículo VIII del Título Preliminar del Código anotado, en toda medida concerniente al menor que adopte el Estado se considerará el interés superior del niño y el adolescente, y el respeto a sus derechos.

Sexto.- Que, el interés superior es un principio que garantiza con primacía la satisfacción de los derechos del menor; y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión administrativa que afecte al niño o al adolescente.

Sétimo.- Que, la actora doña María de la Flor Rojas Noriega pretende mediante su demanda la tenencia y custodia de su menor hijo XXX, de nueve años de edad; alegando principalmente que mantuvo con el demandado una convivencia de diez años aproximadamente; durante la cual procrearon al citado menor; empero se separó de su conviviente por los maltratos físicos y psicológicos que recibía del mismo; dejando a su menor hijo con su abuela paterna; no obstante el demandado le niega la posibilidad de ver a su hijo. Concluye que el demandado no tiene trabajo estable, siempre ha incumplido con su deber de padre, ha influenciado en su menor hijo para que la odie y no cumple con el Acta de Compromiso asumido ante el representante del Ministerio Público, con fecha veintinueve de marzo de dos mil cinco.

Octavo.- Que, en la sentencia de vista impugnada se aprecia que para disponer que el demandado ejerza la tenencia del menor XXX, el Colegiado ad quem se sustenta en lo expresado por este último en la audiencia única de fecha primero de septiembre de dos mil cinco, cuya acta obra a fojas cuarenta y cinco, donde ha declarado “que quiere seguir viviendo con su papá y que su mamá solo le visite”; “que su papá le ayuda en sus tareas y que le paga las clases de un ingeniero”; así como se sustenta en el informe socioeconómico número veintiocho guión dos cinco obrante a fojas noventa, y en el protocolo de pericia psicológica número diez mil seiscientos dieciséis - dos mil cinco - PSC, obrante a fojas ciento veintiocho a ciento veintinueve, por lo que resulta inexacta e inviable la afirmación de la recurrente respecto a que la sentencia de vista recurrida contiene el error *in iudicando* alegado; más aún, cuando se advierte que dichas alegaciones están orientadas a provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios y del aspecto fáctico del proceso, y a cuestionar los motivos que formaron la convicción del Tribunal de mérito, lo que no es permisible en vía de casación; de ahí que también son excluidos aquellos hechos que la impugnante en forma unilateral estima probados con la finalidad de que la pretensión contenida en su demanda sea amparada; además, se anota que en los mismos argumentos de la recurrente subyace una causal por error *in iudicando*, denunciada mediante una causal por error *in procedendo*, lo cual tampoco es viable.

Noveno.- Que, asimismo, en la propia sentencia de vista se ha establecido, por el mérito de la prueba actuada, que no se encuentran probados los hechos alegados en la demanda, resultando insuficiente la certificación policial de folios cuatro para acreditar que la demandante se retiró del hogar por los “continuos maltratos físicos y psicológicos”, habiendo quedado probado con la constancias de fojas veintiocho que el demandado presta servicios como maestro soldador en la empresa “Juárez Construcciones Metálicas”, conclusión que no puede ser modificada en vía de casación, puesto que ello implicaría una variación en la valoración probatoria, propósito que es ajeno a los fines del recurso de casación.

Décimo.- Que, si bien es cierto que las principales conclusiones a las que llega la pericia psicológica de la demandante obrante a fojas ochenta y seis a ochenta y ocho, consisten

en que no se encuentran indicadores psicopatológicos que estén repercutiendo con su estilo de vida cotidiana, y que percibe su realidad en forma objetiva y real del mundo externo, también lo es que, la facultad del juzgador de disponer que el hijo permanezca con el padre, es discrecional, siendo que al haberse valorado en segunda instancia el deseo del niño cuya tenencia se discute en el presente proceso, de permanecer con su referido padre, no se ha vulnerado el artículo ochenta y cinco del Código de los Niños y Adolescentes, sino que se ha resuelto atendiendo al interés superior del niño; no configurándose, por tanto, la causal denunciada.

4. DECISIÓN: Que estando a las conclusiones arribadas, de conformidad con lo opinado en el Dictamen Fiscal Supremo; y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil: **a)** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento ochenta y ocho, interpuesto por doña María de la Flor Rojas Noriega, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento setenta y siete a ciento setenta y ocho, su fecha siete de julio de dos mil seis, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. **b)** **EXONERARON** a la recurrente de la multa de ley y de las costas y costos del recurso, por gozar de auxilio judicial; en los seguidos con don Dante Fernández Bereche, sobre tenencia y custodia de menor. **c)** **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; actuando como Vocal Ponente el señor Carojulca Bustamante; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PEÑA,
MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES

CASACIÓN Nº 3147-2001-LIMA

Lima, 16 de setiembre de 2002

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa en Audiencia Pública el día de la fecha, y producida la votación de acuerdo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente Recurso de Casación la sentencia de vista de fs. 795, su fecha 20 de julio de 2001, expedida por la Sala Especializada de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el extremo que, revocando la sentencia apelada declara fundada en parte la demanda de fs. 56 y consecuentemente, dispone que la tenencia del menor XXX será ejercida por su padre el demandante Joseph Simon Bernard Pain; e infundada la demanda acumulada interpuesta por Dante Ramón Fuertes.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución de fecha 25 de enero del año en curso se ha declarado procedente el Recurso de Casación interpuesto por Dante Gregorio Ramón Fuertes por las causales previstas en el inciso 1 del artículo 386 del C.P.C. consistentes en; a) La aplicación indebida del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y b) La interpretación errónea del artículo 81 del mismo Código.

CONSIDERANDO:

Primero.- El impugnante en casación aduce que la norma contenida en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que regula el principio del interés superior del niño y adolescente, ha sido aplicada indebidamente por la Sala de Familia, ya que no ha considerado el derecho del menor de permanecer bajo la tenencia de sus abuelos maternos. La norma cuestionada como impertinente establece que 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 interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos. Para determinar la pertinencia o no de dicho precepto deben examinarse los hechos expuestos en la sentencia impugnada.

Segundo.- En efecto, la sentencia de vista considera que no se ha probado fehacientemente que el padre del menor no cuente con capacidad tanto moral y material para poder asumir la tenencia del menor XXX, y por ende solventar los gastos para el desarrollo del mismo y que si bien el menor ha manifestado su deseo de vivir con sus abuelos, también debe entenderse esto como un elemento referencial y no como algo contundente para resolver el conflicto suscitado dada la edad del menor, puesto que tal como es de verse del tenor de las traducciones oficiales de las cartas remitidas por la difunta madre del menor revelan una relación amorosa, armoniosa y cordial, sin insinuar siquiera maltrato, desavenencia o desatención por parte del demandante, tomándose en cuenta además las declaraciones testimoniales de las personas con quienes la familia Pain-Ramón desenvolvían sus actividades habituales en Francia, donde se afirman hechos en la contestación de la demanda.

Tercero.- En el caso de autos aparece de la sentencia de vista que se ha aplicado adecuadamente el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes al considerarse dentro de su fundamentación el interés superior del niño y el respeto a sus

derechos, toda vez que quien demanda la tenencia del menor es el padre biológico don Joseph Simon Bernard Pain. Por consiguiente mal puede denunciarse como impertinente dicha norma.

Cuarto.- El segundo extremo de Recurso de Casación se sustenta en la causal de interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que el impugnante hace consistir en que la Sala ha interpretado erróneamente esta norma pues no hay separación de hecho de los padres y que estos no se pueden poner de acuerdo, ya que la madre ha fallecido y no se ha tenido en cuenta el parecer del menor de vivir al lado de sus abuelos que le prodigan cariño y amor, acudiendo con todo lo necesario para su subsistencia y educación, además el menor ha convivido mayor tiempo con su abuelo materno y no con su padre, quien no cuenta con un trabajo estable que le permita tener solvencia económica para contribuir a la subsistencia de su menor hijo. La citada norma establece que, cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el 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.

Quinto.- Para determinar si la norma cuestionada ha sido interpretada correctamente o no al caso de autos se debe tener en cuenta que es materia de controversia la tenencia del menor XXX encontrándose de un lado su padre biológico don Joseph Simon Bernard Pain, quien además tiene el derecho a la patria potestad sobre su menor hijo, y de otro lado el abuelo materno don Dante Gregorio Ramón Fuertes. Que el menor XXX es huérfano de madre, por lo que la Sala Superior ha resuelto con arreglo a la segunda parte de la norma, interpretándola en su real sentido, careciendo de sustento la causal de interpretación errónea de una norma de derecho material.

Sexto.- Como consecuencia de los argumentos precedentes se llega a la conclusión que el Recurso de Casación debe declararse infundado por las causales de aplicación indebida e interpretación errónea de una norma de derecho material.

DECISIÓN: Por las consideraciones precedentes de conformidad con lo opinado por el Fiscal Supremo Civil y en aplicación del artículo 397 del C.P.C.; **a) DECLARARON INFUNDADO** el Recurso de Casación de fs. 802, interpuesto por Dante Gregorio Ramón Fuertes; en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fs. 795, su fecha 20 de julio de 2001, expedida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima. **b) CONDENARON** al recurrente a la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originadas en la tramitación del recurso. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Joseph Simon Bernard Pain sobre tenencia de menor; y los devolvieron.

SS. VÁSQUEZ V., CARRIÓN L., TORRES CARRASCO, CARRILLO H., QUINTANILLA Q.

CASACIÓN N° 1066-01-HUaura

Lima, primero de octubre de dos mil uno

LA SALA TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Vista la causa número mil sesentiséis - dos mil uno, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO; Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Francisca Judith Dámaso de Salazar contra la sentencia de vista de fojas ciento sesenticuatro, su fecha trece de marzo del presente año, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que confirmando la apelada de fojas setentidós, fecha el veintinueve de diciembre del dos mil, declara infundada en parte la demanda;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Corte Casatoria, mediante resolución suprema del trece de junio del dos mil uno, ha estimado procedente el recurso por la causal casatoria prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es, por la contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso, pues alega la impugnante que las instancias de mérito sustentan y/o falsean los fundamentos de su sentencia, ya que en ambos casos no se ha sustentado en pruebas del demandado, quien se allana a la demanda, contraviniéndose el inciso quinto del artículo ciento treintinueve de la Constitución; indica que, en una oportunidad el padre de la menor no la regresó el día que habían acordado por lo que tuvo que denunciarlo ante la autoridad; indica también que si bien el padre de la menor colabora con su manutención también lo es que la mayor cantidad de gastos son asumidos por ella; también señala que la vista que motivó el informe social, fue efectuada por una amiga del codemandado y en donde no obra la firma de los entrevistados;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, es principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo establece el inciso tercero del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado;

Segundo.- Que, la causal de contravención del debido proceso es sancionada ordinariamente con la nulidad procesal, entendida esta como el estado de anomalía del acto procesal, originado en la carencia de alguno de los elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido;

Tercero.- Que, en el caso de autos, la pretensión versa sobre tenencia y custodia, por lo que estando al principio de especialidad de la norma, resultan de aplicación las disposiciones contenidas en el Código de los Niños y Adolescentes;

Cuarto.- Que, la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, regulado en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes;

Quinto.- Que, las instancias de mérito han declarado infundada la demanda en el extremo de la tenencia de la menor Fiorella Mercedes Bardales Polo, por considerar que no existe razón ni causal alguna que justifique que la citada menor sea separada de su padre, tanto más si este se preocupa por su hija y la acude con una pensión mensual, además que el

ambiente familiar de la menor al lado de sus abuelos maternos no es el más apropiado, debido a su estrechez para el número de personas que la habitan;

Sexto.- Que, sin embargo, tanto el juez de la causa como la Sala de mérito no han considerado que el padre de la referida menor tiene un nuevo compromiso, con quien la accionante ha tenido problemas que originaron la interposición de una denuncia por violencia familiar a raíz de un juicio de alimentos que esta entablara;

Sétimo.- Que, al desestimarse la demanda de tenencia y custodia interpuesta por la accionante, abuela materna de la menor mencionada, queda abierta la posibilidad de que esta última sea llevada al domicilio de su padre, por lo que resulta imprescindible la realización de un informe social de su hogar a efectos de que se decida lo más conveniente para la menor, teniendo en consideración el interés superior de la misma; que estando a las conclusiones arribadas y con lo expuesto en el dictamen fiscal, en aplicación de lo establecido por el inciso segundo, apartados dos punto tres, del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil; declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento noventicinco, interpuesto por doña Francisca Judith Dámaso de Salazar; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista expedida por Sala Mixta de Huaura; e **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas setentidós, de fecha veintinueve de diciembre del dos mil; ordenaron que el juez de la causa expida nueva sentencia previa realización del informe social señalado en el sétimo considerando; **DISPUSIERON** publicar la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por doña Francisca Judith Dámaso de Salazar contra don Raúl Elvis Yanac Quillay y otro, sobre tenencia y custodia; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA A.; LAZARTE H.; ZUBIATE R.; BIAGGI G.; QUINTANILLA Q.

Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Personas. Derecho Civil I*. 15ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales, Lima, 2008.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- BAROFFIO, Natalia y GARCÍA SANTAS, Carlos. “Responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos”. En: *Revista de Derecho de Daños, Daños en las Relaciones de Familia*. Rubinzal-Culzoni Editores, 2001-2.
- BELLUSCIO, Augusto. “Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre”. En: *La Ley*, 2002-D.
- BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1974.
- BERBERE DELGADO, Jorge Carlos y HAISSINER, Liliana. “El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental”. En: *La Ley*, 17/08/2011.
- BORDA, Alejandro. “La capacidad”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- CANALES TORRES, Claudia. “Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia”. En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014.

- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en: <<http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>>.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Editorial Studium, Lima, 1987.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XI, Primera Parte, Tomos I y III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1998.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco, Lima, 1983.
- DIAZ ALABART, Silvia. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)”. En: *Revista de Derecho Privado*. Mayo - Junio, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Uthea, México, 1947.
- GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima, 2008.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GORDILLO, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos, Madrid, 1986.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vaddell Hermanos, Caracas, 2001.

- LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho de Familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- MAZEAUD Henry, Jean y León. *Derecho Civil (Obligaciones)*. Tomo I. Traducción Luis Andorno. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997.
- MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- NAYMARK, M.S. y ADAN CANADAS, F. *Diccionario Jurídico Forum*. Tomo II, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1947.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo III, Derecho de Familia, Segunda Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Derecho Civil*. Primera serie, Volumen 8, Biblioteca Clásicos de Derecho, Oxford University Press, 1999.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. *Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Con la colaboración de Claudia Canales Torres. Gaceta Jurídica y Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2012.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados”. En: *Revista de Derecho de Familia*. Nº 15, Lex Nova, Valladolid, abril de 2002.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Astrea, Buenos Aires, 1998.

Índice general

ÍNDICE GENERAL

Introducción	5
--------------------	---

CAPÍTULO I: Patria potestad: Generalidades

I. Definición	8
II. Características	12
III. Objetivo	14
IV. Naturaleza jurídica	15

CAPÍTULO II: Titularidad de la patria potestad

I. Sujetos	17
1. Padres	18
2. Hijos	18
2.1. Hijos matrimoniales	19
2.2. Hijos extramatrimoniales	19
II. Clases de patria potestad	20
1. De acuerdo a la titularidad	20
1.1. Patria potestad compartida	20
1.2. Patria potestad exclusiva	20
2. De acuerdo a su ejercicio	21
2.1. Sistema de ejercicio conjunto	21
2.2. Sistema de ejercicio compartido o indistinto	22
2.3. Sistema de ejercicio exclusivo	26

CAPÍTULO III: Relaciones jurídicas en el ejercicio de la patria potestad

I.	La guarda	29
1.	Tenencia	30
2.	Régimen de visitas	36
2.1.	Finalidad.....	36
2.2.	Naturaleza jurídica	37
2.3.	Características	38
2.4.	Titulares.....	39
2.5.	Requisitos para su establecimiento	42
2.6.	Forma de determinación.....	44
2.7.	Facultades.....	44
2.8.	Casos especiales.....	45
2.9.	Limitación	45
2.10.	Penalidades por su incumplimiento	46
3.	La educación	47
4.	La corrección.....	48
5.	Asistencia	49
6.	Prestación de servicios	52

CAPÍTULO IV: Tipos y sujetos de la tenencia

I.	De acuerdo a su ejercicio.....	53
1.	Tenencia conjunta.....	53
2.	Tenencia compartida	53
3.	Tenencia exclusiva o separada	54
II.	De acuerdo al tiempo	54
1.	Tenencia definitiva	54
2.	Tenencia provisional	55
III.	Sujetos de la tenencia.....	56
1.	Sujetos activos.....	56
2.	Sujetos pasivos	56

CAPÍTULO V: Determinación de la tenencia

1.	Por acuerdo	57
2.	A falta de acuerdo	57
3.	Los abuelos asumen el cuidado del nieto en los casos específicos e incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando el derecho a la identidad y el relacionamiento paterno-filial del hijo	58

CAPÍTULO VI: Otorgamiento de la tenencia

I.	Criterios para el otorgamiento de la tenencia	61
----	---	----

CAPÍTULO VII: Variación o modificación de la tenencia

I.	La variación de la tenencia	85
II.	La modificación de la tenencia	89

CAPÍTULO VIII: Restricciones y terminación de la patria potestad

I.	Restricciones	93
1.	Pérdida	93
2.	Privación	97
3.	Limitación	97
4.	Suspensión	98
II.	Extinción	106
III.	Restitución	108
IV.	Algunas cuestiones procesales	109

Anexos	113
Bibliografía	191
Índice general	197

