



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS

**“LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU INCIDENCIA EN LOS
PROCESOS DE TENENCIA Y REGIMEN DE VISITA DE
MENORES DE EDAD, QUE CONCLUYEN EN LA CORTE
SUPREMA DE LA REPUBLICA VIA RECURSO DE
CASACION, AÑO 2021”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

AUTOR:

BACHILLER: CARMEN ROSAMERY MONTAÑO GIRALDO

ASESOR:

MG. MARCIAL ASPAJO GUERRA

LIMA, SETIEMBRE 2022

Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 02-oct.-2023 12:19 p. m. -05

Identificador: 2183472166

Número de palabras: 30578

Entregado: 1

LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU
INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE
TENENCIA Y REGIMEN DE VISITA DE
MENORES DE EDAD, QUE CONCLUYEN
EN LA CORTE SUPREMA DE LA
REPUBLICA VIA RECURSO DE
CASACION, AÑO 2021 Por Carmen
Rosamery Montaña Giraldo

Índice de similitud

27%

Similitud según fuente

Internet Sources:	27%
Publicaciones:	0%
Trabajos del estudiante:	N/A

14% match (Internet desde 10-dic.-2020)

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-1303-2016-Cajamarca-Legis.pe_.pdf

[Cajamarca-Legis.pe_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-1303-2016-Cajamarca-Legis.pe_.pdf)

4% match (Internet desde 14-jul.-2021)

https://derecho.usmp.edu.pe/biblioteca/vox_jurix/vox_juris_33.pdf

2% match (Internet desde 02-dic.-2020)

<https://idoc.pub/documents/patria-potestad-y-tenencia-d4pgk6re7wnp>

2% match (Internet desde 27-sept.-2016)

<https://www.scribd.com/document/317970542/Casacion-N%C2%BA-699-2015-Lima>

2% match (Internet desde 17-feb.-2018)

http://advocatus-peru.blogspot.com/2015_10_16_archive.html

2% match (Internet desde 27-mar.-2022)

https://upc.aws.openrepository.com/bitstream/handle/10757/656034/Merino_AK.pdf?isAllowed=y&sequence=3

2% match (Internet desde 29-oct.-2022)

<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10141/Montenegro%20Diaz%20Mildre%20Danays.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

FACULTAD DE DERECHOS Y CIENCIAS POLÍTICAS TESIS "LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE TENENCIA Y REGIMEN DE VISITA DE MENORES DE EDAD, QUE CONCLUYEN EN LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA VIA RECURSO DE CASACION, AÑO 2021" AUTORA: BACHILLER: CARMEN ROSAMERY MONTAÑO GIRALDO PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO ASESOR: MGTR. MARCIAL ASPAJO GUERRA LINEA DE INESTIGACION DERECHO DE FAMILIA LIMA, SETIEMBRE 2022 Dedicatoria: La presentes tesis se la dedico principalmente a Dios, por darme la fuerza necesaria de culminar esta meta. A mi familia gracias por su amor y apoyo y creer en mí, y a mis padres quienes me impulsaron a ser mejor cada, los quiero mucho. Agradecimientos: Agradezco a mi esposo Jorge y a mi hijo Jorge Emilio. A mis padres Cesar y Carmen Rosa, siempre han sido mis mejores guías de vida. A la Universidad Inca Garcilazo de la Vega por darme la oportunidad de estudiar y ser una profesional. También agradecer a mis profesores por sus conocimientos y rigurosos y precisos, en especial al Dr. Marcial Aspajo, por su paciencia y guía durante esta investigación. Índice Caratula 1 Dedicatoria 2 Agradecimiento 3 Resúmen 6 Abstract 8 Introducción 10 Capítulo I: Fundamentos Teóricos de la Investigación 1.1 Marco Teorico 11 1.2 Investigaciones 20 1.3 Marco Conceptual 26 Capitulo II: El Problema, Objetivos, Hipótesis y Variables 2.1 Planteamiento del Problema 2.1.1 Descripción de la Realidad Problemática 2.1.2 Antecedentes Teóricos 2.1.3 Definición del Problema 2.2 Finalidad y Objetivos de la investigación 2.2.1 Finalidad 2.2.2 Objetivos 2.2.3 Delimitación del estudio 2.2.4 Justificación e importancia del estudio 2.3 Hipótesis y variables 2.3.1 Variables e Indicadores 31 34 37 38 38 39 40 41 Capitulo III: Método, Técnica e Instrumentos 3.1 Población y muestra 3.2 Diseño (s) a utilizar en el estudio 3.3 Técnica (s) e instrumento (s) de Recolección de Datos 3.4 Procesamiento de datos 45 46 47 47 Capitulo IV: Presentación y Análisis de los Resultados 4.1 Presentación de Resultados 4.3 Discusión de Resultados Capítulo V: Conclusión y Recomendaciones 5.1 Conclusión 5.2 Recomendaciones 49 74 80 81 Bibliografías 82 Resúmen La presente investigación se ha titulado: "LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE TENENCIA Y REGIMEN DE VISITA DE MENORES DE EDAD, QUE CONCLUYEN EN LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA VIA RECURSO DE CASACION, AÑO 2021"; partimos de una realidad problemática, considerando que, en los procesos judiciales que se tramitan en los juzgados especializados de familia, tenemos el [fenómeno que suele ser común en los casos en los que se disputa la Tenencia o el Régimen de Visitas de los hijos: la alienación parental](#), en las audiencias se visualizan videos que las partes ofrecen como parte de su causal probatorio, que con ello pretenden obtener la tenencia de sus hijos, allí puede advertirse [detalles cómo un progenitor puede encaminar tendenciosamente la actitud de los hijos y ponerlos en contra del otro padre \(o madre\) a fin de obtener réditos con ellos y hacerse ver como un héroe y al otro u otra como el verdugo, el malvado; en otras audiencias, testimonios de niños o adolescentes que describen al padre o la madre de manera muy parcial y extrema - dependiendo a quién "deberán" defender o a quién denigrar](#); la investigación tiene como objetivo, determinar de como el síndrome de alienación

Dedicatoria:

La presentes tesis se la dedico principalmente a Dios, por darme la fuerza necesaria de culminar esta meta. A mi familia gracias por su amor y apoyo y creer en mi, y a mis padres quienes me impulsaron a ser mejor cada, los quiero mucho.

Agradecimientos:

Agradezco a mi esposo Jorge y a mi hijo Jorge Emilio.

A mis padres Cesar y Carmen Rosa, siempre han sido mis mejores guías de vida.

A la Universidad Inca Garcilazo de la Vega por darme la oportunidad de estudiar y ser una profesional.

También agradecer a mis profesores por sus conocimientos y rigurosos y precisos, en especial al Dr. Marcial Aspajo, por su paciencia y guía durante esta investigación.

Índice

Caratula	1
Dedicatoria	2
Agradecimiento	3
Resumen	6
Abstract	8
Introducción	10
Capítulo I: Fundamentos Teóricos de la Investigación	
1.1 Marco Teorico	11
1.2 Investigaciones	20
1.3 Marco Conceptual	26
Capitulo II: El Problema, Objetivos, Hipótesis y Variables	
2.1 Planteamiento del Problema	
2.1.1 Descripción de la Realidad Problemática	31
2.1.2 Antecedentes Teóricos	34
2.1.3 Definición del Problema	37
2.2 Finalidad y Objetivos de la investigación	
2.2.1 Finalidad	38
2.2.2 Objetivos	38
2.2.3 Delimitación del estudio	39
2.2.4 Justificación e importancia del estudio	40
2.3 Hipótesis y variables	
2.3.1 Variables e Indicadores	41
Capitulo III: Método, Técnica e Instrumentos	

3.1 Población y muestra	45
3.2 Diseño (s) a utilizar en el estudio	46
3.3 Técnica (s) e instrumento (s) de Recolección de Datos	47
3.4 Procesamiento de datos	47
Capítulo IV: Presentación y Análisis de los Resultados	
4.1 Presentación de Resultados	49
4.3 Discusión de Resultados	74
Capítulo V: Conclusión y Recomendaciones	
5.1 Conclusión	80
5.2 Recomendaciones	81
Bibliografías	82

Resumen

La presente investigación se ha titulado: “LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE TENENCIA Y REGIMEN DE VISITA DE MENORES DE EDAD, QUE CONCLUYEN EN LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA VIA RECURSO DE CASACION, AÑO 2021”; partimos de una realidad problemática, considerando que, en los procesos judiciales que se tramitan en los juzgados especializados de familia, tenemos el fenómeno que suele ser común en los casos en los que se disputa la Tenencia o el Régimen de Visitas de los hijos: la alienación parental, en las audiencias se visualizan videos que las partes ofrecen como parte de su caudal probatorio, que con ello pretenden obtener la tenencia de sus hijos, allí puede advertirse detalles cómo un progenitor puede encaminar tendenciosamente la actitud de los hijos y ponerlos en contra del otro padre (o madre) a fin de obtener réditos con ellos y hacerse ver como un héroe y al otro u otra como el verdugo, el malvado; en otras audiencias, testimonios de niños o adolescentes que describen al padre o la madre de manera muy parcial y extrema - dependiendo a quién “deberán” defender o a quién denigrar; la investigación tiene como objetivo, determinar de como el síndrome de alienación parental, incide en la etapa probatoria de los procesos de tenencia y régimen de visita que se tramitan en los juzgados de familia de Corte Superior de Justicia de Lima, el nivel de la investigación es exploratoria – descriptiva, diseño no experimental, con medición nominal de la variable, no se ha manipulado la variable, de la discusión de resultados, se ha concluido, que la alienación parental, incide en la etapa probatoria de los procesos de tenencia y régimen de visita, por cuanto, la manifestación de

denigración del hijo menor hacia uno de sus padres, se da en las entrevistas previas a la evaluación psicológica, y videos grabados por el padre que tiene la tenencia las que ofrece como medio de prueba en el proceso.

Palabras Claves: Alienación parental, tenencia, régimen de visita, Interés Superior del Niño.

Abstract

The present investigation has been entitled: PARENTAL ALIENATION AND ITS IMPACT ON TENURE PROCESSES AND VISIT REGIME OF MINORS, WHICH CONCLUDE IN THE SUPREME COURT OF THE REPUBLIC VIA CASSATION APPEAL, YEAR 2021"; We start from a problematic reality, considering that, in the judicial processes that are processed in the specialized family courts, we have the phenomenon that is usually common in cases in which the Tenure or Visitation Regime of the children is disputed: the parental alienation, in the hearings, videos are viewed that the parties offer as part of their evidence, which with this they intend to obtain custody of their children, there details can be seen of how a parent can bias the attitude of the children and put them against of the other father (or mother) in order to obtain returns with them and make himself seen as a hero and the other or another as the executioner, the wicked; in other hearings, testimonies from children or adolescents that describe the father or mother in a very biased and extreme way - depending on whom they "should" defend or whom to denigrate; The objective of the investigation is to determine how the parental alienation syndrome affects the evidentiary stage of the possession processes and visitation regime that are processed in the family courts of the Superior Court of Justice of Lima, the level of the investigation It is exploratory - descriptive, non-experimental design, with nominal measurement of the variable, the variable has not been manipulated, from the discussion of results, it has been concluded that parental alienation affects the evidentiary stage of the tenure and regime processes. visiting, since the manifestation of denigration of the minor son towards one of his parents, occurs in

the interviews prior to the psychological evaluation, and videos recorded by the father who has custody, which he offers as a means of proof in the process.

Keywords: Parental alienation, tenure, visitation regime, Best Interest of the Child.

Introducción

Al producirse la ruptura de hecho de la pareja, se producirán consecuencias inmediatas para la determinación en el caso de existir menores edad, su custodia y tenencia, pudiendo los progenitores optar en dar solución a su litigio a través de una conciliación extrajudicial (Ley N° 26872 y su modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1070), de un proceso judicial sobre Tenencia, (artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes), y, por último en una conciliación judicial (artículo 323° del Código Procesal Civil).

La tenencia, está ligada estrictamente al Interés Superior del Niño, buscando el libre desarrollo del niño, y que no sea alejado de sus progenitores, pilares fundamentales para su desarrollo, conforme se prevé en la Convención sobre los Derechos del Niño y adolescente, que contempla el derecho que tiene el menor de no ser separado de sus padres a menos que sea por su propio bien.

En el presente trabajo de investigación nos enfocaremos en el fenómeno de los casos en los que se disputa la Tenencia o el Régimen de Visitas de los hijos, y una de las partes utiliza como medio de prueba la alienación parental; las evidencias del fenómeno se dan en las audiencias de prueba donde se visualizan videos que una de las partes ofrece como parte de su caudal probatorio, con ello pretenden obtener la Tenencia de sus hijos, allí puede advertirse detalles cómo un progenitor puede encaminar tendenciosamente la actitud de los hijos y ponerlos en contra del otro padre (o madre) a fin de obtener réditos con ellos y hacerse ver como un héroe y al

otro u otra como el verdugo, el malvado; en otras audiencias, testimonios de niños o adolescentes que describen al padre o la madre de manera muy parcial y extrema - dependiendo a quién “deberán” defender o a quién denigrar.

La investigación tiene como objetivo, determinar de como el síndrome de alienación parental, incide en la etapa probatoria de los procesos de tenencia y régimen de visita que se tramitan en los juzgados de familia de Corte Superior de Justicia de Lima, la manifestación de denigración del hijo menor hacia uno de sus padres, se da en las entrevistas previas a la evaluación psicológica, y videos grabados por el padre que tiene la tenencia las que ofrece como medio de prueba en el proceso.

La investigación se ha desarrollado en 5 capítulos: Capítulo I, versa sobre los Fundamentos Teóricos de la investigación, se citan las bases teóricas de las dimensiones de las variables, y abarca también el marco conceptual de la investigación;

El capítulo II, se desarrolla el Planteamiento del problema, sus antecedentes, se trazan los objetivos, se especifican los alcances que se esperan obtener de la investigación, así como sus limitaciones, su justificación y se define las variables a utilizar en la investigación.

El capítulo III, se desarrolla el tipo y diseño de investigación, la población y muestra de investigación, las técnicas e instrumentas de recolección de datos.

El capítulo IV, se desarrolla la presentación de resultados obtenidos de la investigación.

Capítulo V, se desarrolla las conclusiones, recomendaciones, y bibliografías.

CAPÍTULO I:
Fundamentos Teóricos de la Investigación

1.1.- Marco Teórico

Howard (2014), nos dice que, el síndrome de alienación parental, se trata de una serie de comportamientos, artilugios o estratagemas que adopta una persona a la cual se le confió la custodia de sus hijos, destinados a obstaculizar o entorpecer infundadamente que se genere o conserve una relación afectiva estrecha con el otro padre (o su familia ampliada), de forma que en modo egoísta obran sobre la psiquis de aquéllos, provocando un apartamiento radical de la rama familiar que sólo tiene atribuido un régimen de comunicaciones y visitas. En tal sentido, en un contexto conflictivo derivado de la ruptura de la pareja que conformaban los padres, se encuentra un terreno potencialmente fértil para que se produzca el síndrome descrito, dado que el hijo es percibido por el padre custodio como un instrumento de poder destinado a satisfacer sus propias necesidades en daño del otro padre, que sufre, injustificadamente, el desprecio y el alejamiento del hijo. El desarrollo de esta patología, sobre cuya real existencia no existe acuerdo en la comunidad médico-científica, fue iniciada por el psiquiatra forense estadounidense Richard Gardner, a partir de 1985, para la que adoptó la denominación de Síndrome de Alienación Parental, habiéndola definido como un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Se trata de inculcaciones maliciosas que el custodio ejecuta sobre sus hijos, de modo que los mantiene

secuestrados psicológicamente, por lo que éstos están impedidos de comprender racionalmente la verdadera situación que subyace en la relación entre los mayores.

Fernández (2017) citando a Douglas Darnall, considera que la alienación parental se manifiesta a través de una serie de estrategias utilizadas por los padres que ejercen estos actos de alienación; siendo estas las siguientes: entregar información directa a los hijos sobre temas que fueron motivo de la separación o el divorcio y otros temas de pareja que no les incumben, y que por su edad no lo comprenden. Con ello, el padre alienador intenta manipular la declaración del niño cuando este manifieste su opinión en los tribunales; incumplir las órdenes dictadas por el tribunal o juzgado, incluso las acordadas por los mismos padres. Asimismo, mantener una conducta procesal maliciosa al presentar excesiva documentación que alargue innecesariamente su ejecución, con el propósito de afectar el derecho a la relación directa y regular del niño con el padre víctima de alienación; condicionar al hijo a través de conductas o comentarios alienantes como «si te vas a vivir con tu madre, ya no te quiero ver más» para generar un distanciamiento entre el progenitor víctima de alienación parental y el niño; acosar de manera reiterada al otro padre a través de amenazas, apariciones inesperadas a la casa familiar, excesivas llamadas telefónicas, entre otros, con la finalidad de conseguir el poder sobre su persona; utilizar al niño como espía para reunir información sobre el otro progenitor víctima de la alienación, generándole deslealtad, que mienta y que viole su confianza con el padre víctima de alienación parental; realizar de manera reiterada comentarios peyorativos y comparaciones sobre el otro progenitor, hasta acusarlo gravemente

de actos inexistentes; perturbar las visitas e impedir que el progenitor víctima de alienación realice actividades o mantenga acceso con su hijo.

Díaz (2015) define que, el Síndrome de Alienación Parental, consiste en que un progenitor vuelva a los hijos en contra del otro progenitor, es algo fácil de comprender; para ello, es importante reconocer cuales son algunos de los indicadores típicos que permitirían detectar síntomas del síndrome; algunos de esos indicadores son los siguientes: Impedimento por parte de uno de los progenitores a que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos; desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia del hijo, aludiendo a cuestiones de pareja que no tienen nada que ver con el vínculo parental; implicar al propio entorno familiar y a los amigos en los ataques al excónyuge, ex-pareja; subestimar o ridiculizar los sentimientos de los niños hacia el otro progenitor; incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor (basta con que los niños vean que esa actitud hace feliz a la madre o al padre, para ofrecer su dolor y así reconfortar al adulto alienador); influir en los niños con mentiras sobre el otro progenitor llegando a asustarlos; en los niños puede detectarse cuando éstos no pueden dar explicaciones absurdas e incoherentes para justificar el rechazo; y también si utilizan frases o palabras impropias de su edad, como diálogos similares o idénticos al del progenitor alienador, llegando incluso a recordar y mencionar situaciones que jamás han sucedido.

Concha (2001) señala, el principio del bienestar del menor, por ser un derecho de carácter consuetudinario, ha estado presente desde tiempos antiguos,

pero ha sufrido una importante evolución, que le ha permitido llegar al acabado concepto de “interés superior”, que conocemos hoy, al cual nos hemos estado refiriendo. La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye un hito trascendental, y el Estado ha asumido la obligación de respetarla y asegurar su aplicación, independientemente de la condición física, mental, económica, social o cultural del niño, beneficiando a aproximadamente un tercio de la población nacional, quienes al lograr desarrollar el máximo de sus capacidades y potencialidades como persona, con derechos y responsabilidades, podrán ser protagonistas de su propio desarrollo y conducir al mismo tiempo al desarrollo del país.

Quintero (2011) menciona que en el siglo XX se atestiguó una serie de cambios relacionados con el proceso de reconocimiento y protección de los derechos de la infancia (sobre todo sus últimos años). Sin embargo, desde principios de ese siglo aparecieron eventos y acontecimientos significativos en esta materia, entre ellos, la expresión de principios cuyo objetivo era lograr acuerdos a nivel internacional para la protección de tales derechos, por ejemplo, en 1924, la Sociedad de Naciones adopta en su V Asamblea el primer texto formal conocido como Declaración de Ginebra; más adelante, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptará la Declaración Universal de los Derechos del Niño”. (p. 57).

Gonzales (2011) señala que el concepto o término de “Interés Superior del menor” surge por primera vez en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo texto en su artículo tercero señala que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas

de bienestar social, tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor. (p. 27).

Wall (1994) señala que, hasta los principios del siglo XX, al producirse la disolución de un matrimonio, la custodia era otorgada en forma sistemática al padre, teniendo supuestamente en cuenta que el hijo se encontraría en las mejores condiciones económicas, quien, junto con la cónyuge, eran de su propiedad, de igual forma se produce cambios significativos relacionados con relación a la tendencia imperando la búsqueda del mejor interés para el menor.

Fariña (2000) menciona que después de la Segunda Guerra Mundial, el principio del mejor interés del menor empieza a cobrar fuerza. Por la Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959, las personas menores de edad comienzan a tener derecho propio, de forma personal e independiente a los de sus padres, lo cual dio lugar a la doctrina de los Tender Years, lo cual asume que los hijos pequeños deben de permanecer bajo el cuidado de la madre, al considerarse que es la persona que les va a proporcionar mejores cuidados; en razón a que las madres son las encargadas del cuidado de los hijos.

Pastor (1997) indica que un sector doctrinal y jurisprudencial apunta la crítica al vocablo guarda, y prefiere la expresión responsabilidad o tiempo compartido, entendiendo que aunque el niño o hijo viva con uno de los cónyuges, el otro participa al máximo en su vida y desarrollo.

Carlucci (2012) señala que la guarda compartida se visualiza como un derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial, derecho al que no se puede ni debe renunciar, nace de la familia y no del matrimonio, lo que supone que, tras la crisis, los derechos y responsabilidades de cada uno continúan siendo iguales a los que se tenían con anterioridad, salvaguardando el derecho a la vida familiar, que es presidido por el principio recto de Interés Superior del niño; el cual guarda relación, con lo desarrollado por Aguilar (2014), quien precisa que 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; La tenencia compartida se encuentra también regulada en Francia desde el año 2002, en España desde el año 2005, en Italia y en algunos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

Eugene (1980) manifiesta que en Roma, la patria potestad era el poder ejercido por el pater familias sobre todas las personas libres que constituían su familia. Él era “señor de todos” (autoritas patria, rezago del actual principio de masculinidad) y tenía una fuente de poder absoluto dentro de la estructura familiar. Eugene Petit indica que la potestad paternal significó un derecho riguroso y absoluto del jefe de familia, análogo a los actos del amo sobre el esclavo, que tenían sobre la persona y bienes de sus hijos.

Borda (2002) manifiesta que en el Derecho antiguo, la patria potestad más que un privilegio era una facultad, un poder, una atribución en favor del padre y revestía un carácter despótico, entrañando un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. El pater familias tenía sobre sus hijos el poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, estando autorizado a disponer de sus bienes; en él recaía la facultad de juzgarlos y condenarlos en judicicia privada.

Aguilar (2009), considera que, la institución de la Patria Potestad, es la más importante dentro de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia; deber-derecho de los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la Constitución Peruana de 1993 en su artículo 6, o el deber-derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo refrenda el artículo 418 del Código Civil. Ahora bien, tratándose de hijos dentro del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, en igualdad de condiciones, mientras que si se trata de hijos fuera del matrimonio, entonces el legislador alcanza al juzgador, elementos referenciales para conceder patria potestad a uno u otro, en el caso de que los padres extramatrimoniales no vivan juntos, criterios como el del reconocimiento del hijo, lo que nos lleva a inferir por contrario sensu que los padres que lo son por declaración judicial no ejercerán patria potestad, otros elementos están referidos a la edad y sexo de los menores, sin embargo, resulta siendo trascendental para conceder ejercicio de patria potestad, y en particular la tenencia, el principio del interés superior del niño o adolescente.

1.2.- Investigaciones

1.2.1 Antecedentes de investigaciones

1.2.1.1 Antecedentes Nacionales

Cornejo & Osis (2021), en su investigación titulada: “Regulación del Síndrome de Alienación Parental como prueba determinante en Procesos de Variación de Tenencia del distrito judicial, Arequipa-2020” se plantearon como objetivo establecer la influencia de la regulación del Síndrome de Alienación Parental como prueba determinante en los procesos de variación de tenencia del distrito judicial Arequipa 2020, toda vez que, el padre alienante manipula, denigra, priva y obstruye los vínculos paterno filiales entre padres e hijos, produciendo un grave daño en el desarrollo psico emocional de los menores. La metodología de investigación aplicada fue de tipo básica, con nivel descriptivo explicativo, diseño de teoría fundamentada, siendo la técnica empleada la recolección de datos la entrevista, la cual fue realizada a Jueces de Familia, Secretarios Judiciales y abogados especialistas en Familia, los cuales consideraron necesario la regulación del Síndrome de Alienación Parental como prueba más a evaluar de forma determinante para la variación de tenencia. Analizaron la jurisprudencia nacional identificando los criterios tomados en cuenta por los magistrados para la

determinación de la variación de tenencia a causa del Síndrome de Alienación Parental.

Watanabe, (2021), en su tesis, titulada: La prueba pericial del síndrome de alienación parental como causal para la suspensión de la patria potestad en sentencias judiciales, Lima 2021, su objetivo fue analizar la valoración de la prueba pericial del Síndrome Alienación Parental como influye en la suspensión de la patria potestad en las sentencias judiciales en los juzgados de familia de Lima Norte. abordó un enfoque cualitativo contando con una perspectiva epistemológica hermenéutica y un tipo de investigación básica descriptiva aplicando el diseño de la teoría fundamentada. Su población estuvieron conformados por ex-fiscales, abogados y psicólogos forenses que durante su experiencia profesional trataron casos de familia y con relación al tema abordado. Para la recolección de la información creó una entrevista estructurada que fue validada por un juicio de expertos; además que se revisó casaciones, normas judiciales, entre otros mediante un análisis documental. Concluyendo que la influencia que tiene la valoración de la prueba pericial del síndrome de alienación parental se encuentra en función a la perspectiva valorativa que le da cada juez, pero que en la gran mayoría de los casos tomara en cuenta el informe brindado por el profesional del área determinada debido a que brinda un gran apoyo y sustento en los casos donde se demanda la suspensión de la patria potestad por parte del progenitor agraviado hacia al progenitor alienador.

Montenegro (2022) en su investigación científica, titulada: Proponer la incorporación del síndrome de alienación parental para mejorar la variación de

tenencia en el código del niño y el adolescente; tuvo como objetivo, proponer la modificatoria al Art. 82 en la Ley 27337 para mejorar en la variación de tenencia en el Código del Niño y el Adolescente, el estudio fue cuantitativo, diseño no experimental, nivel explorativo, descriptivo y correlacional, su población fueron los jueces que deciden la variación de tenencia, fiscales y abogados de la región Lambayeque, siendo su muestra fue de 222 encuestas realizadas en los Juzgados de familia, del procesamiento de sus datos, su resultado fue que el 33.8% señala el incumplimiento del régimen de visitas, el 36% considera que se realiza en un entorno no adecuado y el 53.2% cree que existen nuevos elementos para decidir la variación de tenencia, evidenciándose una actitud obstaculizadora por parte del progenitor alienador en el 54.1% de los casos, por lo que el 42.8% está totalmente de acuerdo con formar el equipo multidisciplinario que determinará la existencia del Síndrome de Alienación Parental; para determinar la variación de tenencia se encontró que el 57.7% estuvo de acuerdo con una evaluación psicológica, el 35.1% totalmente de acuerdo, y el 59.9% estuvo en desacuerdo con que no existe ningún factor mitigante al momento de decidir la tenencia, el 13.5% estuvo en total desacuerdo; concluyendo que existe un desconocimiento respecto a la actividad y procedimientos judiciales en la determinación del Síndrome de Alienación Parental para la variación de tenencia, su incorporación en el Art. 82 de la Ley 27337 traerá celeridad en los procesos de tenencia y respeto al principio superior del interés del niño.

Morán (2016), en su tesis, titulada, El controvertido Síndrome de Alienación Parental como patología jurídica y sus implicancias en el binomio legal tenencia –

régimen de visitas en la legislación de familia, se propuso como objetivo de su investigación, buscar una solución que permita salvaguardar las relaciones paterno filiales tras la ruptura de pareja velando siempre por el interés de los hijos menores de edad involucrados, como ha reaccionado el Derecho ante esta situación de hecho y a que nos enfrentaremos en un futuro respecto al mencionado tema. Para ello, se realizó un estudio teórico el Síndrome de Alienación Parental desde un nivel interdisciplinario, tomo referencias de la psicología, la psiquiatría forense, la sociología entre otros, para ello realizó un análisis sistemático de diferentes autores, extranjeros en su mayoría. Finalmente, su investigación se planteo desde y para el Derecho de Familia, procurando una conexión con el resto de ramas del Derecho.

1.2.1.2 Antecedentes internacionales

Sánchez (2021) en su investigación realizada en el país de Colombia, cuyo título es: El síndrome de alienación parental como nueva forma de violencia intrafamiliar, describió que el síndrome de alienación parental ha sido definido por su precursor Richard Gardner, como un desorden que surge generalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños y adolescentes, por consecuencia de un divorcio o ruptura sentimental, donde uno de los padres de familia manipula la siquis de los hijos con el fin de perjudicar la relación parental de los menores de edad con el progenitor que propició la separación; en ese sentido, su investigación tuvo como objetivo demostrar que la alienación parental se constituye como un medio de violencia intrafamiliar; asimismo, interpretar en qué consiste la alienación parental inducida según los análisis jurisprudenciales realizados por las altas cortes de Colombia; a partir de ello, establecer cuáles son las consecuencias o efectos que

se derivan de la alienación parental inducida en el núcleo familiar; también identificar cómo se configura la violencia intrafamiliar en Colombia; y con ello, determinar qué alternativas ofrece la ley y la jurisprudencia colombiana a los operadores judiciales frente a la alienación parental inducida. De la misma forma, la finalidad de su investigación es estudiar el síndrome de alienación parental desde la perspectiva jurídica, para determinar en qué grado este fenómeno psicológico afecta la familia y particularmente a los niños y adolescentes.

Urrutia & Paredes (2021), en la ciudad de Guayaquil del país de Ecuador, realizaron la investigación, titulada: “Efectos del síndrome de alienación parental sobre deberes y derechos entre integrantes de familias disfuncionales”, realizaron un estudio de revisión bibliográfica, con el objetivo principal de determinar que en los conflictos familiares con frecuencia el padre que se considera afectada acude a la justicia ordinaria para resolver cuestiones relacionadas con alimentos, tenencia, patria potestad, régimen de visitas entre otros procesos judiciales. Consideran que los conflictos se inician con una serie de acontecimientos agresivos del progenitor que tiene a su cargo el cuidado y protección de los hijos, incitando al niño o adolescente a revelarse en forma negativa en contra del progenitor; en su artículo científico trataron del Síndrome de Alienación Parental, donde los hijos son manipulados por un cónyuge para ponerlo en contra del otro. Aplicaron el método analítico sintético; analizaron en partes las causas y los efectos del SAP, con el método jurídico descriptivo a través del cual se da a conocer la necesidad jurídica para tratar el SAP dentro de los juicios

familiares, proporcionaron una perspectiva más real del síndrome y a su vez proponer una posible solución.

Balladares (2022) en el país de Ecuador, realizó su investigación, con título: “Alienación parental y su relación con la vulneración al interés superior del menor”,

considero que, la filiación parental es la relación jurídica de parentesco que une a los padres con los hijos, a partir de la misma nacen derechos y obligaciones para ambas partes, estos son determinados a través de la normativa ecuatoriana, donde se desarrolla temas con respecto a la filiación. Aborda los derechos y obligaciones de esta relación jurídica, pues considera que pueden verse afectados por el síndrome de alienación parental, cuya finalidad es romper el vínculo de los padres con los hijos, que trae afectaciones al menor debido a que evidencia constantemente insultos o formas denigrantes en las que uno de los progenitores trata al otro, e incluso imposibilitándole las visitas por diversas circunstancias; fundamento su investigación jurídicamente con la necesidad de la instauración de esta figura una vulneración a los derechos tanto de los padres como de los hijos a una convivencia sana, armónica. Utilizo herramientas metodológicas científicas a través de la argumentación jurídica basada en doctrina y jurisprudencia que permitan esclarecer la trascendencia legal de la importancia de implementar a la alienación parental en la normativa jurídica especialmente en el Código de la Niñez y Adolescencia, así como sancionarla, tomo en consideración principios básicos y fundamentales como el interés superior del menor.

Juárez (2017), en el país de México, en su tesis titulada: La alienación parental como forma de cometer el delito de violencia familiar, su tipificación en el código penal de Puebla vigente en 2017; para su investigación, considero que la práctica de la alienación parental en Puebla es ampliamente conocida por jueces, agentes del Ministerio Público y abogados litigantes. Dicha conducta no está considerada como figura típica en la legislación penal vigente en su Estado, realizo un análisis de este fenómeno para poder plantearse su tipificación y sanción respectiva, con el fin de prevenir su incidencia, los efectos nocivos que ocasiona y en caso de ser detectada, aplicar los protocolos de protección correspondientes. Son varios los asuntos legales donde los padres se disputan la guarda y custodia de sus hijos. En muchos juicios de divorcio o incluso, durante la etapa de separación, el padre que conserva la guarda y custodia de facto, lleva a cabo sobre los hijos conductas consistentes en denostar, denigrar o desprestigiar al otro progenitor, tendientes a crear en la conciencia del menor una imagen negativa del padre que no tiene la custodia, manipulando mediante diversas estrategias su conciencia, esto con el fin de provocar en el hijo un rechazo injustificado hacia el otro padre, su investigación fue descriptiva, diseño no experimental, concluyo que, La práctica de la alienación parental representa una grave violación al principio del interés superior del niño, ya que dicha práctica vulnera los derechos de los infantes a un desarrollo armónico y a una convivencia con sus padres.

1.3 Marco conceptual

El Síndrome de Alienación Parental:

El Síndrome de Alienación Parental es una transformación de la conducta que se manifiesta en forma de rechazo de los hijos hacia uno de los progenitores. Se desarrolla durante o después, de un conflicto familiar, hasta llegar al extremo en que los hijos alienados pierden todo tipo de vínculo con uno de sus padres y con el círculo familiar extendido, esto es ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral (Urrutia & Paredes 2021).

Patria potestad

La naturaleza jurídica de la patria potestad se explica y fundamenta en el estado por el que atraviesa todo ser humano en la primera etapa de su vida, cuando no se halla en aptitud de proveer a su propia existencia, cautelar sus intereses ni defender sus derechos (Cornejo, 1999, p. 517). Por ello el niño necesita vivir en un ambiente familiar, por ser el entorno idóneo para la protección de sus derechos e intereses y para el desenvolvimiento de su personalidad; en ese orden de ideas, esta relación jurídica derivada de la filiación que establece en los progenitores autoridad sobre sus hijos, relacionada principalmente con la protección de sus derechos e intereses para su formación y cuidado. Ello es consecuencia del derecho natural y la función social que cumple la familia. La patria potestad tiene como finalidad lograr que el niño se desarrolle integralmente bajo el cuidado y crianza de sus progenitores, y se incorpore al seno de la sociedad en óptimas condiciones (Fernández 2017).

Tenencia:

Es un atributo exclusivo de la patria potestad, por lo que por regla general, quien goza de esta debe estar legitimado de una tenencia aunque surgen casos especiales, por ejemplo en la separación de cuerpos uno de los cónyuges se queda físicamente con el hijo, lo que no significa que el otro pierda la patria potestad, hay uno que tiene al hijo, es decir ostenta la tenencia, sin embargo ambos dirigen y supervisan su desarrollo (Peña 2016); en ese mismo sentido, es identificada como el derecho y el deber de los progenitores de mantener una convivencia inmediata y relación directa con los hijos para su cuidado y crianza. Asimismo, y de forma recíproca, es el derecho del hijo convivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca, para así lograr su desarrollo integral (Fernández 2017).

Régimen de Visitas:

El régimen de visitas forma parte de la relación jurídica familiar que identifica el derecho y el deber de los progenitores, que no gozan de la tenencia, de mantener un contacto directo e inmediato con sus hijos, cuando no existe una cohabitación permanente entre ellos, con la finalidad de fortalecer las relaciones paterno- filiales y lograr el desarrollo integral del niño. Asimismo, el régimen de visitas puede ser acordado de manera voluntaria por ambos progenitores, inclusive a través de un proceso de conciliación extrajudicial. Asimismo, puede establecerse a través de la sentencia judicial que resuelve los casos de separación de cuerpos, divorcio, nulidad o tenencia. Incluso, el juez tiene la facultad de otorgarlo de oficio ante la falta de solicitud de las partes, en consideración del interés superior del niño (Fernández 2017).

Derecho del niño a vivir en familia:

El Tribunal Constitucional peruano, a través del expediente N.º 01817-2009-PHC/TC del 7 de octubre de 2009, desarrolla que el derecho del niño a vivir en familia y a no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, identidad, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad y bienestar. Particularmente, el niño tiene derecho a una familia y a vivir con ella a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas (Fernández 2017).

Interés Superior del Niño y Adolescente:

El interés Superior del Niño se encuentra establecido en el artículo 3º de la Convención sobre los derechos de los niños y niñas, se define como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evaluación y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña; Los padres y madres son los principales garantes del interés de sus hijos e hijas, de donde se depende que estos se encuentran bajo la patria potestad de aquellos, en beneficio de los niños y niñas, con respeto a su integridad física y psicológica; se establece como obligación de los juzgadores y juzgadores resolver lo que más le favorezca al niño o niña (Contreras 2015)

Capitulo II: El Problema, Objetivos, Hipótesis y Variables

2.1 Planteamiento del Problema

2.1.1 Descripción de la Realidad Problemática.

El matrimonio instituye social y jurídicamente a la familia, a partir de su constitución los contrayentes procrean hijos, cuyo deber de patria potestad corresponde a ambos, con el pasar de los años, los padres entran en conflicto, afectando el estado emocional de los hijos, los mismos que intentan preservar una posición de equilibrio entre los padres, toda vez que, es inevitable que éstos se conviertan en observadores activos de lo que ocurre, ellos siguen queriendo a los padres.

La ruptura de la relación de los padres, no se contextualiza entre ellos, se extiende a un nuevo escenario, y esto es la disputa por la tenencia de los hijos, los hijos entran en una necesidad de asegurar cariño de, al menos, de uno de sus padres. La separación siempre es dolorosa y supone un claro riesgo de pérdidas afectivas, los hijos menores así lo entienden, por lo que reaccionan con natural

sentimiento de abandono respecto al progenitor que se va, lo que conllevan a un intenso apego hacia el progenitor que se queda y le piden protección.

El termino alienamiento se refiere a las fuerte preferencias hacia uno los progenitores que inevitablemente alejan a los hijos del otro, esta estrecha relación no necesariamente es el producto de actitudes manipulativas sino de la capacidad empática del progenitor con el que los hijos menores se alienan.

Bolaños, 2002, citando a Gardner (1985), señala que, el síndrome de alienación parental, es un desorden emocional que surge principalmente en el contexto de las disputas legales sobre la custodia de los hijos. Su manifestación primaria es la campaña de denigración de un hijo hacia uno de sus padres, una campaña que no tiene justificación, el padre “malo” es odiado y difamado verbalmente, mientras que el padre “bueno” es amado e idealizado, esto es el resultado de una combinación entre los adoctrinamientos de un padre “programador” y las propias contribuciones del niño para vilipendiar al padre.

Las cifras obtenidas de los censos nacionales de población y vivienda elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante INEI) evidencian el numeroso incremento de separaciones y divorcios tramitados e inscritos en el Perú, especialmente en el departamento de Lima, esta situación ha devenido en el aumento considerable del número de procesos de tenencia y de régimen de visitas en los últimos años, registrados principalmente en la Corte Superior de Justicia de Lima, en los mencionados procesos judiciales se manifiesta un problema al que la doctrina jurídica ha denominado alienación parental; para los Jueces de Familia de

la Corte Superior de Justicia de Lima, en el 70 % de los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas llevados por sus despachos, se determinaron indicadores que manifiestan la existencia de este problema.

En los procesos judiciales que se tramitan en los juzgados especializados de familia a nivel nacional y concluyen en la Corte Suprema de la Republica vía recurso de casación, tenemos el fenómeno de la alienación que suele ser común en los casos en los que se disputa la Tenencia o el Régimen de Visitas de los hijos: la alienación parental; tal es así que, en las audiencias se visualizan videos que las partes ofrecen como parte de su caudal probatorio, que con ello pretenden obtener la Tenencia de sus hijos, allí puede advertirse detalles cómo un progenitor puede encaminar tendenciosamente la actitud de los hijos y ponerlos en contra del otro padre (o madre) a fin de obtener réditos con ellos y hacerse ver como un héroe y al otro u otra como el verdugo, el malvado; en otras audiencias, testimonios de niños o adolescentes que describen al padre o la madre de manera muy parcial y extrema - dependiendo a quién “deberán” defender o a quién denigrar. Las entrevistas a los menores cuya tenencia o régimen de visitas se solicita, se les oye manifestar con quién viven y con quién desean vivir, con quién se sienten más identificados en su vida diaria, con qué padre se llevan mejor, qué sanciones reciben ante un hecho negativo, o qué estímulo ante algún acierto.

Cualquiera que haya sido la fórmula de la separación, si los cónyuges se encuentran en una relación nociva en la que cada uno pugna por el cariño de los hijos y proceden a disputárselos cual si fueran un trofeo de guerra, entonces podemos hablar del fenómeno de la Alienación Parental, manifestado, como se ha dicho, en

la intención expresa de un progenitor, de fundamentar su petitorio de la tenencia del menor, por enfrentar a éste en contra del otro, de modo que el hijo llegue a elaborar una actitud de enfrentamiento injustificado con aquél, este fenómeno también se extiende en una interferencia en el régimen de visitas que limita el derecho y deber de patria potestad de uno de los padres, así como contraviene el principio de interés superior del niño y del adolescente.

En ese sentido, el fenómeno a investigar, se enfoca en la alienación parental y su incidencia en los procesos de tenencia y régimen de visita de menores de edad, que se tramitan en los juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2.1.2 Antecedentes Teóricos

Segura, et al, (2006), como teoría del Síndrome de Alienación Parental, consideraron que, la definición sobre esta realidad, lo hizo Richard Gardner en 1985, que define el Síndrome de Alienación Parental, como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la tenencia y custodia de los niños. Su primera manifestación se inicia con una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado. Cuando el Síndrome de Alienación Parental entra en contacto con el sistema legal se convierte en un Síndrome Jurídico Familiar, en el que los abogados, jueces, peritos y otros profesionales vinculados adquieren responsabilidad en su continuidad. La negativa de los hijos adquiere auténtica trascendencia cuando se

expresa en un proceso judicial ante un juzgado, ya que se desencadenan entonces acusaciones, búsquedas de explicaciones y acciones encaminadas a resolver el problema que hace que la instancia judicial se convierta en parte para resolver el mismo, de tal manera que debamos incluirla como un elemento de vital importancia de los componentes del Síndrome. El sistema judicial, con la intervención de los letrados, por el privilegiado lugar que ocupan tanto para mantener como agravar el SAP podría incluirse dentro del maltrato institucional.

Suárez, (2011), citando a Gardner (1992) señalaron que, el autor identificó tres factores que contribuyen al desarrollo del Síndrome de Alienación Parental. Señala que el primero es el lavado de cerebro a través de actos sutiles o explícitos para programar mentalmente al niño en contra del otro progenitor, con críticas que pueden llegar a ser prácticamente delirantes. Emplean temas como la falta de aportación económica, exageración de problemas menores o acusaciones infundadas de maltrato. No se comparte la información escolar y se pretende alejar al otro progenitor del resto de la vida del niño. Además, se sienten víctimas de una persecución por parte del progenitor alienado, persecución que a su vez es usada como justificación para rechazarle, creando un argumento circular, que se cierra cuando éste incrementa sus esfuerzos para comunicarse con su hijo. Nos dice que, los niños experimentan factores emocionales durante el divorcio que posibilitan el desarrollo del Síndrome de Alienación Parental, existiendo diferente vulnerabilidad entre unos y otros. Existen factores del contexto que también favorecen el desarrollo del Síndrome de Alienación Parental, como la cantidad de tiempo pasada

con el padre alienante sin ver al otro, o la existencia de un hermano que sirva de modelo del rechazo.

Chávez, (2021), considera que, el síndrome de alienación parental, se focaliza en la conducta del progenitor alienador, que es él que sin justificación razonable transforma la conciencia de su hijo a través de múltiples estrategias, con la finalidad de dañar los vínculos con el otro progenitor del menor; esto significa que el padre que tiene la tenencia del menor al igual que la patria potestad manipula al niño, niña o adolescente para que este tenga odio hacia el padre que no tiene la tenencia o custodia, perjudicando al niño emocionalmente y generándole un daño psicológico, más aún si se toma en cuenta que el menor es obligado a sentir cólera, odio y rechazo hacia su otro progenitor que es o fue la figura más amada; en ese sentido, una vez que se encuentre consolidado el síndrome de alienación parental, propone se lleve a cabo un tratamiento para la recuperación de la salud psicológica de los menores y reestablecer el vínculo con el progenitor alienado, las terapias familiares pueden funcionar en la alienación leve, empero, hablando de un trastorno severo, considero que el menor debe ser separado del padre alienador a fin de no provocarle más daño y así poder trabajar tanto psicológicamente y judicialmente con el padre alienado y el menor bajo un control estricto de profesionales capacitados en este trastorno.

Respecto a la Tenencia como parte del derecho y obligación de la patria potestad, Llanos (2014), considera que, es un tema importante dentro del derecho de familia, al determinarse con quién 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.

Asimismo, Cartujo (1998), nos dice que, existen diferentes formas de llevar a cabo una relación de pareja en matrimonio o unión de hecho, podríamos sintetizar estilos conyugales diferentes a la hora de abordar la separación; lo cierto es que la pareja no se inventa una nueva relación durante la ruptura o tras ella; la esencia de las pautas interaccionales es la misma, adaptada a una nueva realidad y con diferentes niveles de intensidad; por tanto, se puede predecir cómo ciertas uniones en parejas irían más encaminadas hacia procesos legales contenciosos, donde el enfrentamiento en el órgano jurisdiccional sustituye al del hogar, o hacia acuerdos más civilizados, en función del estilo relacional que han ido negociando durante su convivencia. Diversos autores han tratado de describir varios tipos de ruptura relacionándolos con el grado de perturbación familiar posterior a la misma, las repercusiones en los hijos o los estilos de resolución de conflictos.

En esa correlación de ideas, Yaksic (2021), considero que, la responsabilidad parental es el conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño o la niña, que incluyen: cuidado, protección y educación; mantenimiento de las relaciones personales; determinación de la residencia; administración de la propiedad; y representación legal. O si se quiere, de un modo más simple, como aquellos derechos, deberes,

poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tienen el padre y la madre (o, en determinados casos, un tercero), en relación con el(la) niño(a) y sus bienes.

2.1.3 Definición del Problema

Problema principal

¿De qué manera, la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia y régimen de visita del menor de edad, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021?

Problemas Específicos

¿De qué manera, la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021?

¿De qué manera, la alienación parental incide en la etapa decisoria y decisoria de los procesos de régimen de visita, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021?

2.2 Finalidad y Objetivos de la Investigación

2.2.1 Finalidad

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad establecer que la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de

tenencia y régimen de visita, con método de investigación con enfoque cuantitativo, nivel descriptivo y diseño no experimental.

2.2.2 Objetivos:

Objetivo General

Determinar que la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia y régimen de visita del menor de edad, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021.

Objetivos Específicos:

Describir como la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021.

Describir como la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de régimen de visita, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021.

2.2.3 Delimitación del estudio

Delimitación espacial

La delimitación espacial de la presente investigación se reconduce a los procesos iniciados en juzgados de familia a nivel nacional y que concluyeron en las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, donde se escogió sentencias casatorias específicas, que resuelven las impugnaciones vía recurso extraordinario de casación, sobre los procesos de tenencia y régimen de visita en las que se ofrecieron pruebas los testimonios de los menores hijos.

Delimitación temporal

El presente trabajo de investigación se encuentra delimitado en espacio temporal del año 2010 a 2021 en que se resolvieron los recursos de casación.

Delimitación Social

La investigación se delimita en un contexto social de familia, respecto a conflictos de padres que se enfrentan por la tenencia y régimen de visita de sus menores hijos.

2.2.3 Justificación e Importancia del estudio.

Justificación Teórica

Desde un aspecto teórico, la presente investigación, generará nuevos conocimientos en la materia, ya que, en nuestro país, se tramitan procesos sobre tenencia y régimen de visita de menores hijos, en el cual se ofrece como medio de prueba el testimonio de los hijos o evaluaciones psicológicas con evidente alienación parental, la cual incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos.

Justificación Práctica

En el aspecto practico la presente investigación, se justifica, toda vez que, las interpretaciones de los resultados y discusión de resultados aportara en la aplicación de procesos en que se tramitaran o vienen tramitando en los órganos jurisdiccionales.

Justificación metodológica

La presente investigación, en el aspecto metodológico, se justifica, por cuanto, la estructura de la investigación en base a los objetivos, se definió el nivel, diseño, instrumentos de recolección de datos que servirán de orientación a futuros investigadores.

Justificación metodológica

La presente investigación, en el aspecto social, se justifica, por cuanto, los procesos judiciales de tenencia y régimen de visitas la promueven padres de familia, y la familia es núcleo esencial de la sociedad.

Importancia del estudio

La importancia de la investigación, se fundamenta, en el estudio del fenómeno de la alienación parental que significativamente incide en a la admisión y actuación de los medios de prueba, y consecuentemente, también incide en la decisión de los jueces, es decir, el fenómeno de la alienación parental, es un proceso de influencia

negativa en los hijos que los padres utilizan como instrumentos para beneficios propios o satisfacciones personales.

2. 3.1. Variables e indicadores

a) Variable 1

La alienación parental

b) Variable 2

Etapas probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita

Tabla 1 Operacionalización de variables

Variables	Dimensiones	Indicadores
------------------	--------------------	--------------------

<p>V1 La alienación parental</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Síndrome de alienación parental 2. Denigración del Progenitor 3. Transformación de la conciencia 4. Comportamiento hostil. 	<ul style="list-style-type: none"> - Tendencia a la manipulación. - Sentimientos de odio hacia el padre alienado - Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado. - Personalidad auto elaborada
--------------------------------------	--	--

<p>V2</p> <p>Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Petitorio sobre tenencia del hijo (a) 2. Régimen de visita al hijo. 3. Interés Superior del niño y adolescente. 4. Medios de prueba 	<ul style="list-style-type: none"> - La jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo (a) - La jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a). - Si las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente. - Informes que determinen la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas.
---	---	--

Capitulo III: Método, Técnica e Instrumentos.

3.1 Población y muestra

Según Fuentes et al., (2020) la muestra es una pequeña porción de la población en la que se realizó la investigación y los cuales tienen las mismas características y elementos comunes a los de la población, Hernández-Sampieri y Mendoza (2018) señalan que, cuando la cantidad de la población es desconocida es posible utilizar una muestra no probabilística

La población de la presente investigación está conformada por unidades de análisis documental que suman un total de cinco (05) sentencias en casación. Los demandantes en el proceso de tenencia y régimen de visitas, ofrecieron como medios de prueba videos, informes psicológicos practicados en los menores hijos que peticionan su tenencia y/o régimen de visita.

La población fue recolectada, por acceso a la información pública publicadas.

La muestra en la presente investigación es de 05 Sentencias en casación, en los cuales se evidencio la alienación parental en los menores hijos.

La muestra se conforma por 05 sentencias en casación.

Tabla 2. Detalle de la muestra

Orden	Número de Casación
1	Casación N° 2067-2010-Lima
2	Casación N° 3496-2016 – Lima
3	Casación N° 1384-2012-Ucayali
4	Casación N° 1961-2012-Lima
5	Casación N° 1303-2016-Cajamarca

3.2 Diseño a utilizar en el estudio

Según Hernández-Sampieri & Mendoza (2018) en toda investigación debe trazarse una ruta de investigación, el alcance o nivel y el diseño, que han sido construidas como guías por la comunidad científica, en ese sentido esta investigación fue desarrollada desde un enfoque cuantitativo.

El tipo de investigación es básica por cuanto analiza y describe las variables de estudio, a fin de determinar que en los de tenencia y régimen de visita se ofrecen medios de prueba donde se evidencian alienación parental en los hijos menores que se peticiona su tenencia o régimen de visita.

El nivel de investigación es descriptivo porque busca describir el fenómeno objeto de estudio como es la alienación parental como incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia y régimen de visita.

El Diseño aplicado en la investigación es no experimental, ya que no se manipula las variables de estudio, toda vez que los fenómenos de estudio sucedieron en el pasado.

3.3 Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos

Olvera, (2015), nos dice que, para la recolección de datos en la investigación cuantitativa se utiliza la técnica de la encuesta, la cual, se aplica a una muestra determinada y cuyo instrumento es la guía con preguntas o proposiciones cerradas de encuesta; sin embargo, en esta investigación se utilizó la Lista de Cotejo a todas las variables de la investigación para el análisis de las sentencias en casación.

3.4 Procesamiento de datos

Análisis de las sentencias en casación se seleccionó como muestra, procediendo a la validación del instrumento de investigación, que consiste en una validez de contenido en tanto que los ítems han sido elaborados teniendo en cuenta las variables y sus dimensiones. En ese sentido, “la validación por un grupo impar de expertos (3) estará orientada a determinar la coherencia y claridad de los ítems con el trabajo desarrollado”.

Respecto de la confiabilidad del instrumento de investigación, tratándose de la Lista de Cotejo, por su naturaleza no amerita el cálculo de la confiabilidad, pero se comprobó su validez por el juicio de expertos para determinar si las preguntas que la integran están bien redactadas y miden lo que deberían medir.

Capitulo IV: Presentación y Análisis de los Resultados

4.1 Presentación de Resultados

CASACION Nº 3496-2016 - Lima					
La alienación parental	1. Dimensión: Síndrome de alienación parental				
	N	Indicador: Ítem/pregunta	SI	NO	Comentarios
	1	¿Se evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe psicológico?	X		La parte demandante (madre) afirma que los menores fueron manipulados por el padre, razón por la cual estos testificaron en su contra.
	2. Dimensión: Denigración del Progenitor				
		¿El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre o madre alienado?	x		Lo sustentando por la madre, afirma que estos expresaron sentimientos de rechazo hacia su persona, producto de la manipulación ejercida por el padre.
3. Dimensión: Transformación de la conciencia					
	¿Se evidencia alguna Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado?		x	No se evidencia estrategias de manipulación.	
4. Dimensión: Comportamiento hostil.					
	¿El menor manifiesta personalidad auto elaborada?	x		Se describe que, la hija apenas ha vivido con su madre y dado lo escaso de su edad, no tuvo tiempo de crear vínculos afectivos con ella.	
	1	Dimensión: Petitorio sobre tenencia del hijo (a)	SI	NO	Comentarios
		¿La jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo (a)?	x		El petitorio planteado por la demandante fue para que se le declare la tenencia de sus dos menores hijos.

	2 Dimensión: Régimen de visita al hijo (a)			
	¿La jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a)?	X		La Sala confirmó la sentencia que declaró infundada la tenencia peticionada por la madre, y establecido régimen de visita en favor de esta.
	3 Dimensión: Interés Superior del niño y adolescente			
V2 Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita	¿Si las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente?	x		La sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.
	4 Dimensión: Medios de prueba			
	¿Los Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas?		X	No se merituo el informe psicológico para determinar alienación parental, la sala no se pronunció en este aspecto, pero, se infiere que merituo las declaraciones de los menores hijos de estar cómodos en vivir con el padre.

Fuente: elaboración propia

Análisis descriptivo del procesamiento de datos:

Variable 1: Alienación Parental

Dimensión 1: Síndrome de alienación parental

Indicador: evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe

psicológico: La parte demandante (madre) afirma que los menores fueron manipulados por el padre, razón por la cual estos testificaron en su contra.

Dimensión 2: Denigración del Progenitor

Indicador: El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre

alienado; Lo sustentando por la madre, afirma que estos expresaron sentimientos de rechazo hacia su persona, producto de la manipulación ejercida por el padre.

Dimensión 3: Transformación de la conciencia

Indicador: Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado; No se evidencia estrategias de manipulación.

Dimensión 4: Comportamiento hostil

Indicador: Manifiesto personalidad auto elaborada en el menor hijo; Se describe que, la hija apenas ha vivido con su madre y dado lo escaso de su edad, no tuvo tiempo de crear vínculos afectivos con ella.

Variable 2: Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita.

Dimensión 1: Petitorio sobre tenencia del hijo

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo; El petitorio planteado por la demandante fue para que se le declare la tenencia de sus dos menores hijos.

Dimensión 2: Régimen de visita al hijo (a)

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a); La Sala confirmo la sentencia que declaro infundada la tenencia peticionada por la madre y estableció régimen de visita en favor de esta.

Dimensión 3: Interés Superior del niño y adolescente

Indicador: Las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente; la sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.

Dimensión 4: Medios de prueba

Indicador: Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas; No se merituo el informe psicológico para determinar alienación parental, la sala no se pronunció en este aspecto, pero, se infiere que merituo las declaraciones de los menores hijos de estar cómodos en vivir con el padre.

Resultado: De los datos procesados con relación a las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de análisis, los hijos menores del cual se disputo la tenencia, presentaban síntomas de

alienación parental contra la madre demandada, provocado por el padre y la familia paternal. Con relación a la variable 2, los jueces no merituaron el informe psicológico, pero, tomaron en consideración y valoraron los testimonios de los menores hijos; en tal sentido, de los datos evidenciados en la unidad de análisis, se concluye que implícitamente los hijos menores fueron manipulados contra la madre, por lo que si hubo alienación parental si incidió en la etapa probatoria y decisoria del proceso de tenencia y régimen de visita.

CASACION N° 2067-2010 - Lima					
	1. Dimensión: Síndrome de alienación parental				
	N	Indicador: Ítem/pregunta	SI	NO	Comentarios
La alienación parental	1	¿Se evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe psicológico?	X		En el informe psicológico suscrito por 8 profesionales especializados, determinaron que existe el síndrome de alienación parental en los hijos menores.
	2. Dimensión: Denigración del Progenitor				
		¿El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre alienado?	x		En el informe psicológico se evidencio que los hijos evaluados expresaban sentimientos de odio hacia el progenitor alienado.
3. Dimensión: Transformación de la conciencia					
		¿Se evidencia alguna Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado?		x	Se describe que los esfuerzos realizados por la madre con motivo de régimen de visita se resquebrajo por el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia.
4. Dimensión: Comportamiento hostil.					
		¿El menor manifiesta personalidad auto elaborada?	x		Se describe que, emocionalmente evidencia poco control de sus impulsos, ansiosos de ansiedad, dificultad para establecer contactos sociales e inestabilidad emocional.
	5	Dimensión: Petitorio sobre tenencia del hijo (a) Ítem/pregunta	SI	NO	Comentarios
		¿La jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo (a)?	x		El petitorio planteado por el demandante fue para que se le declare la tenencia de sus dos menores hijos.
	2 Dimensión: Régimen de visita al hijo (a)				

	¿La jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a)?	X	El régimen de visita ya estaba establecido en proceso anterior en favor de la madre
	3 Dimensión: Interés Superior del niño y adolescente		
V2 Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita	¿Si las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente?	x	La sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.
	4 Dimensión: Medios de prueba		
	¿Los Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas?	x	El informe psicológico emitido por el equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Lima, evidencio el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna.

Fuente: elaboración propia

Análisis descriptivo del procesamiento de datos:

Variable 1: Alienación Parental

Dimensión 1: Síndrome de alienación parental

Indicador: evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe **psicológico**: En el informe psicológico suscrito por 8 profesionales especializados, determinaron que existe el síndrome de alienación parental en los hijos que constituye.

Dimensión 2: Denigración del Progenitor

Indicador: El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre alienado; en el informe psicológico se evidencio que los hijos evaluados expresaban sentimientos de odio hacia el progenitor alienado.

Dimensión 3: Transformación de la conciencia

Indicador: Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado; se describe que los esfuerzos realizados por la madre con motivo de régimen de visita se resquebrajo por el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia.

Dimensión 4: Comportamiento hostil

Indicador: Manifiesto de personalidad auto elaborada en el menor hijo; se describe que, emocionalmente evidencia poco control de sus impulsos, rasgos de ansiedad, dificultad para establecer contactos sociales e inestabilidad emocional.

Variable 2: Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita.

Dimensión 1: Petitorio sobre tenencia del hijo

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo; El petitorio planteado por el demandante fue para que se le declare la tenencia de sus dos menores hijos.

Dimensión 2: Régimen de visita al hijo (a)

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a); El régimen de visita ya estaba establecido en proceso anterior en favor de la madre.

Dimensión 3: Interés Superior del niño y adolescente

Indicador: Las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente; la sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.

Dimensión 4: Medios de prueba

Indicador: Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas; el informe psicológico emitido por el equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Lima, evidenció el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna.

Resultado: De los datos procesados con relación a las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de análisis, los hijos menores del cual se disputo la tenencia, presentaban síntomas de alienación parental contra la madre demandada, provocado por el padre y la familia paternal. Con relación a la variable 2, los jueces de todas las instancias, merituaron el informe psicológico, en el que los profesionales psicólogos concluyeron que los dos menores hijos que estaban bajo la custodia del padre, presentaban síndrome de alienación parental contra la madre; en tal sentido, de los datos evidenciados en la unidad de análisis, se concluye que el síndrome de alienación parental si índice en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia.

CASACION N° 1384-2010 - Lima					
	1. Dimensión: Síndrome de alienación parental				
	N	Indicador: Ítem/pregunta	SI	NO	Comentarios
La alienación parental	1	¿Se evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe psicológico?		x	En la unidad de análisis, se evidencia que el menor hijo no ha sido sometido a examen psicológico por omisión del padre.
	2. Dimensión: Denigración del Progenitor				
		¿El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre alienado?		x	En la unidad de análisis, el padre ha omitido de concurrir a audiencia con la presencia de su menor hijo, evidenciándose una estrategia procesal de su parte.
3. Dimensión: Transformación de la conciencia					
		¿Se evidencia alguna Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado?		x	No se describe ninguna estrategia, pero, sin embargo, la omisión del padre, de no concurrir en compañía de su menor hijo a las audiencias programadas por el juez, se interpreta una estrategia de proceso de alienación hacia la madre demandante de la tenencia.
4. Dimensión: Comportamiento hostil.					
		¿El menor manifiesta personalidad auto elaborada?		x	El padre omitió en concurrir con su menor hijo a diligencia de toma de declaración del menor.
5 Dimensión: Petitorio sobre tenencia del hijo (a)					
	Ítem/pregunta	SI	NO	Comentarios	
	¿La jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo (a)?	x		El petitorio planteado por la demandante fue para que se le declare la tenencia del hijo que estaba bajo la custodia del padre.	

	2 Dimensión: Régimen de visita al hijo (a)		
	¿La jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a)?	X	Si, el Juez, estableció régimen de visita en favor del padre.
	3 Dimensión: Interés Superior del niño y adolescente		
V2 Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita	¿Si las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente?	x	La sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.
	4 Dimensión: Medios de prueba		
	¿Los Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas?	x	En la unidad de análisis, se evidencia que el menor no fue sometido a evaluación psicológica.

Fuente: elaboración propia

Análisis descriptivo del procesamiento de datos:

Variable 1: Alienación Parental

Dimensión 1: Síndrome de alienación parental

Indicador: evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe

psicológico: En la unidad de análisis, se evidencia que el menor hijo no ha sido sometido a examen psicológico por omisión del padre.

Dimensión 2: Denigración del Progenitor

Indicador: El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre

alienado; En la unidad de análisis, el padre ha omitido de concurrir a audiencia con la presencia de su menor hijo, evidenciándose una estrategia procesal de su parte.

Dimensión 3: Transformación de la conciencia

Indicador: Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado; No se

describe ninguna estrategia, pero, sin embargo, la omisión del padre, de no concurrir en compañía de su menor hijo a las audiencias programadas por el juez, se interpreta una estrategia de proceso de alienación hacia la madre demandante de la tenencia.

Dimensión 4: Comportamiento hostil

Indicador: Manifiesto personalidad auto elaborada en el menor hijo; El padre

omitió en concurrir con su menor hijo a diligencia de toma de declaración del menor.

Variable 2: Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita.

Dimensión 1: Petitorio sobre tenencia del hijo

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo; El petitorio planteado por la demandante fue para que se le declare la tenencia del hijo que estaba bajo la custodia del padre.

Dimensión 2: Régimen de visita al hijo (a)

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a); Si, el Juez, estableció régimen de visita en favor del padre.

Dimensión 3: Interés Superior del niño y adolescente

Indicador: Las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente; la sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.

Dimensión 4: Medios de prueba

Indicador: Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas; En la unidad de análisis, se evidencia que el menor no fue sometido a evaluación psicológica.

Resultado: De los datos procesados con relación a las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de

análisis, el padre que tenía la custodia del menor hijo, omitió en llevar al menor a la sede del juzgado para que reciban su declaración, interpretando esta omisión como parte de su estrategia e implícitamente como un proceso de alienación hacia la madre. Con relación a la variable 2, los jueces de todas las instancias, merituaron los años de convivencia del menor con la madre, por lo que, en aplicación del artículo 85 del código del niño y adolescente, decidieron la tenencia del menor en favor de la madre; en tal sentido, de los datos evidenciados en la unidad de análisis, se concluye que, el padre del menor, estaba en proceso de alienación contra la madre, es por ello la omisión de que el menor declare en sede judicial y sea sometido a evaluación psicológica.

CASACION N° 1961-2012 - Lima					
	1. Dimensión: Síndrome de alienación parental				
	N	Indicador: Ítem/pregunta	SI	NO	Comentarios
La alienación parental	1	¿Se evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe psicológico?		x	En el informe psicológico no se evidenció tendencia de manipulación a los hijos menores.
	2. Dimensión: Denigración del Progenitor				
		¿El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre alienado?		x	En el informe psicológico no se evidencio que los hijos evaluados expresaban sentimientos de odio hacia el progenitor alienado.
3. Dimensión: Transformación de la conciencia					
		¿Se evidencia alguna Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado?		x	En la unidad de análisis, no se evidencia de estrategia de destruir vínculos de los hijos hacia el demandante que es el padre.
4. Dimensión: Comportamiento hostil.					
		¿El menor manifiesta personalidad auto elaborada?		x	En la unidad de análisis, no se describe la personalidad de los menores, se limitó a evaluar el nivel de inteligencia y rendición académica.
		Dimensión: Petitorio sobre tenencia del hijo (a)	SI	NO	Comentarios
		Ítem/pregunta			
		¿La jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo (a)?	x		El petitorio planteado por el demandante fue para que se le declare la tenencia de sus dos menores hijos.
2 Dimensión: Régimen de visita al hijo (a)					
		¿La jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a)?	X		En la unidad de análisis, al revocarse la sentencia en segunda instancia, se estableció régimen de

			visita en favor de la madre, sentencia que fue confirmado en sede casatorio.
	3 Dimensión: Interés Superior del niño y adolescente		
V2 Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita	¿Si las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente?	x	La sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.
	4 Dimensión: Medios de prueba		
	¿Los Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas?	x	Los informes psicológicos no determinaron el síndrome de alienación parental provocado por la madre.

Fuente: elaboración propia

Análisis descriptivo del procesamiento de datos:

Variable 1: Alienación Parental

Dimensión 1: Síndrome de alienación parental

Indicador: evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe

psicológico: En el informe psicológico no se evidenció tendencia de manipulación a los hijos menores.

Dimensión 2: Denigración del Progenitor

Indicador: El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre

alienado; en el informe psicológico no se evidencio que los hijos evaluados expresaban sentimientos de odio hacia el progenitor alienado.

Dimensión 3: Transformación de la conciencia

Indicador: Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado; en la

unidad de análisis, no se evidencia de estrategia de destruir vínculos de los hijos hacia el demandante que es el padre.

Dimensión 4: Comportamiento hostil

Indicador: Manifiesto personalidad auto elaborada en el menor hijo; en la

unidad de análisis, no se describe la personalidad de los menores, se limitó a evaluar el nivel de inteligencia y rendición académica.

Variable 2: Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita.

Dimensión 1: Petitorio sobre tenencia del hijo

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo; El petitorio planteado por el demandante fue para que se le declare la tenencia de sus dos menores hijos.

Dimensión 2: Régimen de visita al hijo (a)

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a); En la unidad de análisis, al revocarse la sentencia en segunda instancia, se estableció régimen de visita en favor de la madre, sentencia que fue confirmado en sede casatorio.

Dimensión 3: Interés Superior del niño y adolescente

Indicador: Las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente; la sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.

Dimensión 4: Medios de prueba

Indicador: Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas; los informes

psicológicos no determinaron el síndrome de alienación parental provocado por la madre.

Resultado: De los datos procesados con relación a las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de análisis, los hijos menores del cual se disputo la tenencia, en las evaluaciones psicológicas no se evaluó si presentaban síntomas de alienación parental contra el padre demandante, se limitaron a evaluar el nivel de inteligencia y rendimiento escolar de los menores. Con relación a la variable 2, se evidencio que el petitorio tenia como objetivo la tenencia de los hijos por parte el padre demandante, que finalmente en segunda instancia le fue concedido y conformado en sede casatorio, las pruebas merituada fue entorno a la conducta de las partes procesales, es decir demanda y demandante, no merituaron el informe psicológico para determinar la tenencia en favor del demandante, se concluye que la evaluación psicológica a los menores no fue con objeto de determinar el síndrome de alienación parental, en consecuencia, no incidió en la etapa probatoria y decisoria del proceso de tenencia.

CASACION N° 1303-2016 - Lima

CASACION N° 1303-2016 - Lima					
	1. Dimensión: Síndrome de alienación parental				
	N	Indicador: Ítem/pregunta	SI	NO	Comentarios
La alienación parental	1	¿Se evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe psicológico?		x	En la unidad de análisis no se evidencio informe psicológico practicado en la menor, pero, sin embargo, la menor en su declaración manifestó que su abuela le señala que no vaya a vivir con su mamá por que le va pegar, lo que implica, indicios de alienación parental.
	2. Dimensión: Denigración del Progenitor				
		¿El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre alienado?		x	En la unidad de análisis, se evidencia que la menor no expresa sentimientos de odio hacia la madre demandante.
3. Dimensión: Transformación de la conciencia					
		¿Se evidencia alguna Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado?		x	En la unidad de análisis, se evidencia que la abuela paterna le dice a la menor que su mamá le va pegar, lo que implica un indicio de alienación parental.
4. Dimensión: Comportamiento hostil.					
		¿El menor manifiesta personalidad auto elaborada?			En la unidad de análisis, si se evidencia que la menor manifiesta una personalidad auto elaborada por parte la abuela paterna.

			SI	NO	Comentarios
	Dimensión: Petitorio sobre tenencia del hijo (a)	Ítem/pregunta			
	¿La jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo (a)?		x		El petitorio planteado por la demandante fue para que se le declare la tenencia de su menor hija.
	2 Dimensión: Régimen de visita al hijo (a)				
	¿La jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a)?		X		Los magistrados de primera y segunda instancia, resolvieron un régimen de visita en favor del padre.
	3 Dimensión: Interés Superior del niño y adolescente				
V2 Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita	¿Si las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente?		x		La sentencia fue motivada con la prevalencia del interés superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.
	4 Dimensión: Medios de prueba				
	¿Los Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas?		x		En la unidad de análisis no se evidencia que se haya sometido a evaluación psicológica la menor.

Fuente: elaboración propia

Análisis descriptivo del procesamiento de datos:

Variable 1: Alienación Parental

Dimensión 1: Síndrome de alienación parental

Indicador: evidencia Tendencia a la manipulación del menor en el informe

psicológico: En la unidad de análisis no se evidencio informe psicológico practicado en la menor, pero, sin embargo, la menor en su declaración manifestó que su abuela le señala que no vaya a vivir con su mamá por que le va pegar, lo que implica, indicios de alienación parental.

Dimensión 2: Denigración del Progenitor

Indicador: El menor evaluado expresa sentimientos de odio hacia el padre

alienado; En la unidad de análisis, se evidencia que la menor no expresa sentimientos de odio hacia la madre demandante.

Dimensión 3: Transformación de la conciencia

Indicador: Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado; En la unidad de análisis, se evidencia que la abuela paterna le dice a la menor que su mamá le va pega, lo que implica un indicio de alienación parental.

Dimensión 4: Comportamiento hostil

Indicador: Manifiesto personalidad auto elaborada en el menor hijo; En la unidad de análisis, si se evidencia que la menor manifiesta una personalidad auto elaborada por parte la abuela paterna.

Variable 2: Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita.

Dimensión 1: Petitorio sobre tenencia del hijo

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo; El petitorio planteado por la demandante fue para que se le declare la tenencia de su menor hija.

Dimensión 2: Régimen de visita al hijo (a)

Indicador: Jurisprudencia resolvió petitorio de régimen de visita del hijo (a); Los magistrados de primera y segunda instancia, resolvieron un régimen de visita en favor del padre.

Dimensión 3: Interés Superior del niño y adolescente

Indicador: Las sentencias judiciales se motivaron con el interés superior del niño y adolescente; la sentencia fue motivada con la prevalencia del interés

superior del niño y adolescente y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales.

Dimensión 4: Medios de prueba

Indicador: Informes psicológicos determinaron la existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas; En la unidad de análisis no se evidencia que se haya sometido a evaluación psicológica la menor.

Resultado: De los datos procesados con relación a las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de análisis, la menor evidencia indicios de alienación parental hacia la madre por parte de la abuela paterna. Con relación a la variable 2, los jueces merituaron el informe social, que concluye que la menor debe convivir con la madre, además la declaración de la menor que manifestó que la abuela le dijo que se mamá le va pega si se va a vivir con ella, lo que implica que la menor presentaba indicios de alienación parental, y por tal motivo y otros en sede casatorio se declaró la nulidad de la sentencia de vista.

4.3 Discusión de Resultados

En la presente investigación, el fenómeno a investigar, se fundamenta en la realidad problemática de los procesos judiciales que se tramitan en los juzgados especializados de familia a nivel nacional y concluyen en la Sala Suprema vía recurso extraordinario de casación, y específicamente el estudio se focaliza en el fenómeno de la alienación parental, que suele ser común en los casos en los que se disputa la Tenencia o el Régimen de Visitas de los hijos; la alienación parental; tal es así que, en las audiencias se visualizan videos que las partes ofrecen como parte de su caudal probatorio, que con ello pretenden obtener la Tenencia de sus hijos, allí puede advertirse detalles cómo un progenitor puede encaminar tendenciosamente la actitud de los hijos y ponerlos en contra del otro padre (o madre) a fin de obtener réditos con ellos y hacerse ver como un héroe y al otro u otra como el verdugo, el malvado; en otras audiencias, testimonios de niños o adolescentes que describen al padre o la madre de manera muy parcial y extrema - dependiendo a quién “deberán” defender o a quién denigrar. Las entrevistas a los menores cuya tenencia o régimen de visitas se solicita, se les oye manifestar con quién viven y con quién desean vivir, con quién se sienten más identificados en su

vida diaria, con qué padre se llevan mejor, qué sanciones reciben ante un hecho negativo, o qué estímulo ante algún acierto.

Nuestro marco teórico, se fundamenta en la teoría de Howard (2014), que nos dice que, el síndrome de alienación parental, se trata de una serie de comportamientos, artilugios o estratagemas que adopta una persona a la cual se le confió la custodia de sus hijos, destinados a obstaculizar o entorpecer infundadamente que se genere o conserve una relación afectiva estrecha con el otro padre (o su familia ampliada), de forma que en modo egoísta obran sobre la psiquis de aquéllos, provocando un apartamiento radical de la rama familiar que sólo tiene atribuido un régimen de comunicaciones y visitas. En tal sentido, en un contexto conflictivo derivado de la ruptura de la pareja que conformaban los padres, se encuentra un terreno potencialmente fértil para que se produzca el síndrome descrito, dado que el hijo es percibido por el padre custodio como un instrumento de poder destinado a satisfacer sus propias necesidades en daño del otro padre, que sufre, injustificadamente, el desprecio y el alejamiento del hijo. El desarrollo de esta patología, sobre cuya real existencia no existe acuerdo en la comunidad médico-científica, fue iniciada por el psiquiatra forense estadounidense Richard Gardner, a partir de 1985, para la que adoptó la denominación de Síndrome de Alienación Parental, habiéndola definido como un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Se trata de inculcaciones

maliciosas que el custodio ejecuta sobre sus hijos, de modo que los mantiene secuestrados psicológicamente, por lo que éstos están impedidos de comprender racionalmente la verdadera situación que subyace en la relación entre los mayores.

Para responder a la pregunta del problema general y específicos, se planteó el objetivo general y específicos, no se planteó hipótesis, por haberse determinado que el nivel de la investigación es descriptiva con diseño no experimental, por lo que, la técnica de recojo de datos, fue del análisis documental con instrumento de recojo de datos, una lista de cotejo por cada unidad de análisis.

En ese sentido, el objetivo general fue: “Determinar que la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia y régimen de visita del menor de edad, que concluyen en la Corte Suprema de la Republica vía recurso de casación, año 2021.

En las unidades de análisis, como son las casaciones indicada en cada lista de cotejo, se cita como fundamento de motivación lo siguiente:

En cuanto a la premisa normativa, el artículo 84 del código de los Niños y Adolescentes en el extremo que establece las consideraciones a tenerse en cuenta al momento de resolverse la tenencia de un menor ante la existencia de un desacuerdo: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; el artículo 85 señala: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.

Considerando los dos parámetros normativos citados, se ha precisado los indicadores para medir las dos variables de la investigación, y conforme al análisis descriptivo de la unidad de análisis, en la Casación N° 3496-2016, con relación a las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de análisis, los hijos menores del cual se disputo la tenencia, presentaban síntomas de alienación parental contra la madre demandada, provocado por el padre y la familia paternal. Con relación a la variable 2, los jueces no merituaron el informe psicológico, pero, tomaron en consideración y valoraron los testimonios de los menores hijos; concluyéndose que implícitamente los hijos menores fueron manipulados contra la madre, por lo que si hubo alienación parental, y esta, si incidió en la etapa probatoria y decisoria del proceso de tenencia y régimen de visita. En la Casación N° 2067-2010, las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de análisis, los hijos menores del cual se disputo la tenencia, presentaban síntomas de alienación parental contra la madre demandada, provocado por el padre y la familia paternal. Con relación a la variable 2, los jueces de todas las instancias, merituaron el informe psicológico, en el que los profesionales psicólogos concluyeron que los dos menores hijos que estaban bajo la custodia del padre, presentaban síndrome de alienación parental contra la madre; en tal sentido, de los datos evidenciados en la unidad de análisis, se concluye que el síndrome de alienación parental si incidió en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia. En la Casación N° 1384-2010, las dimensiones e indicadores de la variable 1, evidencian que, en el proceso judicial descrito en la unidad de análisis, el padre que tenía la custodia del menor

hijo, omitió en llevar al menor a la sede del juzgado para que reciban su declaración, interpretando esta omisión como parte de su estrategia e implícitamente como un proceso de alienación hacia la madre. Con relación a la variable 2, los jueces de todas las instancias, merituaron los años de convivencia del menor con la madre, por lo que, en aplicación del artículo 85 del código del niño y adolescente, decidieron la tenencia del menor en favor de la madre; en tal sentido, de los datos evidenciados en la unidad de análisis, se concluye que, el padre del menor, estaba en proceso de alienación contra la madre, es por ello la omisión de que el menor declare en sede judicial y sea sometido a evaluación psicológica.

Del procesamiento de datos y presentación de resultados de las unidades de análisis, se cumple con el objetivo general, pues se ha determinado que, en los procesos de tenencia y régimen de visita, la parte demandante o demandado que pretende la tenencia del menor, realiza un proceso alienación parental en la conducta del menor en contra del padre o madre alienado, esto como estrategia procesal pues el parámetro normativo desarrollado en el artículo 85 del código de los niños y de adolescentes recoge como prueba determinante la declaración del niño y adolescente, y con eso obtener el fallo judicial en su favor; en consecuencia, el síndrome de alienación parental si incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia y régimen de visita que se tramitan en los juzgados de familia.

Capítulo V: Conclusión y Recomendaciones

5.1 Conclusión

De los argumentos esgrimidos en la discusión de resultados, en la presente investigación se ha arribado a las siguientes conclusiones:

5.1.1 La alienación parental se manifiesta en los medios de prueba ofrecidas por las partes, esto es a través de videos, declaraciones de los menores, que con ello pretenden obtener la Tenencia de sus hijos.

5.1.2 El síndrome de alienación parental, se trata de una serie de comportamientos, artilugios o estratagemas que adopta una persona a la cual se le confió la custodia de sus hijos, destinados a obstaculizar o entorpecer infundadamente que se genere o conserve una relación afectiva estrecha con el otro padre (o su familia ampliada), de forma que en modo egoísta obran

sobre la psiquis de aquéllos, provocando un apartamiento radical de la rama familiar que sólo tiene atribuido un régimen de comunicaciones y visitas.

5.1.3 En los procesos judiciales de Tenencia y Régimen de Visita, la prueba que incide en la decisión del juez, es la declaración o manifestación del menor o adolescente evaluado, así lo establece el artículo 85 que señala: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.

5.1.4 Del procesamiento de datos y presentación de resultados de las unidades de análisis, se cumple con el objetivo general y específicos, pues se ha determinado que, en los procesos de tenencia y régimen de visita, la parte demandante o demandado que pretende la tenencia del menor, realiza un proceso alienación parental en la conducta del menor en contra del padre o madre alienado.

5.2 Recomendaciones

Por las conclusiones descritas, se recomienda lo siguiente:

5.2.1 Que, en considerando la relevancia del Síndrome de Alienación Parental y sus consecuencias, se recomiende a la Corte Suprema la realización de un Pleno Casatorio sobre la relevancia del informe psicológico orientado a determinar la existencia de alienación parental de los menores de edad del cual los padres disputan su tenencia o régimen de visita.

Bibliografía

- Gándara, R. P. (9 de febrero de 2018). *Custodia compartida en el Derecho Familiar. Hechos y Derechos*. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12013/13750>
- Pescador, L. L. (1991). ¿Tienen los niños derechos? Comentario a la convención sobre los derechos del niño. *Revista de Educación número 294*, 221-233.
- Chuquillanqui, M. J. (05 de 01 de 2018). *El interes superior del niño en el proceso de tenencia*. Obtenido de <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/1952>
- Concha, P. G. (2001). El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su Recepción en la Legislación Nacional y Aplicación en la Jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N° 02, Sección Estudios*, 355-362.
- Abellán, E. F. (2016). *CUSTODIA COMPARTIDA Y PROTECCIÓN JURIDICA DEL MENOR*. Madrid - España: Universidad Complutense en Madrid.

- Contreras, R. E. (2015). Interés Superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud alianza de la Universidad de Manizales y el CINDE*, 55-56.
- Sarapura, W. R. (2009). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia*. Lima: Editora "FECAT" E.I.R.L.
- Sarapura, W. R. (2009). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia*. Lima: Editora "FECAT" E.I.R.L.
- Revoredo, M. F. (2013). *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: PUCP - Fondo Editorial.
- Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familia - La nueva teoría institucional y jurídica de la familia - Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Sarapura, W. R. (2009). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia*. Lima: Editora "FECAT" R.I.R.L.
- Revoredo, M. F. (2013). *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: PUCP - Fondo Editorial.
- Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familia - La nueva teoría institucional y jurídica de la familia - Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Sarapura, W. R. (2009). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia*. Lima: Editora "FECAT" R.I.R.L.
- Sanchez Castañeda, L. D. (2018). La afectación del interés superior del niño y adolescente por la falta de un control exhaustivo por parte del equipo multidisciplinario en caso orientados a tenencia compartida. *Abogado*. Universidad Tecnológica. Obtenido de SUNEDU: <https://hdl.handle.net/20.500.12867/2212>
- Calderon Palacios, T. F. (2018). El principio del interés superior del niño como principio garantista en el marco de una sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos en el Perú. *abogado*. Universidad Nacional Santiago Antuñez de Mayolo, Lima. Obtenido de SUNEDU: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2731>
- Mauricio Juárez, F. J. (2019). Fundamentos jurídicos y fácticos para otorgar la tenencia compartida, en aplicación del interés superior del niño y a la luz de la legislación comparada. *Abogado*. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Obtenido de SUNEDU: <https://hdl.handle.net/20.500.12759/5419>

- Benjamin Aguilar Llanos, y. o. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Sánchez, L. F. (enero -diciembre 2001). La Guardia y Custodia de los Hijos. *Derecho Privado y Constitución*.
- Wall, J. y. (1994). Mejor interes de los marcos de los sistemas del niño y la familia. *Diario de divorcio y nuevo matrimonio* , 39-57.
- Eugene, P. (1980). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Albatroz, .
- Bajaña, R. M. (28 de agosto de 2019). *La Vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/13778/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-473.pdf>
- Quintero, I. L. (Mexico 2011). Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Juridico Nacional. Algunas consideraciones. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 1° ed. p, 57.
- Matín, D. N. (México 2011). Convivencia Paterno-Materno filial en el panorama internacional: Un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alineación parental y mediación familiar internacional. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* , p. 27.
- Llaury Ortiz, L. y. (2018). La presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016-2017. *Abogado*. Universidad César Vallejo, Lima. Obtenido de SUNEDU: <https://hdl.handle.net/20.500.12692/35717>
- Obispo Jamanca, C. V. (s.f.). La Tenencia compartida y vulneración al Interés superior del menor en el derecho de familia peruano. 2019. Universidad Nacional Santiago Antuñez de Mayolo, Lima, Perú. Obtenido de SUNEDU: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/3439>
- Chávez, L. E. (2021). *CRITERIOS QUE DEBERÍA TENER EN CUENTA EL JUEZ PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL A FAVOR DEL PROGENITOR ALIENADO EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo - repositorio.
- C. Segura, MJ. Gil y MA. Sepúlveda. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*, 40-44.
- Suárez, R. J. (2011). Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una muestra forense. *Psicothema*, 636 - 641.

- Cornejo Soto, Rose Mary & Laura Osis, Janeth. (2021). *Regulación del síndrome de alienación parental como prueba determinante en procesos de variación de tenencia del distrito judicial, Arequipa - 2020*. Ate: Universidad Cesar Vallejo.
- Watanabe Corrales, J. E. (2021). *La prueba pericial del síndrome de alienación parental como causal para la suspensión de la patria potestad en sentencias judiciales, Lima 2021*. Lima: Universidad Cesar Vallejo.
- HOWARD, W. (2014). EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 7-25.
- Sánchez, L. E. (2021). *EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO NUEVA FORMA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR*. Bogota - Colombia: Repositorio institucional de la Universidad Libre.
- Montenegro Diaz, M. D. (2022). *Proponer la incorporación del síndrome de alienación parental para mejorar la variación de tenencia en el código del niño y el adolescente*. Chiclayo: Repositorio de la Universidad de Sipan.
- Aguibr Llanos, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad, revistas.pucp.edu.pe*, 1-7.
- Fernández Espinoza, W. H. (10 de enero de 2017). *LA ALIENACIÓN PARENTAL COMO CAUSA DE VARIACIÓN DE LA TENENCIA*. Obtenido de Vox Juris: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/977>
- Diaz Fernández, E. M. (18 de Abril de 2015). *revista electronica unalar*. Obtenido de revista científica semestral IN IURE: <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/148/143>
- Morán de Vicenzi, C. (16 de NOVIEMBRE de 2016). *PIRHUA*. Obtenido de Pirhua.udep.edu.pe: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3026>
- Urrutia Santillán, Veronica Patricia. & Paredes Fuertes, Fernando Eduardo. (14 de Mayo de 2021). Efectos del síndrome de alienación parental sobre deberes y derechos entre integrantes de familias disfuncionales. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 187-199.
- Balladares Medina, F. T. (2022). *Alienación parental y su relación con la vulneración al interés superior del menor*. Cuenca - Ecuador: Universidad Católica de Cuenca.
- Juárez López, A. M. (2017). *La alienación parental como forma de cometer el delito de violencia familiar, su tipificación en el código penal de Puebla vigente en 2017*. Puebla - Mexico: BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA.

- Sanchez Castañeda, L. D. (2018). La afectación del interés superior del niño y adolescente por la falta de un control exhaustivo por parte del equipo multidisciplinario en caso orientados a tenencia compartida. *Abogado*. Universidad Tecnológica. Obtenido de SUNEDU: <https://hdl.handle.net/20.500.12867/2212>
- Calderon Palacios, T. F. (2018). El principio del interés superior del niño como principio garantista en el marco de una sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos en el Perú. *abogado*. Universidad Nacional Santiago Antuñez de Mayolo, Lima. Obtenido de SUNEDU: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2731>
- Mauricio Juárez, F. J. (2019). Fundamentos jurídicos y fácticos para otorgar la tenencia compartida, en aplicación del interés superior del niño y a la luz de la legislación comparada. *Abogado*. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Obtenido de SUNEDU: <https://hdl.handle.net/20.500.12759/5419>
- Cartujo, J. I. (1998). *Conflicto Familia y Ruptura Matrimonial: Aspectos Psicológicos*. Madrid - España: Fundación Universidad Empresa, Retos Jurídicos en las Ciencias Sociales.
- Yaksic, N. E. (2021). *La Responsabilidad parental en el Derecho - Una mirada comparada*. Ciudad de México- México: D.R. Suprema Corte de Justucua de la Nación.
- Grosman, C. (1984). La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia.
- Quintero, I. L. (2011). Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas consideraciones. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 57.
- González, M. N. (2011). Convivencia Paterno-Materno filial en el panorama internacional: Un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alineación parental y mediación familiar internacional. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 27.
- Llaury Ortiz, L. y. (2018). La presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016-2017. *Abogado*. Universidad César Vallejo, Lima. Obtenido de SUNEDU: <https://hdl.handle.net/20.500.12692/35717>
- Obispo Jamanca, C. V. (s.f.). La Tenencia compartida y vulneración al Interés superior del menor en el derecho de familia peruano. 2019. Universidad Nacional Santiago Antuñez de Mayolo, Lima, Perú. Obtenido de SUNEDU: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/3439>
- C. Segura, MJ. Gil y MA. Sepúlveda. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*, 40-44.

- Suárez, R. J. (2011). Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una muestra forense. *Psicothema*, 636 - 641.
- Cornejo Soto, Rose Mary & Laura Osis, Janeth. (2021). *Regulación del síndrome de alienación parental como prueba determinante en procesos de variación de tenencia del distrito judicial, Arequipa - 2020*. Ate: Universidad Cesar Vallejo.
- Watanabe Corrales, J. E. (2021). *La prueba pericial del síndrome de alienación parental como causal para la suspensión de la patria potestad en sentencias judiciales, Lima 2021*. Lima: Universidad Cesar Vallejo.
- HOWARD, W. (2014). EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 7-25.
- Sánchez, L. E. (2021). *EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO NUEVA FORMA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR*. Bogota - Colombia: Repositorio institucional de la Universidad Libre.
- Montenegro Diaz, M. D. (2022). *Proponer la incorporación del síndrome de alienación parental para mejorar la variación de tenencia en el código del niño y el adolescente*. Chiclayo: Repositorio de la Universidad de Sipan.
- Aguibr Llanos, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad, revistas.pucp.edu.pe*, 1-7.
- Fernández Espinoza, W. H. (10 de enero de 2017). *LA ALIENACIÓN PARENTAL COMO CAUSA DE VARIACIÓN DE LA TENENCIA*. Obtenido de Vox Juris: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/977>
- Urrutia Santillán, Veronica Patricia. & Paredes Fuertes, Fernando Eduardo. (14 de Mayo de 2021). Efectos del síndrome de alienación parental sobre deberes y derechos entre integrantes de familias disfuncionales. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 187-199.
- Balladares Medina, F. T. (2022). *Alienación parental y su relación con la vulneración al interés superior del menor*. Cuenca - Ecuador: Universidad Católica de Cuenca.
- Juárez López, A. M. (2017). *La alienación parental como forma de cometer el delito de violencia familiar, su tipificación en el código penal de Puebla vigente en 2017*. Puebla - Mexico: BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA.

Anexo 2. Matriz de Consistencia

LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE TENENCIA Y REGIMEN DE VISITA DE MENORES DE EDAD, QUE CONCLUYEN EN LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA VIA RECURSO DE CASACION, AÑO 2021

Problema General	Objetivo General	Hipótesis General	VARIABLES	Dimensiones e indicadores	Metodología
¿De qué manera, la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia y régimen de visita del menor de edad, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021?	Determinar que la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia y régimen de visita del menor de edad, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021.	No se planteó hipótesis, por ser investigación con nivel descriptivo, diseño no experimental.	Variable independiente (1) La alienación parental	1. Síndrome de alienación parental Tendencia a la manipulación. 2. Denigración del Progenitor Sentimientos de odio hacia el padre alienado 3. Transformación de la conciencia. Estrategia de destruir vínculos con el progenitor alienado 4. Comportamiento hostil	Enfoque: Cuantitativa Diseño: No Experimental De nivel teórico: Descriptivo Población y muestra: Siete (05) sentencias en casación.

				Personalidad autoelaborada	
Problemas Específicos	Objetivo Específicos	Hipótesis Específicas	Variable dependiente (2)		
¿De qué manera, la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021?	Describir como la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de tenencia, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía recurso de casación, año 2021.		Etapa probatoria y decisoria de procesos de tenencia y régimen de visita	<p>1. Petitorio sobre tenencia del hijo (a) La jurisprudencia resolvió petitorio de tenencia del hijo (a)</p> <p>2. Regimen de visita al hijo. La jurisprudencia resolvió petitorio de regimen de visita del hijo (a).</p> <p>3. Interes Superior del niño y adolescente Si las sentencias judiciales se motivo con el interes superior del niño y adolescente</p> <p>4. Medios de prueba Informes que determinen la</p>	<p>Técnica e Instrumento: Lista de cotejo</p> <p>Métodos: Analítico descriptivo, deductivo.</p> <p>Técnica para el procesamiento de datos: Lista de cotejo – escala nominal.</p>
¿De qué manera, la alienación parental incide en la etapa decisoria y decisoria de los procesos de régimen de visita, que concluyen en la Corte Suprema	Describir como la alienación parental incide en la etapa probatoria y decisoria de los procesos de régimen de visita, que concluyen en la Corte Suprema de la República, vía				

de la República, vía recurso de casación, año 2021?	recurso de casación, año 2021.			existencia de alienación parental en los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas	
--	-----------------------------------	--	--	---	--

CAS. 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 guón 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 septiembre 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

no menciona el fundamento jurídico por el cual establece que la finalidad del proceso de tenencia sirve para reestablecer 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, ésta 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

Sala Superior no se ha pronunciado respecto a que los niños han estado con el padre y los hermanos de éste 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. Ésta 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 hacía 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 hacía los hijos que alega el padre. A pesar que la

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 si 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 expediente 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. **f) 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 aún 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 aún 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

entiende contiene que además el Juez deberá señalar y articular motivadamente en la argumentación de lo decidido los hechos fundantes de los cuales se tiene conocimiento imparcialmente, no remitiéndose 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 (...)"¹, 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 iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú"²; 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

¹ CASACIÓN Nro. 2106-2005 CUSCO.

² Fundamento jurídico 6° de la sentencia recaída en el EXP. N° 3392-2004-HC/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

partes, conforme lo estipulado por el artículo 196 del Código Adjetivo³ 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 e se busca garantizar que tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia"⁴.

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

³ Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

⁴ Fundamento Jurídico 6° de la sentencia recaída en el Exp. N° 763-2005-PA/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 Judicial⁵, 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

⁵ Artículo 12.- Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.

⁶ Artículo 50.- Son deberes de los Jueces en el proceso: (...) 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

Artículo 122.- Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. (...) La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requerirán de los signados en los incisos 3, 5 y 6, y los autos del expresado en el inciso 6.

La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive (...).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrarrestar las razones expuestas, más 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 (...)”⁷.

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 Elizabeth Valeria y Gerardo Antonio Rosales Meier 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

⁷ Fundamentos jurídicos 6° y 7° de la sentencia recaída en el Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC LIMA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 ochentidos, en relación a la demanda interpuesta por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez (expediente 183516-2007-22) y la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos (expediente 183507-2007-78).

MOVENO. 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 Gerardo Antonio Rosales Meier y Elizabeth Valeria Rosales Meier, la misma que declara fundada la demanda, sobre la base del Certificado Médico Legal N° 001465-VFL, practicado a la menor Rosales Meier Elizabeth Valeria el nueve de enero de dos mil siete, y el Certificado Médico Legal N° 001467-CFL practicado al menor Rosales Meier Gerardo Antonio 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

del expediente acumulado 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 Elizabeth Valeria y Gerardo Antonio Rosales Meier 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

están involucrados niños, cuya solución no puede dilatarse, deben privilegiarse los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁸, 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 el artículo 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

⁸ Artículo VIII.- Obligatoriedad de la ejecución.-

Es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el presente Código y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 sólo 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 reencausar 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 lógica 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 Gerardo Antonio Rosales Meier y Elizabeth

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

Valeria Rosales Meier, 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 Gerardo Antonio Rosales Meier 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 Elizabeth Valeria Rosales Meier, 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*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 Elizabeth y Gerardo 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 reencausar 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 Gerardo Antonio Rosales Meier y Elizabeth Valeria Rosales Meier 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 sólo 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

DÉCIMO CUARTO.- Que, de otro lado, en relación a la infracción normativa de los artículos 82⁹, 84¹⁰ y 85¹¹ 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 Adolescentes¹², 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.

⁹ Artículo 82. - Variación de la Tenencia. - Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.

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.

¹⁰ Artículo 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.

¹¹ Artículo 85.- Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

¹² Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.-

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad (...) e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 Estado¹³, 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 ésta 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 aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos

¹³ Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (Cfr. expediente 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 Partes 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 sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad. (Cfr. expediente N° 1817-2009-HC, fundamentos 18-20)¹⁴.

¹⁴ Fundamentos Jurídicos 6, 7 y 8 de la sentencia recaída en el Exp. N° 02892-2010-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

DÉCIMO SÉTIMO.- 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 éste, 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 Adolescentes¹⁵. 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

PHC/TC.

¹⁵ Artículo 9.- A la libertad de opinión.-

El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

integridad de los hijos, en cuyo caso la decisión debe cumplirse inmediatamente.

DÉCIMO NOVENO.- Que, al respecto, la Sala Superior en su considerado 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 reestablecer el vínculo con la madre, tener un trato directo con su progenitora a fin de reencausar 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 Gardner¹⁶ y Aguilar Cuenca¹⁷, puede ser definido como: 1) El

¹⁶ GARDNER, Richard, "Recent trends en divorce and custody litigation", Academy Forum, Año 1985, N° 29, pp. 3-7.

¹⁷ AGUILAR CUENCA, José Manuel. *Síndrome de Alineación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Córdoba, Editorial Almuraza, 2004. Este autor considera que: "El Síndrome de Alineación Parental (SAP) se define como un desorden que surge en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos, siendo su primera manifestación, la campana de difamación injustificada contra una figura parental por parte del hijo, fenómeno que resulta del sistemático adoctrinamiento de uno de los progenitores y de la propia contribución del hijo a la denigración del progenitor rechazado". (Cf., p. 65)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 otros¹⁸ 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 así lo 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 integridad, el derecho al desarrollo de la personalidad, el derecho a vivir en un ambiente sano y crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.

¹⁸ SEGURA C, GIL, M.J., y SEPÚLVEDA, "El Síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil". *Cuaderno de Medicina Forense*, Abril 2009, N° 43-44, pp. 117-128. Estos autores concluyen que "No garantizar y obstaculizar el derecho fundamental del menor de mantener sus afectos y vínculos emocionales con sus progenitores y familiares, es una forma de maltrato que le provoca un daño a su bienestar y desarrollo emocional". (Cf., p. 127)

CAS. N° 2067-2010

LIMA

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, es necesario añadir a lo precedentemente 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 Elizabeth Valeria Rosales Meier, 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 Yilen 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 Yilein le estaba pegando el señor y le decía "desde cuándo, desde cuándo y al terminar salgo de la habitación y 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 percató 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).

CAS. N° 2067-2010

LIMA

VIGÉSIMO TERCERO.- Que, en tal contexto, se advierten circunstancias referenciales que suponen grave peligro para la integridad de los niños Elizabeth Valeria y Gerardo Antonio Rosales Meier: 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 Elizabeth 'prefiere vivir con su padre' (...), así mismo en el informe psicológico de folios setecientos sesenta a setecientos sesenta y uno, practicado al niño Gerardo Antonio, (...) '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*

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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, más 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 éstos, 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

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 fácticos 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

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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 niño¹⁹. 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. DECISION:

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

¹⁹ Fundamentos Jurídicos 12 y 13 de la sentencia recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2067-2010

LIMA

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

CASTAÑEDA SERRANO

jrc/svc

Ramiro Velasco

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. Dante Flores Ostos
SECRETARIO
Sala Civil Permanente
CORTE SUPREMA

09 JUN. 2011

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

TENENCIA.- El otorgamiento judicial de la tenencia de menor a favor de uno de los padres, se da por la renuncia de los mismos a su capacidad de acuerdo para la toma de decisión en conjunto sobre la tenencia y los interés que más benefician a sus hijos; la cual dejan que sea decidida por el Poder Judicial, que guiado por el “Principio del interés superior del niño”, hace lo que, objetivamente, más va a beneficiar al menor para su desarrollo armónico y equilibrado como individuo, hace “lo mejor para él”. Artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

Lima, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Visto en audiencia pública, después de revisar el recurso de casación con registro Nº 3496–2016-Lima, sobre proceso de tenencia y custodia de menor; oído el informe oral; emitida la votación de los Jueces de la Suprema Sala conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, se expide la siguiente sentencia; con lo expuesto en el dictamen de la Fiscal Adjunta Suprema de la Fiscalía Suprema Civil:

1.- MATERIA DEL RECURSO:

Que, se trata del **recurso de casación** interpuesto por el demandado **Jorge Alexander Peñafiel Varda** (fojas 891), contra la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución Nº 10 del 20 de julio de 2016 (fojas 834), que **revocó** la sentencia apelada, comprendida en la resolución Nº 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que declaró: *infundada* la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda respecto de los niños de iniciales A.A.P.P. y G.J.P.P.; con lo demás que contiene; **reformándola** declaró **fundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez, quien tendrá la custodia de los menores de iniciales A.A.P.P. y G.J.P.P., correspondiendo se fije un régimen de visitas a favor de Jorge Alexander Peñafiel Varda, en los siguientes términos: **i)** días de semana: los días martes y jueves en el horario de 17:00 horas a 20:00 horas, con externamiento, sacándolos y retornándolos del hogar materno; **ii)** fines de semana: el primer y tercer sábado, así como el segundo y cuarto domingo de cada mes, el padre podrá recoger a sus menores hijos del hogar materno a las 09:00 horas y los retornará a las 18:00 horas, visitas con externamiento; **iii)** en

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

Navidad y Año Nuevo los días 25 de diciembre y 01 de enero, los menores pasarán con su padre, en el horario de 11:00 a 20:00 horas, debiendo recogerlos del hogar materno y retornarlos al mismo en los horarios antes indicados; **iv)** cumpleaños de los menores: ambos padres coordinarán la celebración y acompañarán a sus menores hijos en el hogar o en el lugar en el que deseen disfrutarlo; **v)** cumpleaños del padre: si la fecha del cumpleaños del padre fuera un día de semana, aquél recogerá a los menores del hogar materno a las 17:00 horas y los retornará al hogar materno a las 19:00 horas; si fuera sábado o domingo, pasará por los menores hijos a las 11:00 horas y los retornará al hogar materno a las 20:00 horas; pudiendo variarse el horario previo consentimiento de los menores hijos, a fin de no perturbar sus actividades académicas y recreativas. **Exhortaron** a las partes a deponer intereses personales en pro de sus menores hijos, concurriendo con ellos a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno – filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos.

2.- ANTECEDENTES:

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre este proceso, ya que sin hechos no se puede aplicar el derecho, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada, materia del presente recurso:

ETAPA POSTULATORIA DEL PROCESO

2.1.) Interposición de la Demanda.

Que, **Ruth Susan Peña Vásquez**, mediante escrito que presentó el 26 de marzo de 2013 (fojas 20), interpuso demanda “*reconocimiento de tenencia*” (sic) contra Jorge Alexander Peñafiel Varda, con la siguiente **pretensión principal**: solicita que se le reconozca y otorgue la tenencia de sus menores hijos A.A.P.P y G.J.P.P de 3 años y 1 año y 11 meses de edad, respectivamente.

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

Sustenta su demanda en los siguientes fundamentos fácticos: **a)** Alega que, el 27 de junio de 2008, cuanto tenía 18 años de edad, contrajo matrimonio con el demandado, con quien tuvo a sus 2 menores hijos, quienes desde que nacieron vivieron con ella en el inmueble de los padres del demandado, ubicado en la avenida Guardia Civil Nº 833, interior 6, urbanización La Campiña del distrito de Chorrillos, Lima; lugar a donde fue a vivir pese a los múltiples maltratos físicos y psicológicos que le ocasionaba el demandado, conforme a las constataciones policiales. **b)** Manifiesta que, voluntariamente, decidió retirarse del hogar conyugal, ubicado en el referido domicilio; y, se llevó consigo a sus dos menores hijos al predio de sus padres, ubicado en la calle José Penza Nº 263, urbanización Honor y Lealtad, manzana M, lote 8, del distrito de Santiago de Surco; sin embargo, posteriormente, el demandado con violencia se llevó a sus menores hijos del lugar donde estaban viviendo. **c)** Precisa que, el demandado, padre de sus menores hijos, no tiene un oficio conocido, es violento, un elemento negativo para la formación de sus menores hijos e hizo efectiva la amenaza de que se los llevaría a un domicilio desconocido. **d)** Expresa que, sus hijos se encuentran en grave peligro, toda vez que en el lugar donde actualmente viven con el demandado funciona un taller que se dedica a la limpieza de motores de mina, que utiliza ciertos químicos tóxicos, que estarían afectando la piel y oídos de sus menores hijos, motivo por el cual, solicita su tenencia.

ETAPA DE ABSOLUCIÓN

2.2.) Contestación.- Que, el demandado **Jorge Alexander Peñafiel Varda**, con fecha 24 de abril de 2013 (fojas 86), **contestó la demanda**: **a)** Aduce que, sus hijos: A.A.P.P y G.J.P.P al 19 y 8 de abril de 2013, han cumplido 4 y 2 años de edad, respectivamente. **b)** Indica que, la demandante siempre ha actuado aprovechando su condición de madre, pero contraviniendo los intereses de los menores, pues con el informe psicológico que presenta, se establece que tiene una personalidad con rasgos inestables e inmaduros. **c)** Señala que, los padres de la demandante siempre interfirieron en su relación, le prohibieron que vea a su hijo mayor y no permitieron que vea a su hijo menor por 4 meses. **d)** Con

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

relación a la denuncia por abandono de hogar del 11 de abril de 2011, expresa que, la demandante luego de haber dado a luz a su hijo G.J., al día siguiente fue dada de alta e hizo abandono del hogar con ayuda de sus padres biológicos, pues aprovechó su asistencia a su centro de labores; se fue a casa de su madre para que la cuidara, donde tuvo que ver a su hijo recién nacido por la reja de la ventana. **e)** Manifiesta que, la demandante no lo ha denunciado por maltrato físico o psicológico, ni presentó defensa alguna por el bienestar de sus menores hijos que aún eran lactantes. **f)** Refiere que, da trabajo a muchas personas, pues su orquesta es conocida por su clientela y amigos, tiene buena reputación y es testigo de Jehová, demostró amor por su familia; además, tiene otros oficios como diseñador gráfico, técnico en computación y técnico teleoperador. **g)** Arguye que, no intentó llevarse a sus hijos a un lugar desconocido pues valora la unión familiar, tampoco fue violento con la demandante pese a los múltiples maltratos y humillaciones que le ha propinado. **h)** Expone que, la demandante exigió que le llevara toda la ropa de sus hijos, el refrigerador, microondas, etcétera; fue cuando, sin mediar violencia, cargó con rapidez a su hijo A.A. para salir de la casa de los padres de la demandante, ya que su suegra dejó la puerta abierta, pero esta al ver que se estaba llevando al menor, tiró la puerta con violencia, con lo cual golpeó el brazo izquierdo de su hijo y por el impacto cayó al suelo, protegió a su hijo, sin embargo, su suegra se abalanzó a agredirlo en el piso; luego tomó un taxi y fue con su hijo a asentar la denuncia contra su suegra, quien tiene alteraciones mentales y es un peligro para el desarrollo de sus hijos. **i)** Aduce que, la demandante miente al decir que hubo mutuo acuerdo, como indicó en la constatación policial de abandono de hogar, del 21 de diciembre de 2012, es más, no se llevó sus cosas personales ni de sus hijos. **j)** Explica que, es falso que ponga en riesgo la salud de sus hijos, pues el taller que menciona la demandante es un almacén de equipos de perforación de la empresa geotécnica que tiene aprobación de Digesa que informa: no es una empresa contaminante del medio ambiente; acota que, existen cientos de familias, condominios y colegios por la zona. **k)** Precisa que, sus hijos estudian desde el 04 de marzo de 2013, en el colegio particular “Mon Pety Paradise”, pues cuida

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

la salud, alimentación, educación, vestido y seguridad de sus hijos, siempre cumplió con sus obligaciones como padre; declara que, la demandante no se apersonó al colegio para preguntar por sus hijos, pues se ha vuelto irresponsable, incumpliendo sus deberes como madre. **l)** Indica que, la demandante, ocupa su tiempo estudiando en el Icpna por las mañanas, en la tarde trabaja de anfitriona y en las noches va al gimnasio, siendo el demandado padre y madre para sus menores. **m)** Señala que, le sorprende que la demandante ahora pretenda la tenencia, cuando en muchas oportunidades le ha rogado que los visite o al menos los llame por teléfono, pero ella le decía que desea llevárselos a la casa de su madre, y como no puede cuidarlos, pagaría a una persona para que los cuide. **n)** Manifiesta que, sus menores hijos llegaron a su total cuidado, porque el 13 de marzo de 2013, en un taxi recogió a la demandante y a sus hijos de la casa de la madre de esta última, fueron a plaza Lima Sur para comprar víveres y al regresar, la demandante le dijo que prefería que él se encargase de sus hijos, porque ella estaba muy ocupada con sus estudios, trabajo, deportes; además de ir a fiestas y probar alcohol como indica en su examen psicológico; por lo que, en pro del bienestar de sus hijos, aceptó la propuesta y los llevó a la casa de sus padres. No es cierto que haya existido forcejeo para llevarse a sus hijos. **ñ)** Expresa que, se encuentra en un proceso judicial contra su suegro Juan Peña Ramírez, por actos contra el pudor en agravio de sus dos menores hijos, conforme a la denuncia. **o)** Agrega que, la demandante no se apersonó a su casa ni para ayudar con los gastos económicos; y que, el inmueble donde habita tiene dos dormitorios para sus hijos, así como las comodidades necesarias para su bienestar.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

2.3.) Que, con la resolución Nº 11 del 27 de agosto de 2013 (fojas 194), se declaró: Saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida entre las partes. No conciliaron. Así mismo, se fijó como puntos controvertidos:

i) Determinar si procede otorgar la tenencia y custodia de los menores A.A.P.P y G.J.P.P, a favor de la demandante, en su calidad de progenitora.

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

ii) Señalar un régimen de visitas a favor del progenitor a quien no se le otorgue la tenencia, conforme al artículo 84 literal c) del Código de los Niños y Adolescentes.

ETAPA DECISORIA

2.4.) Sentencia de Primera Instancia.- La Jueza del Décimo Séptimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, expidió la sentencia, contenida en la resolución Nº 35 del 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que declaró: **infundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda respecto de los niños A.A.P.P y G.J.P.P; fijó un régimen de visita con externamiento a favor de la demandante el primer y tercer sábado, segundo y cuarto domingo de cada mes de nueve de la mañana a cinco de la tarde, así como martes y jueves de cada semana podrá recoger a los menores a la salida del colegio, y debe retornarlos al domicilio paterno a las siete de la noche; exhortó a ambos padres que depongan actitudes que vayan en desmedro de la estabilidad emocional de sus menores hijos; dispuso que sin perjuicio del desarrollo de las visitas fijadas, igualmente ambos progenitores acudan a orientación psicológica por el periodo de seis meses para las mejoras de sus destrezas y capacidades de su rol filial y puedan arribar a pautas comunes de crianza en beneficio de sus hijos, además de las recomendaciones señaladas en su informe psicológico.

Pues, la Jueza consideró:

- a) Que, la demandante no ha probado el fundamento de la convivencia favorable e identificación de ella para con sus menores hijos, que sustenta su demanda; toda vez que, los menores guardan una imagen positiva de la demandante –su madre-, pero han manifestado tener mayor vinculación afectiva con su padre y tienen una percepción hostil del entorno materno.

2.5.) Recurso de Apelación.- La demandante **Ruth Susan Peña Vásquez**, el 22 de diciembre de 2015, interpuso recurso de apelación (fojas 644) contra la sentencia, mediante el cual:

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

- a) Alega que, la juzgadora no tuvo en cuenta que después de haber pasado evaluación psicológica, -la demandante- fue a un taller psicológico, en busca de orientación psicológica, lo que no hizo el demandado, a pesar de tener una personalidad agresiva.
- b) Señala que, el demandado tiene una acusación fiscal por el delito de lesiones en su agravio –en la que se solicitó pena privativa de libertad con pérdida de la patria potestad-; sin embargo, el la juzgadora no tuvo en cuenta tal conducta violenta, por la que, incluso pidió garantías ante la gobernación de Surco.
- c) Indica que, el Juzgado no evaluó la conducta del demandado, quien de manera inescrupulosa y con el ánimo de obtener la tenencia de los menores, denunció al padre de la demandante, Juan Peña Ramírez, por presuntos actos contrarios al pudor; hechos falsos que dieron lugar al archivo de la denuncia.
- d) Agrega que, el demandado manipula a los menores, razón por la cual estos testificaron en contra de su madre.

PLURALIDAD DE LA INSTANCIA

2.6.) Sentencia de Revisión.- La Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, expidió la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución Nº 10 del 20 de julio de 2016 (fojas 834), que **revocó** la sentencia apelada, comprendida en la resolución Nº 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622) y, **reformándola** declaró **fundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez, quien tendrá la custodia de los menores de iniciales A.A.P.P. y G.J.P.P., correspondiendo se fije un régimen de visitas a favor de Jorge Alexander Peñafiel Varda, en los siguientes términos: **i)** días de semana: los días martes y jueves en el horario de 17:00 horas a 20:00 horas, con externamiento, sacándolos y retornándolos del hogar materno; **ii)** fines de semana: el primer y tercer sábado, así como el segundo y cuarto domingo de cada mes, el padre podrá recoger a sus menores hijos del hogar materno a las 09:00 horas y los retornará a las 18:00 horas, visitas con externamiento; **iii)** en Navidad y Año Nuevo los días 25 de diciembre y 01 de enero, los menores pasarán con su padre, en el horario de 11.00 a 20:00 horas, debiendo recogerlos del hogar materno y retornarlos al

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

mismo en los horarios antes indicados; **iv)** cumpleaños de los menores: ambos padres coordinarán la celebración y acompañarán a sus menores hijos en el hogar o en el lugar en el que deseen disfrutarlo; **v)** cumpleaños del padre: si la fecha del cumpleaños del padre fuera un día de semana, aquél recogerá a los menores del hogar materno a las 17:00 horas y los retornará al hogar materno a las 19:00 horas; si fuera sábado o domingo, pasará por los menores hijos a las 11:00 horas y los retornará al hogar materno a las 20:00 horas; pudiendo variarse el horario previo consentimiento de los menores hijos, a fin de no perturbar sus actividades académicas y recreativas. **Exhortaron** a las partes a deponer intereses personales en pro de sus menores hijos, concurriendo con ellos a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno – filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos.

Con el siguiente sustento:

- A)** La Sala consideró que, la demandante manifestó: *-con el demandado han llegado a un acuerdo verbal, la demandante señaló que se encuentra con sus hijos, por la denuncia que puso contra el demandado, a partir de esa fecha con el demandado se pusieron de acuerdo para que sus hijos estén dos o tres días con él y después retornarían con la demandante. El demandado manifestó que permite que la demandante lleve a los niños fuera de su casa para evitar escándalos y accidentes, y le da dinero para los alimentos de sus hijos cuando se van con ella-*. (fojas 353 - 354); asimismo, tuvo en cuenta: **i)** las razones de la demandante y del demandado para pretender ejercer la custodia de los hijos menores (fojas 194 - 200); **ii)** la entrevista al menor de iniciales A.A.P.P., cuando tenía 04 años de edad (fojas 281 a 282); **iii)** el acuerdo verbal de la demandante y demandado (folios 354), pues la primera hizo constar que sus menores hijos se encuentran con ella (fojas 194 a 200); **iv)** el Protocolo de Pericia Psicológica Nº 1586-13-SJR-EM-PSI del 07 de agosto de 2013, practicado al demandado, quien manifestó que la demandante tuvo mayor permanencia con sus menores hijos (fojas 250 a 254). Con lo que, la Sala de Familia, configuró el supuesto normativo del artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes.

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

PROCEDIMIENTO CASATORIO

3.- CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

Que, el recurso de casación, interpuesto por el demandado **Jorge Alexander Peñafiel Varda**, el 22 de agosto de 2016 (fojas 891), se declaró **procedente**, por auto calificadorio, del 13 de enero de 2017 (fojas 41 del cuaderno de casación), por la primera causal dispuesta en el artículo 386 del Código Procesal Civil, en el cual se comprendió la **infracción normativa de los artículos: A) 84 del Código de los Niños y Adolescentes; y, B) 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes.**

4.- MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso se centra en determinar si se ha respetado el derecho al debido proceso respecto del demandado Jorge Alexander Peñafiel Varda, en cuanto derecho fundamental; y, si se ha tenido en cuenta el principio del interés superior del niño de los menores sujetos a la pretensión de tenencia.

5.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE ESTA SALA

PRIMERO.- Que, al calificar el recurso de casación se declaró la procedencia por la causal de infracción normativa por vicios *in iudicando*; que, al atender sus efectos, es necesario realizar, el estudio y análisis de la infracción normativa material, pues en caso de ampararse la misma, deberá resolverse la controversia. Pues, conforme exige el numeral 4) del artículo 388 del Código Procesal Civil, el recurrente indicó que su pedido casatorio es revocatorio; por consiguiente, esta Suprema Sala Civil, se pronunciará respecto a la infracción normativa material en mérito a los efectos que la misma conlleva.

SEGUNDO.- Que, existe infracción normativa cuando la resolución impugnada padece de anomalía, exceso, error o vicio de derecho en el razonamiento judicial decisorio, lógico-jurídico *-ratio decidendi-*, en el que incurre el juzgador (interpretación errónea, aplicación indebida, inaplicación, contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, etcétera), perjudicial para la resolución de la

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

controversia y nocivo para el sistema jurídico, que se debe subsanar mediante las funciones del recurso de casación.

TERCERO.- Que, el recurrente denunció: **A) Infracción normativa, por interpretación errónea, del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes**, pues alega que, el referido artículo regula la facultad del Juez de otorgar la tenencia a quien mejor garantice el derecho del menor; sin embargo, la Sala de Familia resolvió otorgar la tenencia a la demandante pese a que de los medios probatorios actuados en el proceso, se desprende que el derecho de los menores estaría mejor garantizado con su persona y no con la demandante, en su condición de madre. **B) Infracción normativa de los artículos 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes**, pues aduce que, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, 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 considerar la posición del niño o adolescente. Asimismo, el artículo 85 de dicho código, señala que el Juez debe escuchar la opinión del niño y tener en cuenta la del adolescente. El recurrente, señala que, la Sala de Familia habría vulnerado los mencionados artículos cuando decidió otorgar la tenencia de sus menores hijos a la demandante porque no consideró la opinión de su hijo A.A.P.P, que manifestó en el protocolo de Pericia Psicológica y en la entrevista (fojas 188 y 281).

Que, se precisa las denuncias de los literales **A)** y **B)**, como puede verificarse, contienen argumentos en común, que las vinculan entre sí, esto es: el otorgamiento de la tenencia; lo que permite emitir un pronunciamiento en conjunto respecto de ellas.

CUARTO.- Que, para analizar la infracción normativa de las normas denunciadas, resulta pertinente que veamos el contenido de las mismas que regulan la tenencia: **“Artículo 81.- 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**

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

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 cuanto a las facultades del Juez especializado, el artículo 84, dispone: “*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.”*¹; así mismo, el artículo 85, sobre la opinión del menor precisa que: “*El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”.*

QUINTO.- Que, al subsumir la denuncia precedente, que guarda relación con la vulneración del principio del interés superior del niño y del derecho al debido proceso, se debe tener presente que la Suprema Corte de Casación Civil ha establecido que: “*(...) Si el **debido proceso** es el conjunto de garantías que protegen a los ciudadanos sometidos a cualquier proceso, con el fin de asegurarles una oportuna y recta administración de justicia, en orden a procurar seguridad jurídica y que las decisiones se pronuncien conforme a derecho, entonces es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material (...)*”²; en este mismo sentido, la Suprema Corte ha sancionado: “*(...) El derecho al **debido proceso** es un derecho fundamental de los justiciables, el cual no sólo les permite acceder al proceso ejercitando su derecho de acción, sino también a usar los mecanismos procesales preestablecidos en la ley con el fin de defender su derecho durante el proceso y conseguir una resolución emitida con sujeción a ley (...)*”³; la Corte Suprema también, resalta que: “*(...) El **debido proceso** está referido al*

¹ Los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes fueron modificados por el artículo 2 de la Ley Nº 29269, publicada el 17 de octubre de 2008.

² Casación 5425 – 2007 – Ica, uno de diciembre de 2008, Sala Civil Permanente - Corte Suprema.

³ Casación 194 – 2007 – San Martín, 3 de diciembre de 2008, Sala Civil Transitoria - Corte Suprema.

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, por el cual se posibilita que toda persona puede recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional efectiva a través de un procedimiento legal con la posibilidad de hacer uso irrestricto de su derecho de defensa así como de su derecho a probar, que se observen reglas procesales establecidas para cada procedimiento y que las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley (...)”⁴.

Con estas definiciones ahora abordaremos el caso concreto.

SEXTO.- Que, esta Sala Suprema en materia Civil, acoge con mucha preocupación la especialidad de familia, que en este caso nos presenta una controversia sobre la pretensión de la tenencia de los hijos menores de Ruth Susan Peña Vásquez –demandante- y Jorge Alexander Peñafiel Varda –demandado-, quienes, lamentablemente, han fallado como padres en la toma de decisión de quién de los dos debe ejercer la tenencia de sus hijos; pues, mediante el presente proceso han cedido su capacidad de decisión de padres a un tercero (el Poder Judicial), quien difícilmente sabrá cuál es mejor interés para los menores, que se debe proteger para su bienestar; sin embargo, este Poder del Estado, mediante sus Jueces ha hecho un esfuerzo laboral notable y ha tratado de tomar una decisión “paterno” judicial para el bienestar de los menores, veamos.

SÉTIMO.- Que, en ese sentido: **1)** con los mismos medios probatorios del presente proceso, tanto la Jueza Especializada de Familia, como los Jueces de la Sala Superior de Familia, han llegado a dos posiciones judiciales contrapuestas, cada uno con su criterio debidamente motivado. Así, la Jueza de Familia, decidió que el padre debe ejercer la tenencia de sus hijos menores; mientras que para los Jueces de la Sala de Familia, es la madre, quien debe ejercer la mencionada tenencia. Esta es la pretensión sobre la cual debe pronunciarse y resolver esta Sala Suprema. **2)** No, sin antes precisar, que pese a que los magistrados de primera y segunda instancia han tenido posiciones

⁴ Casación 1110 – 2007 – Santa, 3 de diciembre de 2008, Sala Civil Transitoria – Corte Suprema.

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

diferentes; también han *coincido* en **exhortar** a ambos padres a deponer intereses personales en pro de sus menores hijos, concurriendo con ellos a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno –filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos; en palabras simples, los Jueces les han llamado la atención para que dejen de pelear por sus intereses personales filiales, asuman su compromiso paterno y materno – filial, se comprometan con sus hijos y cuiden el bienestar de ellos, que los necesitan; pues son los únicos que podrán tomar la mejor decisión para la protección y desarrollo de sus hijos; sin embargo, no han hecho caso, han seguido renunciando a su capacidad de decidir como padres lo mejor para sus hijos, al persistir sus intereses personales, mediante la presentación del recurso de casación, y reforzar el otorgamiento de esa capacidad a este órgano jurisdiccional. Para ilustrar este punto, mencionaremos un caso, en los fundamentos jurídicos siguientes.

OCTAVO.- Que, el interés superior del niño, en principio exige que el este crezca en la compañía de ambos padres, y que cada uno cumpla sus deberes respectivos; ahora, no perdamos de vista (sobre todo la demandante y el demandado) las repercusiones de la separación y cómo ello afecta el derecho fundamental de la vida privada familiar y la de los hijos; y, pese a ese gran sufrir que les han propinado a sus hijos (separación) siguen litigando – peleando- mediante el presente juicio de tenencia. Es así que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de separación de un menor de su familia, ha sentado que para los padres e hijos, el estar juntos supone un elemento fundamental de su vida familiar, toda separación constituye una injerencia grave en la misma que habrá de ser satisfactoriamente motivadas, el referido Tribunal Europeo para valorar y establecer la proporcionalidad de la separación exige inexcusablemente estudiar a fondo la coyuntura familiar y recabar sobre ella todo tipo de información, ocupando dentro de esta, un lugar destacado las opiniones y posibles justificaciones de los padres, quienes en consecuencia deberían ser totalmente ilustrados de toda acción concerniente a

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

su hijo⁵; por ello, esta Sala Suprema está en pleno deber de dar primacía a las soluciones que no conlleven una separación, pues una vez que se detecte signos de deterioro del medio familiar, deberá intervenir con presteza y atención inmediata, mediante los servicios sociales de “integración” o “normalización”, en virtud del cual la intervención o actuación de los mismos deberá tender siempre al mantenimiento del niño en su ambiente familiar y social. Es decir, el apoyo familiar se diseña como instrumento prioritario de protección al menor y solamente de resultar inoperante este se podrá proceder a la adopción de otras medidas que implican la tenencia por un padre o madre y el régimen de visitas para el otro padre o madre, o la separación, etcétera. Ello tiene importancia por el respeto a los derechos de los padres y los derechos e intereses de los menores –G.J y A.A-; complejo de por sí como para que las autoridades se permitan ignorar fuentes de primera mano como son los propios miembros de la familia.

NOVENO.- Que, ahora bien abordemos el interés superior del niño como el límite y exigencia oponible al derecho del menor a no ser separado de sus padres. Y en primer lugar, se tiene que ni a nivel nacional ni internacional, encontramos definición legal del interés superior del niño o menor; es decir, no existe acuerdo –legal- sobre lo que constituye el interés del niño, menos sobre su “interés superior”. Pues, qué interpretación cabe dar a la calificación de “superior” contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño o del Código de los Niños y Adolescentes, desde el momento en que tal interés superior es una consideración primordial a tener en cuenta, pero no la única; ello en atención a que el mismo deberá ser apreciado respecto a un niño en concreto, de acuerdo a su concreta personalidad, en virtud de las concretas circunstancias que lo rodean y de acuerdo al concreto momento de su existencia en que se halle, pero sin perder de vista su evolución futura, frente a tanta concreción, dar una definición resulta complicado. Tampoco cabe negar que existe una aproximación a lo que el interés del niño representa: actuar

⁵ Caso R., W., y –B., v. Reino Unido, sentencia del 08 de julio de 1987.

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

guiados por el interés superior del niño sería hacer lo que más va a beneficiarle para su desarrollo armónico y equilibrado como individuo, hacer “lo mejor para él”. Ante ello, la doctrina opta por enumerar factores (su edad, sexo, educación, religión, ventajas materiales, factores médicos y psicológicos, los deseos de los padres, la conducta para con sus hijos, opiniones del niño, la necesidad de continuidad en la evolución del niño, el riesgo de daño, las necesidades del niño, etcétera) para su determinación en base a que el menor no tiene un único interés, sino varios.

DÉCIMO.- Que, así pues en lo que a la separación de los padres de los menores tutelados se refiere, no basta con considerar exclusivamente el interés del niño, esto es, si estaría objetivamente mejor con sus necesidades de otro tipo –materiales, educación, afectivas, mejor cubiertas bien con su padre o madre. Por el contrario, el juez debe sopesar todos los intereses –también el derecho de sus padres a la vida familiar y a educar a su propio hijo, y agotar todas las posibilidades de cohabitarlos, y únicamente cuando el bienestar del niño no pueda en modo alguno compatibilizarse con el derecho de sus padres a cuidar de ellos –G.J. y A.A-. Es decir, se deberá tomar en cuenta todos y cada uno de los intereses concurrentes y resolver en consecuencia.

UNDÉCIMO.- Que, esto nos lleva a la conclusión de que cuando cualquier autoridad haya de decidir en un caso en el que los menores se ven afectados, deberá tomar en cuenta todos y cada uno de los intereses concurrentes – también los de los padres-, proceder a calibrarlos, prestar especial atención a las demandas del interés del menor y resolver en consecuencia⁶. Aquí, comentaremos el caso que mencionamos en el fundamento jurídico sétimo, resuelto por Tribunales ingleses, que ayudará a exponer los derechos en conflicto: *una niña de seis semanas, fue confiada a un matrimonio sin hijos, por sus padres, quienes atravesaron una situación familiar tensa (el matrimonio*

⁶ El Derecho del menor a no ser separado de sus padres: SALANOVA VILLANUEVA, Marta –Universidad de Zaragoza-, Derecho Privado y Constitución, Núm. 7. Setiembre-diciembre 1995, p. 231-297.

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

sufrió graves dificultades económicas y la madre estuvo siendo sometida a tratamientos contra su heroínomanía); algunos meses después la madre reclamó la devolución de su hija, a lo que los acogedores se negaron, pretendiendo su adopción. En Primera instancia se falló a favor de los acogedores: la niña, que apenas si había vivido con su madre y dado lo escaso de su edad, sin duda no tuvo tiempo de crear vínculos afectivos con ella, obviamente se desarrollaría mejor en el seno de una familia acomodada y respetable, que con su madre, carente de estabilidad económica y hasta hace poco (y quizás todavía) drogodependiente (nada se dice del padre⁷, quien presumiblemente había roto su convivencia con la mujer); nadie podría acusar a la decisión de no atender al interés fundamental de la niña. No obstante, en segunda instancia se rechazó la resolución inicial, tomándose ahora en cuenta también los intereses y derechos de la madre a cuidar y educar a su hija: la niña podría estar abstractamente “mejor” con los acogedores que con su madre, pero ello no es suficiente para darle la espalda a la vida familiar de esta –dentro de la cual está el interés de la niña-, haría falta que el interés de la niña se revelase claramente contrario a su vuelta junto a ella para que la separación fuese viable. La sentencia declaró: “(...) la madre debe mostrarse totalmente carente de aptitud antes de que otra familia se tome en consideración, de lo contrario estamos en grave riesgo de decaer en la ingeniería social (...)”⁸. Pues “ya no basta con calibrar aisladamente el interés del menor”, sin considerar a su familia. El punto que se pretende ilustrar y reforzar es que, nadie mejor que los padres unidos podrán tomar una decisión en conjunto para cuidar del interés de sus hijos. Pero, desdichadamente, en el presente caso ambos padres están desunidos, con desacuerdos, peleas y juicios que no les permiten ver el real y verdadero interés de sus hijos –G.J y A.A-. Así mismo, la pretensión de tenencia se vuelve menos compleja en la medida que la decisión

⁷ Lo cual es completamente diferente en el presente caso concreto, pues el padre solicitó la entrega de su menor hijo.

⁸ Citado por Marta Salanova Villanueva (Universidad de Zaragoza) en El Derecho del Menor a no ser Separado de sus Padres en Derecho Privado y Constitución número 7 setiembre de 1995, de En re.K. (A minor) (Warship: adoption) 1 F.L.R. 57, de Eekelaar, J. “The Wardship Jurisdiction, children’s welfare and parent’s rights”, The Law Quarterly Review, v. 107, julio 1991, pp 386.

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

judicial a recaer no es sobre la entrega de los menores a un tercero (orfelinato, etcétera), sino que, es sobre si al padre o a la madre se le debe entregar la pretendida tenencia para que cuide mejor de los intereses de los menores. Precisando, finalmente, que ninguna decisión judicial de tenencia es inamovible o inalterable, menos constituye cosa juzgada, pues cualquiera de los padres está plenamente facultado a interponer la demanda de variación de tenencia siempre y cuando muestre madurez paterno o materno – filial, para con sus hijos; por ello, una vez más se exhorta a la demandante y al demandado que dejen de litigar y empiecen a decidir por el interés y bienestar de los menores, conforme se los exclama el interés superior de sus hijos.

DUODÉCIMO.- Que, en el caso de autos en concreto el interés superior de los niños tutelados no conlleva a desechar las prerrogativas de los padres -Ruth y Jorge-, sino únicamente una subordinación de estas a favor de ellos. Por ello, lamentablemente, pasaremos a analizar que, entre Ruth Susan Peña Vásquez –demandante- y Jorge Alexander Peñafiel Varda –demandado- existen varias denuncias por maltrato familiar, encontrándose algunas en trámite; entre ellas, una correspondiente al expediente Nº 183521-2012, del 21 de marzo de 2012, en el que ambas partes llegan a una conciliación, el demandado le ofreció disculpas públicas a la demandante; otro proceso judicial, por violencia familiar en el que se declaró fundada la demanda en agravio de la ahora demandante; pero con tales procesos, no se ha probado en el presente caso de tenencia que alguno de los progenitores haya sido encontrado responsable por actos de maltrato en agravio de sus menores hijos.

DÉCIMO TERCERO.- Que, por la falta de comprensión y mutuo acuerdo entre las partes, en su principal responsabilidad como padre y madre de los menores, esta última, Ruth Susan Peña Vásquez, el 26 de marzo de 2013, se vio en la necesidad de interponer la demanda de tenencia, en cuya audiencia única han declarado que los niños estuvieron a cargo de la madre y que – actualmente- se encuentran con el demandado desde el 13 de enero de 2013;

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

que la demandante no lo apoya moral, presencial ni económicamente; que, la demandante trabaja por horas y eventualmente (fojas 194).

DÉCIMO CUARTO.- Que, la demandante sustenta su pretensión de tenencia en que el demandado no tiene un trabajo conocido o estable y es violento; sin embargo, ello no ha sido probado; por el contrario, se verifica lo siguiente: **i) El Protocolo psicológico Nº 000046-2013** del niño **A.A.P.P** (fojas 439 a 445), realizado en el Instituto de Medicina Legal a solicitud de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, *informa* que el niño proviene de un hogar disfuncional con conflictos entre sus padres quienes tienen antecedentes de violencia familiar, mostrando más identificación con el padre, percibiendo a la madre como distante y poco accesible; que presenta percepción de inestabilidad en sus relaciones familiares y reacción ansiosa compatible con conflicto parental. **ii) Evaluación psicológica del menor A.A.P.P** (fojas 188), en el que *informa* que –el menor- guarda el deseo de vivir con ambos padres, se verificó mayor vinculación afectiva hacia la figura paterna, a quien lo percibe como una persona encargada de su cuidado, le imparte pautas, comparten actividades con el menor y le brinda afecto; tiene una imagen positiva de la madre, piensa que su madre no está porque está trabajando, muestra recelo por la familia materna, principalmente por el abuelo, viéndolo como hostil y agresivo. **iii) Entrevista al menor A.A.P.P** (fojas 281), quien expresa que vive con su padre, hermanito, abuelos y tíos; que, se siente bien al vivir con su padre; y, cuando se le preguntó si deseaba ir a vivir a la casa de su madre, señaló que Pety (su abuela materna) es mala, le roba, pero sí desea que su madre lo visite. **iv) Documentación que** acredita las actividades educativas y atención de los niños, pagos realizados por el demandado (fojas 78 a 80). **v) Fotografías familiares** (fojas 215, 217 a 222), que muestran una relación de inmediatez y familiaridad entre el demandado y sus menores hijos. **vi) Certificado psicosomático realizado al menor G.J.P.P** (fojas 203), que concluye que se encuentra en buen estado de salud física y desarrollo psicosomático adecuado; clínica y hemodinámicamente estable. **vii) Informe social de la visita realizada en el hogar del demandado** donde se encontró a los menores (fojas

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

174), *informa* que los menores viven con el demandado en un minidepartamento con entrada independiente, servicios básicos y mobiliario indispensable, habitación para los niños; halló a los menores aseados, vestidos adecuadamente, con sus vacunas correspondientes a su edad, asisten al colegio y a estimulación temprana (respectivamente –A.A y G.J.-); averiguó que el demandado distribuye su tiempo en el cuidado de sus hijos, cuenta con el apoyo de sus padres, especialmente el de su madre, quien cuida a los menores cuando el demandado asiste a su centro de trabajo; tiene trabajo. **viii) Evaluación psicológica a la demandante** (fojas 255), en la que se *informó* que aun cuando la demandante tiene propósitos de estar con sus menores hijos, también se le observa interesada en cuestiones irreflexivas y ligeras más que sensatas, es emocionalmente inmadura, con rasgos superficiales, con poca reflexividad y vana, siendo poco asertiva en la solución de dificultades, evitando situaciones desagradables antes de enfrentarlas con la actitud que la situación amerite; que se le percibe perturbada y temerosa ante el enlace con el padre de sus hijos, con negación de sostener comunicación con este si llegase a conseguir la tenencia, más no desea que sus hijos pierdan ese contacto (contradicción); que, se le recomendó orientación psicológica para madurar el rol de madre y asumir mayores condiciones afectivas que requieren los menores de edad. **ix) Informe social de la demandante** (fojas 179), *informa* que vive con su madre, trabaja por temporadas, está buscando empleo, cuenta con el apoyo de su padre y madre, los que solventan los gastos.

DÉCIMO QUINTO.- Que, conforme a la disposición normativa, los padres que están separados de hecho, no se han puesto de común acuerdo para ejercer la tenencia de sus hijos ni han tenido en cuenta el parecer de los menores. Entonces, como no existe acuerdo entre Ruth y Jorge, y la tenencia de hecho que existe puede resultar perjudicial para sus hijos al estar en disputa judicial, han dejado que la resuelva la Juez y la Sala de Familia, y ahora la Corte Suprema, que dictará las medidas necesarias para su cumplimiento, y salvaguardara en todo momento del interés superior de los niños. Pues, al

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

CASACIÓN Nº 3496 – 2016

LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

someter su pretensión de tenencia al Juez, lo han facultado para decidir teniendo en cuenta: **a)** Que, deberán permanecer con el progenitor con quien convivieron mayor tiempo, ***siempre que le sea favorable***; y, **b)** para el padre o madre que no obtenga la tenencia debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el Juez priorizará el otorgamiento de la tenencia al padre que mejor garantice el derecho de los menores a mantener contacto con el otro progenitor; así mismo, este Supremo Tribunal debe tener presente la opinión de los mismos.

DÉCIMO SEXTO.- Que, del análisis de los elementos probatorios en conjunto, **no** se ha probado el supuesto de convivencia favorable e identificación de la demandante para con sus menores hijos, máxime, si a pesar de que los menores guardan una buena imagen de ella, han manifestado tener mayor vinculación con su padre y tienen una percepción hostil del entorno materno. Tampoco se ha probado que el taller al que alude la demandante genere peligro en la salud de los menores, pues si bien presentó constancias médicas del menor A.A.P.P (fojas 395-402), en las que se detalla un diagnóstico de hipertrofia adenoidea, pero en dicha documentación no se precisó la causa de la enfermedad. Sí, se ha acreditado que el demandado brinda tiempo y atención afectiva a los menores sujetos a tenencia, que es una persona con trabajo, pues del informe social (fojas 174), consta que este tiene el reconocimiento de sus hijos (opinión de los menores) percibe ingresos por sus actividades laborales que permite procurar el bienestar material de los menores; por otra parte, la propia demandante manifestó en el informe social (fojas 179), que tiene actividades diversas, no tiene una labor fija, sino esporádica, está en búsqueda de trabajo y que no aporta económicamente en la manutención de los menores. Que, en tal sentido, se verifica que las alegaciones de la denuncia vertida por el casacionista tienen base real y jurídica por cuanto se constata la concurrencia de vicios en la valoración de los medios probatorios. Por esta razón, se procede a hacer lo que, objetivamente, más va a beneficiar a los menores para su desarrollo armónico y equilibrado, hacer “lo mejor para ellos”; toda vez que, no se ha probado el presupuesto del

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

literal b) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, los menores *deberán permanecer con la demandante con quien convivieron mayor tiempo*, pero ello no *les es favorable*, e incluso a la data actual, se tendría que los menores permanecieron igual o similar tiempo con el padre. Que, en consecuencia, el recurso de casación debe ser amparado al haberse incurrido en la infracción normativa denunciada, que afecta los actos procesales que lo componen, el que debe ser superado, y así cumplir con garantizar el derecho al debido proceso.

6.- DECISIÓN EN CASACIÓN:

Por estos fundamentos, declararon: **I) FUNDADO** el recurso de casación (fojas 891), presentado por el demandado Jorge Alexander Peñafiel Varda; **CASARON** la resolución impugnada, en consecuencia: **NULA** la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución Nº 10 del 20 de julio de 2016 (fojas 834), que **revocó** la sentencia apelada, comprendida en la resolución Nº 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que pronunció la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Y al resolver como sede de instancia: **II) CONFIRMARON** la sentencia apelada, contenida en la resolución Nº 35, de 3 de noviembre de 2015 (fojas 622), que declaró: **infundada** la demanda de tenencia interpuesta por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda respecto de los niños A.A. y G.J.P.P; fijó un régimen de visita con externamiento a favor de la demandante el primer y tercer sábado, segundo y cuarto domingo de cada mes de nueve de la mañana a cinco de la tarde, así como martes y jueves de cada semana podrá recoger a los menores a la salida del colegio, y debe retornarlos al domicilio paterno a las siete de la noche. **Exhortaron –por última vez-** a ambos padres que, *entiendan*, dejen de lado intereses personales y actitudes que vayan en perjuicio de la estabilidad emocional de sus menores hijos; **dispusieron** que sin perjuicio del desarrollo de las visitas fijadas, igualmente ambos progenitores concurren –con sus hijos- a terapias de consejería psicológica orientadas a mejorar su relación paterno y materno – filial, que les permita asimilar pautas de crianza y disciplina idóneas para el bienestar de sus hijos, por el periodo de

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

**CASACIÓN Nº 3496 – 2016
LIMA
Tenencia y Custodia de Menor**

nueve meses para las mejoras de sus destrezas y capacidades de su rol filial y puedan arribar a pautas comunes de crianza en beneficio de sus hijos, sujeto a control y verificación acreditada por la Jueza de Familia, en forma trimestral, quien deberá aplicar los apremios correspondientes en caso de incumplimiento de las terapias psicológicas. Sin costas y costos. **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Ruth Susan Peña Vásquez contra Jorge Alexander Peñafiel Varda, sobre tenencia de menor; y, los devolvieron. Conformada la Sala la Jueza Suprema señora Céspedes Cabala, por licencia del Juez Supremo señor Távara Córdova. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **Huamani Llamas**.

SS.

HUAMANÍ LLAMAS

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

CHAVES ZAPATER

SÁNCHEZ MELGAREJO

CÉSPEDES CABALA

Ppa/Lrr.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI

Tenencia y Custodia de Menor

Tenencia y Custodia de Menor:

Para decidir sobre la tenencia y custodia del menor debe examinarse si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es la apropiada para la crianza del menor.
CNA Art. IX TP y Art. 3.

Lima, dieciocho de marzo de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con el acompañado; vista la causa número mil trescientos ochenta y cuatro - dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO:

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por el demandado **Marco David Melgarejo Cárdenas** (página trescientos ochenta y cuatro), contra la sentencia de vista de fecha veinticinco de enero de dos mil doce (página trescientos treinta), que confirma la sentencia de primera instancia del cuatro de octubre de dos mil once (página doscientos ochenta y seis), que declara fundada en parte la demanda, en el proceso seguido por Techy Lisset Martínez Flores, sobre tenencia de menor.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

Se tiene que Techy Lisset Martínez Flores interpone demanda (página treinta y nueve, subsanada en la página ciento cuarenta y cinco) a fin de que se le otorgue la tenencia de su menor hijo Marco David Melgarejo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

Martínez, señalando que producto de sus relaciones extramatrimoniales con el demandado ha procreado a su menor hijo que ya tiene siete años de edad, quien desde su estado de gestación hasta la edad indicada ha estado bajo su cuidado, puesto que su padre biológico nunca cumplió su rol de padre. Refiere que si bien en el parto y post parto éste la apoyó económicamente y de manera ocasional le enviaba sumas de dinero que oscilaban entre cincuenta a cien nuevos soles cada dos o tres meses, nunca se preocupó por el menor, ya que nunca le acudió con una pensión adecuada a las necesidades de su hijo. Indica que el día veintiséis de diciembre de dos mil nueve, con el pretexto de comprarle regalos por navidad y año nuevo, en coordinación con su tío Isaías Melgarejo, el demandado le solicitó que su menor hijo pase las fiestas con su padre, sin poner en duda ni cuestionar su buena fe y por el bienestar de su hijo la demandante concedió el permiso solicitado, sin saber que a partir de dicha fecha no vería más a su hijo. Señala que desde que el demandado se llevó al menor lo ha aislado totalmente de su persona y de su familia, desconociendo hasta la fecha donde se encuentre, puesto que lo mantiene incomunicado; añade que el demandado no tiene domicilio fijo, viaja constantemente por negocios y no tiene hogar constituido, lo que hace que su hijo corra el riesgo de que se críe con terceras personas que no son propiamente su familia.

2. Contestación de la demanda.

En tanto, Marco David Melgarejo Cárdenas contesta la demanda (página cincuenta y tres), señalando que es falso que nunca haya asumido su rol de padre, por cuanto constante, permanente y casi diariamente estaba pendiente de su hijo, tanto en su desarrollo socio-psico-emocional como en lo económico, pues los gastos que realizaba su menor hijo eran cubiertos por él, pues de lo contrario la demandante le hubiera entablado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI

Tenencia y Custodia de Menor

una demanda que el caso ameritaba. Indica que la accionante ya posee otro compromiso marital y que estaba a punto de dar a luz a su segundo hijo, que vive en la casa de su madre de manera hacinada y no adecuada para su hijo, aunado al hecho de su precaria e incipiente situación económica. Alega que por esa razón, en acto voluntario, sin presión de ningún tipo, procedió a entregarle a su menor hijo hasta que de a luz, consiga una vivienda adecuada y mejore su situación económica. Agrega que es totalmente falso que la demandante haya trabajado duro para mantener y educar al menor, ya que ella jamás ha trabajado ni ha tenido ingreso alguno para gastar en la manutención y educación del menor, siendo que todo lo invertido en su formación fue realizado por su persona. Sostiene que la accionante sabe perfectamente cuál es su domicilio real. Finalmente, reconviene y propone régimen de visitas, para que el juez determine de manera adecuada y prudencial los días y horas en que la demandante tendrá derecho a la visita de su menor hijo.

3. Puntos controvertidos.

Se fijó como punto controvertido (página noventa y seis) determinar si procede o no declarar la tenencia del menor Marco David Melgarejo Martínez a favor de la demandante.

4. Resolución de primera instancia.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez emite la sentencia de fecha cuatro de octubre de dos mil once declarando fundada en parte la demanda y disponiendo que el demandado Marco David Melgarejo Cárdenas podrá visitar a su menor hijo todos los días del mes fuera del horario escolar, dentro o fuera del domicilio donde radique el menor, pudiendo retirarlo todos los domingos de cada mes desde las nueve horas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI

Tenencia y Custodia de Menor

de la mañana hasta las diecinueve horas. La sentencia argumenta que de conformidad con el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes: *"(En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, 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 años permanecerá con la madre; y, c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un régimen de visitas"*. En esa perspectiva, la sentencia indica que el menor ha convivido con su progenitora hasta la edad de siete años, es decir, ha convivido mayor tiempo con su progenitora; tiempo durante el cual ha estado pendiente de su salud, como se aprecia de las documentales de las páginas veinticinco a treinta y tres; asimismo el menor ha venido cursando estudios de primer y segundo grado de primaria (páginas tres a veintiuno). El fallo expresa que la versión del demandado de que su menor hijo le fue entregado en forma voluntaria por la demandante no se encuentra acreditado en autos y si bien el demandado prueba haber costado algunos gastos de vestimenta, juguetes del menor; sin embargo, respecto del consumo de alimentos no se tiene certeza que el demandado haya cumplido esas obligaciones. Asimismo, la sentencia tiene en cuenta que el demandado ha referido que el menor vive con sus familiares maternos, a lo que debe agregarse que el demandado sostiene que tiene negocios en diversos lugares del país, de lo que se colige que no permanece regularmente con su menor hijo. Por último, la sentencia toma en cuenta que el demandado no ha cumplido con concurrir a la audiencia complementaria conjuntamente con el menor, con lo cual el Juzgador se ha visto imposibilitado de apreciar la opinión libre de éste sobre el asunto que le afecte.

5. Fundamentos de la apelación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

Mediante escrito de la página doscientos noventa y nueve, el demandado Marco David Melgarejo Cárdenas, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando que el juez de la causa no ha efectuado una debida motivación y apreciación lógica de los medios probatorios aportados por las partes. Sostiene que el Juez sólo se ha dedicado a constatar el mayor tiempo de convivencia con la demandante, pero no ha expresado cuáles son las condiciones psicológicas, socioeducativas y materiales que le sea mas favorable al menor. Señala que se advierte de la recurrida la ausencia de una prueba sustancial, el cual es el informe social, que debió efectuar la asistente social y psicóloga del equipo disciplinario de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, en el domicilio de la demandante.

6. Resolución de segunda instancia:

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce confirma la resolución de primera instancia, señalando que el demandado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, circunstancia que se demuestra con el hecho de que el recurrente fue renuente a traer al menor a las audiencias a fin de recibir su declaración, lo que demuestra además que el demandado no respeta el derecho de la efectividad de las resoluciones judiciales retardando no sólo la resolución de la presente causa, sino también impidiendo que su menor hijo pudiera interactuar y relacionarse aunque sea durante el desarrollo de la audiencia con su madre, además que no se pueda escuchar la opinión del mismo, conforme lo prescribe el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes. El fallo también señala que la remisión de dinero a la madre del menor ha sido esporádica de acuerdo a las boletas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

presentadas en autos, además de las mismas boletas se advierte que algunas no corresponden a las necesidades del menor como las presentadas en las páginas ciento diecinueve, ciento veintitrés y ciento veintisiete, aunado a que las boletas de consumo de alimentos no generan certeza que éstos se hayan compartido con el hijo. Respecto del alegato referente a que no se han practicado informes multidisciplinarios, cabe precisar que de acuerdo al artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes estas diligencias son facultativas y además no se han verificado por causas imputables al demandado, pese a haber sido requerido, toda vez que no ha cumplido con asistir a las audiencias con el menor, siendo que en el incidente de tenencia provisional la Asistente Social no pudo realizar su trabajo porque el menor no domicilia en la dirección indicada por el recurrente.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha veinte de agosto de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado, por la infracción normativa: i) del artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes; ii) del artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes; iii) del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y de manera excepcional por: iv) infracción normativa del artículo 139, incisos 3° y 5°, de la Constitución Política del Estado.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA A DEBATIR.

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si existe infracción al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, y si se han infringido las normas sobre tenencia y custodia de menores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

1. El debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten unos determinados requisitos mínimos, tales requisitos, que han sido objeto de discusión², en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa); (ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; y, (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.
2. Se debe hacer la precisión que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal, y que tales hechos no han sido cuestionados,

¹Carocca Pérez, Alex. **El debido proceso y la tutela judicial efectiva en España.** Normas Legales. Octubre, 1997, pp. A 81 - A 104.

²Por ejemplo, para Bernardis, por su parte, considera, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, que ese "máximo de mínimos" estaría constituido por los requisitos de notificación y audiencia (notice and hearing). Bernardis, Luis Marcelo de. La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco Editor. Lima 1995, pp. 392-414.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

por lo que este Tribunal verificará si existen defectos de la motivación.

3. Cabe indicar que: *“La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Artículo 139 incisos 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente³”.*
4. En esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: **(i) Como premisa normativa** la sentencia ha considerado: -) el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes en el extremo que establece las consideraciones a tenerse en cuenta al momento de resolverse la tenencia de un menor ante la existencia de un desacuerdo: *“a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (...) c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas”;* -) el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes: *“El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”*, ya que se tiene que ante la negativa del demandado a concurrir conjuntamente con el menor, no se ha podido tomar en cuenta la opinión del éste; lo que habría impedido además realizar los informes multidisciplinarios referidos en el artículo 175 del

³ Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Separata Especial, veintiuno de abril de dos mil ocho, p. 22013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI

Tenencia y Custodia de Menor

mismo cuerpo normativo; y, -) el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*". (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha indicado: -) la renuencia del demandado a llevar al órgano jurisdiccional al menor a fin de recibir su declaración; -) el que haya depositado de manera esporádica gastos para la alimentación del menor; y, -) que el menor pasó más tiempo al cuidado de su madre. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que el demandado no preserva y tutela el interés superior de su menor hijo, al no dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Superior –concurrir con el menor a la audiencia señalada– lo que ha ocasionado que se decline la integración familiar, lo que permitiría aseverar razonablemente y objetivamente que de tener la tenencia el demandado, la demandante pudiera mantener contacto con su hijo. Tal como se advierte la deducción lógica de la Sala Superior es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

5. En lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas⁴, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera⁵. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la

⁴ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En <http://razonamientojuridico.blogspot.com>.

⁵ Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep Maria. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI

Tenencia y Custodia de Menor

Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas glosadas son suficientes para resolver el presente caso, toda vez que se relacionan con el objeto de la controversia. Por consiguiente, no existe infracción a las normas relativas al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales.

6. Respecto a la supuesta infracción normativa del artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes se tiene que los argumentos del demandado para fundamentar dicha infracción no guardan relación con el tema en discusión. En efecto, el referido dispositivo prescribe: *“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”*, tal norma hace alusión al deber del Estado a la defensa de la biodiversidad. Así Walter Ricardo Rojas Sarapura señala: *“se ha establecido que todo menor de edad tiene el derecho a residir y lograra su adecuado desarrollo psicológico en un ambiente saludable, el mismo que esté acorde con la utilización conveniente de los recursos naturales de nuestro país; determinándose de acuerdo al artículo 2, inciso 22 y artículo 68 del Texto Constitucional, que es competencia del Estado proteger la diversidad biológica y las áreas naturales, considerándose que éstos son patrimonio inalienable de la Nación; del mismo modo la legislación penal reprime los delitos que se perpetren en contra de la Ecología, conforme se establece del artículo 304 del Código Penal vigente⁶.”*
7. Sin perjuicio de lo expuesto debemos señalar que el cuestionamiento que se hace al lugar en donde viviría el menor con su madre, con su actual pareja y el menor hijo de ambos, no basta para presumir que se encontraría en un ambiente no adecuado para su desarrollo,

⁶ ROJAS SARAPURA Walter Ricardo. Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. Perú. Editoria Fecat, Pág. 21.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

puesto que ello significaría *a priori* considerar que para cautelar la vida de sus hijos, las parejas separadas deban permanecer solitarias sin poder encontrar los afectos necesarios para la vida en relación. Tal idea debe descartarse, no sólo por constituir un prejuicio sin sustento alguno, como porque supone una infracción al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad; lo que corresponde, en cambio, es verificar si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es la apropiada para la crianza del menor.

8. En esa perspectiva se tiene que el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes garantiza no sólo el derecho del menor a vivir en una familia, sino además el deber de los padres a velar porque sus hijos reciban cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral. Tal cuidado exige, entre otros supuestos, el cumplimiento de los mandatos judiciales, dado que ello evidencia el respeto a las normas jurídicas y permite verificar el estado físico y emocional del menor.
9. Sin embargo, en el presente caso el recurrente no cumplió con llevar al menor a la audiencia ordenada por el Juez, impidiendo que se evalúe a éste y observar el trato y el ambiente social en el que se desarrollaba, lo que demuestra falta de interés en colaborar con el órgano jurisdiccional y un comportamiento reñido con el respeto al ordenamiento legal que no puede ser admitido.
10. Por consiguiente, debe descartarse el reclamo del recurrente por el incumplimiento por parte del Juez de no ordenar que se lleve a cabo un informe social y evaluaciones psicológicas, conforme lo prescribe el artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes, toda vez que se ha valorado (en la resolución de fecha veintiocho de setiembre de dos mil once del incidente de tenencia provisional) el Informe Social N° 158, en el que se da cuenta que el demandado no tiene residencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI

Tenencia y Custodia de Menor

figa y que en el nuevo domicilio fijado por éste se ubica una casa demolida y cubre la entrada del lote dos bloques de madera, lo que hace constatar que el menor no vive en dicho domicilio. Del mismo modo, como se ha señalado antes, el demandado incumplió con concurrir en compañía del menor a las audiencias señaladas, por lo que no puede utilizar a su favor su propia negligencia para invocar una norma cuya ejecución él mismo se encargó de desatender. Por lo demás, lo expuesto en el artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes es una facultad discrecional de Juez, quien cuando considere que el caso lo amerite recurrirá a estos mecanismos (informe social y evaluación psicológica), sin perjuicio de extraer de la conducta de las partes razones suficientes para emitir el fallo que corresponda.

11. Por último, en la sentencia de vista tampoco existe infracción al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, pues precisamente es en defensa del "interés superior" del menor que el juez, meritando la conducta del recurrente (incumplimiento de los mandatos judiciales), la actitud de la madre (respeto al ordenamiento jurídico), la edad del niño (en la actualidad nueve años), el tiempo de permanencia del menor con su madre (siete años) ha otorgado la tenencia a la demandante, todo ello en concordancia con el último párrafo del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes que establece que "(...) *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*".

12. Estando a lo expuesto no se evidencia que se haya infringido ninguna de las normas denunciadas; antes bien, ellas han sido correctamente aplicadas e interpretadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

VI. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo en lo Civil, y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Marco David Melgarejo Cárdenas (página trescientos ochenta y cuatro); en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veinticinco de enero de dos mil doce (página trescientos treinta); **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por Techy Lisset Martínez Flores con Marco David Melgarejo Cárdenas, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas.-**

S.S.

ALMENARA BRYSON

TELLO GILARDI

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Jcyp/Ymbs.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DR. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

SUMILLA: Las normas sobre tenencia y custodia no son normas fatales, imperativas, que no admitan modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata una regla jurídica flexible, que se adecua a lo que lo favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "*interés superior*", considera al menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad.

Lima, diez de setiembre de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número mil novecientos sesenta y uno guión dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO:

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la demandada **Ana Cecilia Torres del Águila**, mediante escrito de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos veintitrés, contra la resolución número cinco de fecha dieciséis de marzo de dos mil doce que, entre otros, revoca la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda sobre tenencia y reformándola, la declara fundada y, en consecuencia, otorgan la tenencia y custodia de los niños a favor de su padre; asimismo fijaron un régimen de visitas a favor de la demandada, con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

Por escrito de fojas diecisiete, William Fernando Miranda Dueñas, interpone demanda de tenencia de menores, tratamiento psiquiátrico y psicológico, pensión de alimentos y régimen de visitas, alegando que fruto de su matrimonio civil con la demandada procrearon dos menores hijos Lucianna Jimena Miranda Torres y Guillermo Andrés Miranda Torres, de siete y tres años de edad, siendo que hace tres años la demandada fue diagnosticada con trastorno bipolar lo que le produce constante evolución y cambio de los estados de ánimo, lo que determinó su alejamiento del hogar conyugal debido a su comportamiento cambiante y su agresividad que hacia imposible la vida conyugal. Agrega que uno de los síntomas que padece es el gasto compulsivo, que hizo que después de ocho meses de su retiro lo demande por el pago de una pensión de alimentos a pesar de que en ningún momento incumplió sus obligaciones como padre; asimismo, señala que sin existir ningún tipo de agresión hacia la demandada ésta lo denunció por maltrato físico y psicológico y en mérito a ellos se sigue un proceso por violencia familiar y se abrió un proceso penal por faltas contra el ahora demandante en el que se le absolvió. Señala que la demandada niega la enfermedad de trastorno de bipolaridad por lo que truncó todos los tratamientos que recibió a lo largo de estos años reflejándose en su conducta, lo que lleva a pensar que en algún momento la demandada en fase maniaca y depresiva pueda ocasionar daños psicológicos o físicos a sus hijos y al recurrente.

2. Contestación de la demanda:

Mediante escrito obrante a fojas treinta y seis, Ana Cecilia Torres Águila, contesta la demanda, primero, deduciendo excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, señalando que éste abandonó el hogar conyugal, sustrayéndose a obligaciones de padre, lo cual llevó a que lo demandara por alimentos a favor de sus dos menores hijos, siendo así el demandante no podía demandar tenencia pues antes habría sido

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

demandado por alimentos; asimismo contesta la demanda, señalando que en lo que respecta a la afirmación del demandante de que ella adolezca de enfermedad mental se trata sólo una afirmación de parte que no se sustenta en ninguna prueba y que lo único que pretende es presionarla y desgastarla al extremo que no tenga fuerza mental para reclamarle los alimentos.

3. Puntos controvertidos:

Conforme aparece a fojas ciento treinta, habiéndose declarado infundada la excepción deducida por la demandada mediante resolución número seis, y luego de declararse saneado el proceso, se fijaron como puntos controvertidos, determinar si debe declararse la tenencia de los menores Lucianna Jimena y Guillermo Andrés Miranda Torres de ocho y cuatro años de edad, a favor del padre demandante; y, como consecuencia de ello, fijar un régimen de visitas a favor de la madre demandada; para este efecto deberá determinarse la existencia de una causa debidamente justificada, pues las partes reconocen que el demandante ha sido demandado por alimentos antes del inicio del presente proceso.

4. Resolución de primera instancia:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución número veintiocho obrante a fojas quinientos setenta y uno, su fecha veintiuno de marzo de dos mil once, declaró infundada la demanda; fundamentando la misma en:

- 4.1.** Del Informe Psicológico de fojas ciento siete, practicado a la demandada, no se aprecia que la misma adolezca de trastorno bipolar o que sea un peligro para sus hijos; de la Evaluación Psiquiatra de fojas ciento cincuenta y uno, se concluye que la demandada no presenta psicosis y su personalidad está dentro de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

los parámetros normales con rasgos inestables, no indicando la existencia de trastorno bipolar que le impida cuidar a sus hijos.

4.2. Durante las audiencias se llevó a cabo la exhibición y ratificación de la pericia del Dr. Juan Alejos Zirena en su calidad de neurólogo, del Dr. Víctor Orlado Cruz Campos psiquiatra y de la psiquiatra Rosa Casanova Solimano, quienes no diagnosticaron trastorno bipolar, pero sí personalidad dentro de los parámetros normales con rasgos inestables, trastorno afectivo, no arrojando ningún trastorno de disfunción cerebral, trastorno esquizo-afectivo, depresión, no habiéndose diagnosticado bipolaridad (aunque no se descartó en algunos casos), en tanto que el psiquiatra Paul Enrique Vega Adrianzén aprecia que padece de trastorno bipolar. De la entrevista con los menores, la menor Lucciana refiere que quiere a ambos padres, y que quiere vivir con su madre y que su padre los visite los fines de semana; respecto al menor Guillermo Andrés Miranda Torres en su entrevista refiere que desea vivir con su mamá y que su padre los visite.

4.3. Se tiene en consideración que de los cinco psiquiatras y un psicólogo que han tratado a la demandada, uno de ellos ha referido que su diagnóstico con respecto a la demandada es de trastorno bipolar pero ha precisado que sólo se entrevistó una sola vez con la demandada; por su parte los psiquiatras restantes, incluyendo al psiquiatra del departamento de Medicina Legal, no han llegado a la conclusión de que la demandada adolezca de trastorno bipolar pese a que todos ellos también se han entrevistado con la demandada; razones por las que no se ha acreditado fehacientemente que la demandada sufra de trastorno bipolar. Asimismo de los exámenes psicológicos de los menores, no se aprecia que la demandada sea violenta o agresiva con sus hijos; asimismo respecto al informe social del demandante este vive en la casa materna con sus hermanos y es el soporte económico de su

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

familia, por ende no se ha establecido que cuente con disponibilidad para que se ocupe directamente de los niños como si lo hace su madre.

4.4. Los menores en las entrevistas han señalado que se encuentran a gusto viviendo con su madre y que ésta no los maltrata y por lo demás expresamente han referido que desean seguir viviendo con ella y que su papá los visite, siendo así, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Niños y Adolescentes, debe estarse a la opinión de los niños, esto sumado a que ellos siempre han estado al cuidado de la madre y que no se puede afectar su estabilidad.

5. Fundamentos de la apelación:

Mediante escrito de fojas seiscientos sesenta y cinco, el demandante apela la sentencia, fundamentando la misma en que se ha probado que la demandada padece de problemas psiquiátricos que nunca ha aceptado, habiendo intentado ayudarla para superarlos recurriendo a varios psiquiatras entre los años dos mil tres y dos mil seis, no aceptando la demandada un tratamiento psiquiátrico, tal como ha sucedido al no someterse a la evaluación psiquiátrica que fue dispuesta en el acto de audiencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diez, no habiéndose tomado en cuenta la conducta procesal de la demandada; asimismo no se tomó en cuenta el hecho nuevo presentado por su parte, referido a que el día quince de marzo de dos mil diez, cuando fue objeto de agresión por parte de la emplazada, quien le arrojó huevos y luego lo insultó delante de sus hijos, golpeó con un martillo el parabrisas, las lunas del copiloto y los cuatro faros del auto, luego que él le negara dar una suma de dinero para la reparación de una lavadora, estando a que recibe una pensión de alimentos de S/. 3,300.00 (tres mil trescientos con 00/100 Nuevos Soles), sin incluir el pago directo del crédito hipotecario de US\$ 500.00

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

(quinientos con 00/100 Dólares Americanos), y los cerca de S/. 7,000.00 (siete mil con 00/100 Nuevos Soles) por la matrícula de sus hijos en el Colegio *Jean Le Boulch*; asimismo señala que la demandada viene incumpliendo el régimen de visitas y que el colegio ha comunicado su decisión de no renovar la matrícula de su hijo para el año dos mil once; indica además que sus menores hijos conocen a su actual pareja e hijos de ésta, lugar donde se ha acondicionado un dormitorio con todas las comodidades y que cuenta con las redes sociales necesarias para recibir el soporte y acompañamiento.

6. Resolución de segunda instancia:

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior revocó la resolución de primera instancia, reformándola declaró fundada la demanda; bajo los siguientes fundamentos:

6.1. Que, luego de la separación de los cónyuges, el padre no desatendió a los menores, pues ha venido cumpliendo con sus obligaciones alimentarias así como también ejerciendo activamente su derecho de patria potestad.

6.2. La demandada pese a no laborar y recibir mensualmente la pensión alimenticia, tanto para su persona como para sus menores hijos, no ha brindado los cuidados necesarios para un óptimo desarrollo integral de los niños, toda vez, que en el caso del niño Guillermo Andrés Miranda Torres, la Institución Educativa FAP José Quiñones no le renovó la reserva del derecho de matrícula del año dos mil diez, así como tampoco el Colegio *Jean Le Boulch* para el año escolar dos mil once, y en ambos casos por haberse presentado serias dificultades en el manejo conductual del citado niño; el mismo que se corrobora con la pericia psicológica de fojas ciento diez que establece que el citado menor presenta trastorno hipercinético disocial; que conforme a la carta notarial remitida por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

el demandante al Colegio *Jean Le Boulch*, con fecha veintidós de diciembre de dos mil diez se señala "...debo señalar que el compromiso adquirido por mi persona de llevar a mi hijo a terapias durante el año 2010 no ha sido cumplido porque lamentablemente no ejerzo en la actualidad la tenencia de mi hijo, y lamentablemente la madre de mi hijo Guillermo a pesar de varios intentos de llevarlo no colaboró con este compromiso"; asimismo se señala que al ser preguntada a la demandada en la audiencia única si sus hijos concurren a las terapias psicológicas, manifestó que no, y además se toma en cuenta la respuesta de la demandada en cuanto señala que si tiene conocimiento de los problemas de conducta que tiene su hijo, pero que no lo ha podido llevar por factor de dinero y tiempo del menor, lo cual a consideración de la Sala Superior no se condice con la realidad, pues en autos ha quedado debidamente establecido que el demandante cumple con sus obligaciones alimentarias, más aún, si la propia emplazada admite a fojas quinientos diecinueve, que el actor se encuentra al día en el pago de los alimentos.

6.3. Asimismo se toma en cuenta las evaluaciones psicológicas y el informe social relacionado con los menores, que no son favorables, al establecerse que si bien los menores cuentan con una inteligencia superior a lo normal, sin embargo tienen regular rendimiento escolar, lo que demuestra que la madre no les brinda los cuidados necesarios para su formación integral.

6.4. Se observa que la demandada no tiene un adecuado control de emociones, conforme se verifica con la constatación policial de fecha quince de marzo de dos mil diez ante la Comisaría de Santa Felicia, de fojas cuatrocientos ochenta y cinco; en las que se indica que la denunciada cogió unos huevos y los lanzó contra su cónyuge en presencia de sus menores hijos, además sacó un martillo metálico y causo daños materiales al vehículo del actor

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

conforme lo corrobora el efectivo policial de la Comisaría de Santa Felicia y el vigilante Pablo Layme Vilca, así como las fotografías de fojas cuatrocientos ochenta y seis, lo que no resulta favorable para el desarrollo integral de sus menores hijos.

6.5. Además se aprecia del cuaderno de medida cautelar de régimen de visitas provisional a favor del accionante que la demandada no ha cumplido con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, conforme a las constancias policiales de fojas cincuenta y cuatro, cincuenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y nueve y sesenta, y no ha garantizado el derecho de los niños de mantener el contacto con su padre, habiendo incluso sido requerida mediante resolución de fecha siete de agosto de dos mil nueve, lo que ha dado como consecuencia que el demandante se vea impedido de llevar al menor Guillermo Miranda a las terapias psicológicas especializadas en modificación de conducta, condicionadas por los Centros Educativos "José Quiñones" y "*Jean Le Boulch*", para que pueda continuar con sus estudios escolares, lo que ha motivado que al niño no se le permita continuar con sus estudios en dichos centros educativos.

6.6. Ha sido tomado en consideración lo señalado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del niño, que dice que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión en concordancia con el artículo 9.3 de dicha Convención, que prescribe "*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño, que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*" y los artículos 74, 84, 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

6.7. En tal sentido, la Sala Superior revoca la sentencia recurrida así como también fija un régimen de visitas a favor de la madre a efectos de mantener el vínculo materno filial.

III. RECURSO DE CASACIÓN:

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha cinco de julio de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, por la infracción normativa de los artículos IX y X del Título Preliminar y de los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes; así como el artículo 139 incisos 3° y 5° de la Constitución Política del Estado, al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión señalándose además la incidencia de ellas en la decisión impugnada.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA A DEBATIR:

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si se han infringido las reglas del debido proceso y motivación, así como las normas referidas a tenencia y custodia de menores.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:

PRIMERO.- Que, el debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten determinados requisitos mínimos¹. Tales requisitos, que han sido objeto de discusión², en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa);

¹Carocca Pérez, Alex. **El debido proceso y la tutela judicial efectiva en España**. Normas Legales. Octubre, 1997, pp. A 81 - A 104.

² Por ejemplo, para Bernardis, por su parte, considera, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, que ese "máximo de mínimos" estaría constituido por los requisitos de notificación y audiencia (notice and hearing). Bernardis, Luis Marcelo. La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco Editor. Lima 1995, pp. 392-414

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

(ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.

SEGUNDO.- Que, se advierte que la recurrente sostiene que la resolución cuestionada no se encuentra debidamente motivada. En realidad, como se aprecia, no cuestiona en sí el debido proceso ni en estricto defectos de motivación, sino el material probatorio, con todo debe señalarse que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal. Nada de eso se ha cuestionado por lo que este extremo del recurso debe ser rechazado.

TERCERO.- Que, siendo ello así, y haciéndose la precisión respectiva, este Tribunal Supremo verificará si la resolución impugnada se encuentra indebidamente motivada. Cabe indicar que: *"La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 incs. 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente³".*

³ Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Separata Especial, veintiuno de abril de dos mil ocho, p. 22013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

CUARTO.- Que, en esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado dos normas fundamentales: a) el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que en caso de desacuerdo la tenencia la resuelve el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento; y, b) el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el extremo que prescribe que 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. (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha advertido que los menores han sido descuidados y que la madre tiene un carácter inestable. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que la demanda debe ser amparada. Tal como se advierte, la deducción lógica de la Sala es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

QUINTO.- Que, en lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas⁴, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera⁵. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas indicadas son las correctas para resolver el presente caso, pues las premisas normativas aluden a dispositivos referidos a la tenencia y custodia de menores, los que

⁴ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En <http://razonamientojuridico.blogspot.com>.

⁵ Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

además, conforme se advierte en el considerando vigésimo segundo de la sentencia, han sido concordados con el Preámbulo y el artículo 9.3. de la Convención sobre los Derechos del Niño. A su vez, la premisa fáctica corresponde al material probatorio existente. Dada la corrección de la premisa normativa y fáctica, la conclusión a la que se arribó fue la adecuada, existiendo debida justificación externa.

SEXTO.- Que, en lo que respecta a los problemas específicos de motivación se tiene que, existe *motivación aparente* cuando en una determinada resolución judicial parece que se justifica la decisión pero su contenido no explica las razones del fallo; que existe *motivación insuficiente* cuando no hay un mínimo de motivación exigible y que existe *motivación incongruente* cuando se dejan incontestadas las pretensiones o se desvía la decisión del marco del debate judicial⁶. Tales incorrecciones no se encuentran en la sentencia recurrida. Así, como se ha presentado en líneas precedentes, se ha justificado la decisión tanto en el aspecto de los hechos como en el normativo, hay argumentación prolija y se han contestado las pretensiones existentes, como se puede apreciar del relato detallado de los eventos sucedidos entre las partes y de las normas legales utilizadas. En tal sentido, este Tribunal Supremo estima que se ha fundamentado el por qué del sentido del fallo y se han contestado rigurosamente las pretensiones existentes.

SÉTIMO.- Que, por otra parte, debe verificarse si, como señala la recurrente, no se ha tomado en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió más tiempo, y que se ha incurrido en error cuando se menciona que sus hijos tienen regular rendimiento cuando en el caso de Guillermo Andrés tiene un promedio de catorce y la menor Lucianna Jimena el de excelente; situaciones ambas que vulnerarían el artículo 84 del referido cuerpo legal. Asimismo, debe verificarse si al no

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 0037-2012-PA/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

tomarse en cuenta la opinión de los menores, se ha vulnerado el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes.

OCTAVO.- Que, sobre el particular debe mencionarse que los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes hacen referencia al interés superior del niño y a los procesos de menores como problemas humanos⁷. Se trata de normas principistas que guían la interpretación del resto del articulado del referido Código y que deben atenderse, tanto por ser dispositivos legales vigentes como porque responden a los Tratados Internacionales suscritos por el país (por todos: Convención Internacional de los Derechos del Niño). Siendo ello así las infracciones alegadas por la recurrente al artículo 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes⁸ referidos a las facultades del juez en los casos de tenencia y a la necesidad de escuchar la opinión del niño deben ser interpretadas en el marco de las normas principistas antes señaladas.

NOVENO.- Que, establecidos los parámetros legales antes señalados, se observa que, con respecto a la permanencia de los menores con el

⁷ **Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-** En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Artículo X.- Proceso como problema humano.- El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

⁸ **“Artículo 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.”

Artículo 85.- Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

progenitor que los tuvo más tiempo, debe señalarse que, en efecto, el artículo 84.1 menciona que ello es así, pero dicho dispositivo culmina con la siguiente frase: "*siempre que le sea favorable*". No se trata, por tanto, de una norma fatal, imperativa, que no admite modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata de una regla jurídica flexible, que se adecúa a lo que le favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "*interés superior*", considerando al menor como sujeto de derecho y rechazando que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. Así expuestas las cosas, aunque la permanencia del niño con uno de sus progenitores es un elemento a considerar, tal hecho cede cuando tal evento no sea favorable a él. Lo mismo que se ha dicho sobre el artículo 84.1 debe señalarse con respecto al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, la opinión de los menores es importante, pero debe ser evaluada con el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que conviene al menor.

DECIMO.- Que, en lo relacionado al error en el promedio escolar de los menores, se observa por la propia declaración de la recurrente en su recurso de casación y por lo expuesto a fojas ochocientos doce que Guillermo Andrés tiene un promedio por debajo del regular, pues apenas llega a trece punto setenta y ocho, siendo que en el contexto de su Informe Psicológico lo tiene como persona de inteligencia superior. En cambio, conforme se aprecia a fojas ochocientos once, sí es verdad que Lucianna Jimena tiene un promedio destacado (AD). No obstante, esa equivocación de la Sala Superior no sólo no genera nulidad alguna, sino además en nada modifica la contundencia de sus afirmaciones.

UNDÉCIMO.- Que, en efecto, el promedio escolar es sólo uno de los factores tomados en cuenta para dictar la sentencia; a ello se ha

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

agregado que a Guillermo Andrés no se le haya renovado la matrícula del año dos mil diez en la Institución Educativa FAP "José Quiñones" ni en el dos mil once en el "Colegio Jean Le Boulch", y en ambos casos por problemas de conducta del menor, que no han merecido la vigilancia y el control deseable por parte de la recurrente, más aún cuando ha contestado en Audiencia Única que *"no ha podido llevar (a su hijo al psicólogo) por factor dinero y tiempo del menor"* cuando se ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre. Asimismo, si bien, como se ha dicho, el promedio de notas de Lucianna Jimena es bueno, no es menos verdad que la educación no puede reducirse a la actividad escolar, sino se desarrolla también en la casa donde se vive. Allí el ambiente es inadecuado para ambos menores. Así, conforme lo expone el Informe Psicológico (fojas ciento trece), Lucianna Jimena, que tiene inteligencia superior con coeficiente ciento doce, es también una niña con *"autoestima por debajo de lo normal, con sentimientos de inferioridad y desvalorización"* y con *"síndrome de niña maltratada"*. Por su parte, Guillermo Andrés, señala el Informe Psicológico, que también tiene una inteligencia superior con coeficiente ciento quince, es *"fronterizo a nivel social"* y, tal como se ha relatado en líneas precedentes, ha tenido problemas de conducta en los dos colegios donde ha estado. Todo ello demuestra que la madre no ha desempeñado de manera debida su labor de resguardo y cuidados necesarios para su formación.

DUODÉCIMO.- Que, a ello, debe añadirse, como lo ha hecho la sentencia impugnada:

- Que el médico neurólogo y psiquiatra de la Clínica Medlab ha señalado que trató a la recurrente porque presenta trastorno afectivo y que le realizó dos evaluaciones para descartar trastorno

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

neurólogo, y que a la tercera sesión (que iba a servir para descartar un posible trastorno bipolar) la ahora demandada ya no concurrió.

- Que el psiquiatra del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado" refiere haber tratado a la madre de los menores que entonces padecía "depresión mayor" y que, dado el grado de desconfianza que tenía, le pidió descartar trastorno esquizoafectivo, no concurriendo la paciente a ninguna otra cita.
- Que la Historia Clínica obrante de fojas doscientos sesenta y ocho a doscientos setenta informa que la recurrente padece episodio depresivo moderado, D/C trastorno bipolar, lo que fue ratificado por el médico tratante.
- Que la pericia psicológica practicada a la casante señaló que sufre de trastorno de ansiedad generalizada.
- Que, a lo expuesto se añade que la recurrente no tiene un adecuado control de sus emociones, habiendo lanzado huevos y golpeado con un martillo el auto del demandante.

DÉCIMO TERCERO.- Que, lo expuesto permite concluir que en nada se han vulnerado los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, pues ellos han sido evaluados en el contexto del desarrollo de los menores, del actual cuidado que se les brinda y teniendo como norte el principio del "interés superior del niño" y que un proceso de menores es siempre un problema complejo cuya solución se da con la evaluación exigente del material probatorio, como se ha hecho en el presente caso.

VI. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

veintitrés; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil doce, que corre a fojas setecientos treinta y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por William Fernando Miranda Dueñas contra Ana Cecilia Torres del Águila, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Castillo.-**

SS.

ALMENARA BRYSON

HUAMANÍ LLAMAS

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHAVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Jcvp/Ymbs

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DR. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

10 6 MAR 2013

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

La prueba debe ser valorada en su integridad, de manera conjunta y razonada, acorde a la naturaleza de la litis con estricta sujeción a las alegaciones de las partes; hacer lo contrario constituye afectación al Debido Proceso, específicamente a la Adecuada Motivación y Valoración de los Medios Probatorios.

Lima, seis de marzo
de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil trescientos tres - dos mil dieciséis; en Audiencia Pública de la fecha; producida la votación de acuerdo a ley, y de conformidad con el Dictamen Fiscal emite la siguiente sentencia: -----

I. ASUNTO: -----

En el presente proceso de tenencia y custodia de menor, mediante escrito de fojas doscientos sesenta y seis, **el demandado Clodoaldo Alexsander Castillo Espinoza** ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista, de fecha nueve de diciembre de dos mil quince, de fojas doscientos veintisiete, expedida por la Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; que confirma la sentencia apelada de fecha treinta de setiembre de dos mil catorce, que declaró fundada la demanda de Tenencia y Custodia de Menor.-----

II. ANTECEDENTES: -----

DEMANDA: -----

La demandante Sonia Maricela Tasilla Ortiz pretende la tenencia de su menor hija Jennifer Daneira Castillo Tasilla quien tiene cinco años de edad, a efecto que se le reconozca y se le otorgue judicialmente a la demandante de la que se vio privada al haber sido arrebatada por el demandado. -----

La demandante sostiene como soporte principal de su pretensión que: -----

- 1) Producto de las relaciones convivenciales con el demandado procrearon a la menor Jennifer Daneira Castillo Tasilla. Durante la convivencia ha sido objeto de maltrato físico y psicológico por los celos enfermizos del demandado quien le ha cortado la ropa y la amenazaba con botarla desnuda a la calle.-----

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

- 2) El uno de enero de dos mil once, luego de una fiesta de año nuevo el demandado la agredió físicamente, continuó en la casa tratándola de ahorcar y la encerró, por lo que recién saliendo el cuatro de enero hizo la denuncia por violencia familiar a la Tercera Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Cajamarca (caso Número 1706040703-2011-3-0), entidad que con la Policía Nacional del Perú pretendió recuperar a su hija, lo que no pudo lograrse y que por desconocimiento se le indujo a desistirse del proceso quedando archivado.-----
- 3) El demandado no hizo caso a las medidas de protección dictadas a su favor, por el contrario continuó insultándola en la calle; por lo que nuevamente interpuso denuncia por violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico ante la Segunda Fiscalía Provincial Civil y Familia iniciándose un proceso ante el Segundo Juzgado de Familia donde se declara la rebeldía del demandado y que solicitada una conciliación para tener a su hija quien es cuidada por sus abuelos paternos no prosperó por inasistencia del demandado.-----
- 4) Urge la tenencia de la menor desde que vive en un cuarto alquilado y por el cuidado de sus abuelos paternos que son personas mayores de edad y habiendo vivido con el recurrente la menor arrebatada estaría necesitando de tratamiento psicológico y otros complementarios.-----

CONTESTACIÓN: -----

Mediante escrito de fojas sesenta y cuatro, el demandado Clodoaldo Alexsender Castillo Espinoza contesta la demanda, alegando principalmente que: -----

1. Es falso el maltrato atribuido siendo que la demandante abandonó el hogar y la Fiscalía de Familia le ha dado la custodia y tenencia de su menor hija desde el diecinueve de abril de dos mil doce. Siempre la ha tratado con mucha consideración siendo que la menor vive con el recurrente por tres (3) años así como con sus padres. -----
2. Es cierto que la denuncia efectuada por la demandante ella se desistió al tener conciencia de que era la problemática. -----

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

3. Es falso que la demandante haya cuidado de la menor pues la tiene desde los dos (2) años a quien no le falta nada, siendo que a la demandante le gustan los clubes nocturnos teniendo una nueva pareja. -----
4. Es falso que viva en cuarto alquilado y que le haya arrebatado a nuestra hija pues fue ella quien se alejó de la familia debiendo invocarse el Principio del Interés Superior del Niño.-----

RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA: -----

El Tercer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante resolución de fecha treinta de setiembre de dos mil catorce, obrante a fojas ciento ochenta y cuatro, declara FUNDADA la demanda, fijándose el régimen de visitas abierto, sin costas ni costos en mérito a los siguientes fundamentos: De lo actuado y de los medios probatorios se tiene que la menor en un inicio ha vivido con ambos padres por dos (2) años aproximadamente siendo que a la separación la menor quedó con el demandado en casa de los padres de éste. Si bien el padre puede pernoctar en algunas oportunidades en el domicilio de sus padres y asumir la responsabilidad de compartir algunas actividades por el bienestar de su hija, también lo es que quien la ha cuidado por la noche es la abuela paterna pese a su avanzada edad, con quien incluso la niña duerme. La madre también ha tenido cuidado de la hija durante el día asumiendo en ocasiones la laborar de llevar y recoger a su hija de su colegio, admitiendo el demandado que la madre ve siempre a la menor por las tardes. Del informe social de fojas sesenta y ocho se desprende que la madre ha venido laborando en una ferretería en el horario de tres a seis de la tarde, con un ingreso de cuatrocientos al mes, residiendo con su nuevo conviviente, habiendo la trabajadora social dicho que en el hogar materno la menor se desarrollará favorablemente en los aspectos biopsicosocial recomendando que la actora es quien tenga a la menor, que del informe psicológico se establece que la actora no evidencia indicadores significativos que impliquen trastornos a nivel afectivo, conductual o mental que importe peligro para las personas de su entorno. En cuanto al padre del informe social de fojas ochenta y cuatro, se consigna que vive con su hija, sus padres y dos hermanos mayores, que la niña no se mostró integrada en el hogar paterno y que

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

manifestó que desea vivir con la madre porque la atiende, concluyendo la trabajadora social que en el hogar del demandado existe promiscuidad familiar y hacinamiento y que existe relación afectiva entre el padre y la menor, manifestando el demandado que labora cuatro (4) días y descansa cuatro (4) días con un ingreso mensual de mil soles (S/.1,000.00) y de su informe psicológico se indica que no presenta indicadores de trastornos en su personalidad o conducta que lo convierta en una persona peligrosa para su entorno familiar. **Sobre la menor se tiene que ha manifestado que desea vivir con su papa pero luego sostiene que no sabe con cuál de sus padres vivir pero que si desea que la visiten acotando que si quiere ir a vivir con su mamá pero que su papá a veces no quiere, que su abuela paterna le señala que no vaya a vivir con su mamá porque le va a pegar,** considera a su madre como una figura muy importante con la que muestra cierto grado de identificación, siendo su abuela paterna importante y significativa. No hay indicadores de maltrato físico, ni negligencia en el cuidado, que la menor muestra apego afectivo tanto con la madre como con la abuela paterna más que con el padre. Si bien no se evidencia descuido en la salud y educación de la menor la misma ha desarrollado un adecuado apego afectivo con la madre y con la abuela paterna las que se han convertido en su mayor soporte emocional; sin embargo, estando a que el ambiente en el que ha venido creciendo no es el más adecuado por la promiscuidad familiar y hacinamiento que allí existe según la trabajadora social es que resultado adecuado a su interés que la tenencia la ostente la madre. **Teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, habiendo la niña convivido inicialmente con ambos padres y habiendo seguido compartiendo la madre espacios con su hija de manera permanente por lo que en