

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
TRANSITORIA**

CASACIÓN 1252-2015 LIMA NORTE

Lima, cuatro de mayo de dos mil dieciséis.- LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil doscientos cincuenta y dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia.-----

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, que declaró infundada la demanda interpuesta y fija el régimen de visitas a favor de Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes, respecto a su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; y la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro es quien debe tener al menor, disponiendo que el demandante le entregue al menor dentro del tercer día de notificado con la sentencia; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor.-----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta del presente cuadernillo, de fecha trece de julio de dos mil quince, ha estimado procedente el recurso de casación referido por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material. El recurrente denuncia: A) Indebida aplicación de los artículos 418 y 423 inciso 5 del Código Civil: Señala que si bien el artículo 418 del 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 que es el derecho a la tenencia y custodia del menor, el Ad quem no ha tomado en cuenta la opinión del menor expresada en la audiencia complementaria de fecha diez de julio de dos mil trece; B) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes: Norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, puesto que la Sala Superior no ha considerado el extremo de la citada norma en cuanto dispone que se determine la tenencia tomando en consideración el parecer del menor, por cuanto, a lo largo de la declaración de éste, ha hecho alusión, de que quiere quedarse bajo la custodia de su padre. Ello se debe a que, como se encuentra acreditado en autos, la madre abandonó a su menor hijo para irse a vivir con una tercera persona, hecho que no ha sido desacreditado a lo largo del proceso; C) Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú: Alega que la sentencia de vista ha perjudicado su derecho en beneficio de la demandada, máxime si ella no apeló la sentencia. La doctrina nacional e internacional es unánime al prescribir que no se puede reformar la sentencia de manera peyorativa para la única parte apelante, es decir, el Ad quem ha incurrido en reformatius in peius, la Sala Superior sólo pudo reformar la sentencia a favor del recurrente y no en contra como ha ocurrido en el presente caso, al haber concedido la tenencia de su menor hijo a la parte demandada. De la simple lectura del proceso se puede constatar que la demandada se limitó a solicitar la tenencia compartida, por ende, al otorgársele la tenencia total de su menor hijo, el recurrente alega encontrarse frente a un fallo extra petita, pues la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no

han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorgan conceptos o derechos que no forman parte del petitorio de la misma y menos, se fijó como punto controvertido la tenencia a favor de la parte contraria. El fundamento central para sancionar el fallo extra petita en nuestro sistema procesal radica en que constituye éste una infracción al debido proceso contemplado en la norma antes citada.-----

CONSIDERANDO:-----

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación sub examine es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que a fojas diecisiete Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes interpone demanda contra Olga Sayas Toro solicitando que se le otorgue la tenencia y custodia del menor hijo de ambos Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas. Como fundamentos de su demanda sostiene que contrajo matrimonio con la demandada el dieciocho de noviembre de dos mil, ante la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, procreando al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, quien se encuentra viviendo con el demandante; con fecha uno de noviembre de dos mil doce, su esposa (demandada) hizo abandono de hogar, puesto que se involucró sentimentalmente con otra persona, dejando al menor en su poder, motivo por el cual el recurrente se encarga de su cuidado, sin que la madre tenga participación alguna. Existe incertidumbre respecto a la tenencia del menor, ya que la demandada podría arrebatárselo, lo que pondría en peligro su integridad física y psicológica. Que, por existir discrepancia y falta de acuerdo en cuanto a cuál de los padres debe ejercer la tenencia del menor es que interpone la demanda con el fin de que el juzgado determine el mejor derecho de uno de los progenitores.-----

----- SEGUNDO.- Tramitada la demanda según su naturaleza, el A quo, mediante sentencia de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, declara infundada la demanda; fija a favor del demandante un régimen de visitas, el cual deberá efectuarse los días martes y jueves desde las cuatro de la tarde hasta las seis de la noche, en el hogar materno sin externamiento; y el primer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al día siguiente (domingo) al hogar materno a las seis de la tarde; asimismo, el tercer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al hogar materno al día siguiente (domingo) a las seis de la tarde. Como fundamentos de su decisión sostiene que si bien ambos progenitores no se encuentran incapacitados para ejercer la tenencia del menor; sin embargo, siendo relevante crear seguridad al menor, así como brindarle un hogar en el cual no se le manifieste la negatividad del progenitor ausente, sino por el contrario, coadyuvar al mejoramiento de las relaciones parentales; siendo ello así, estando a que de las pruebas se desprende que el menor estaría siendo influenciado en forma negativa contra la progenitora, corresponde cambiar el ambiente del mismo, y que si bien el demandante señala que la demandada mantiene una relación con una tercera persona con conductas negativas, sin embargo, del informe social no se advierte que dicha persona conviva con la demandada; más aún, la accionada ha señalado en su declaración de parte estar arrepentida de dicha relación, reclamando sólo a su hijo.-----

----- TERCERO.- Apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora, mediante sentencia de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, la confirma y, además, la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro sea quien tenga al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; en consecuencia, dispone que el demandante entregue al mismo dentro del tercer día de notificado con la sentencia; bajo apercibimiento de ejecución forzada. Como sustento de su decisión manifiesta que en virtud a los informes sociales practicados en las

viviendas, tanto del demandante como de la demandada, así como también por los informes psicológicos practicados en ambos y en el menor, concuerdan con la Juez de la causa en el sentido que las conductas de aquéllos no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del menor, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos. De manera singular, se descarta que la demandada haya tenido -o tenga- conducta negativa para el menor. La denuncia policial de “abandono de hogar” interpuesta por el demandante queda enervada con las denuncias y actuaciones policiales y judiciales interpuestas en su contra por la demandada. Éstas revelan que la agredió físicamente en repetidas ocasiones, dando lugar a su retiro del hogar conyugal. Para definir la controversia, si bien se debe tomar en cuenta la opinión del niño, como dispone la ley, en el caso de autos ello no debe ser determinante, por cuanto, en la audiencia respectiva el menor ha señalado “(...) mi papá me ha dicho que diga que me quiero quedar con él (...)”, lo que refleja que -dada su capacidad limitada de discernimiento- ha sido influenciado por su padre (demandante). En tal contexto, en aplicación del principio del interés superior del niño invocado, al no existir una situación negativa para que la demandada tenga a su menor hijo, y aún cuando ella no ha formulado reconvencción en ese sentido, pero que al contestar la demanda ha expresado dicho interés, lo que ha sido sometido al contradictorio, en aplicación del principio de flexibilización del principio de congruencia en asuntos de derecho de familia establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio Civil, integrando la sentencia por omisión, se debe decidir porque la tenencia del menor sea ejercida por la demandada. El ejercicio de ese derecho debe ser facilitando el contacto físico y moral permanente del menor con su padre, conforme al régimen de visitas establecido en la apelada.-----

CUARTO.- Conforme se ha anotado precedentemente, el recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material, debiendo absolverse, en primer lugar, las denuncias de carácter procesal, de modo que si se declara fundado el recurso por esta causal deberá verificarse el reenvío, no teniendo objeto, en tal caso, el pronunciamiento respecto a la causal sustantiva.-----

QUINTO.- En tal sentido, en su denuncia de carácter procesal contenida en el apartado C) el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, por cuanto la sentencia de vista contiene un fallo extra petita. Al respecto, debe indicarse que estaremos ante un fallo de tal cualidad cuando el órgano jurisdiccional otorga un derecho que no había sido solicitado en la demanda. En el caso sub examine, el demandante Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes solicitó en su demanda que se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, a fin de ejercerla en forma exclusiva. Luego, efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, ésta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida. Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.-----

SEXTO.- Sobre el particular debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio Ad quem ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que

ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos.-----

----- SÉTIMO.- En consecuencia, se verifica la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso del recurrente, en los términos antes descritos, lo cual conlleva la nulidad de la sentencia recurrida, en atención a lo dispuesto por el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil, correspondiendo al Ad quem renovar el acto procesal viciado, es decir, emitir nueva sentencia, de conformidad con las consideraciones previamente vertidas. Cabe agregar que, en atención a lo establecido en el considerando cuarto de la presente resolución carece de objeto pronunciarse sobre la denuncia de contenido material.

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho; por consiguiente, CASARON, la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; en consecuencia, NULA la misma; ORDENARON a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo. S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA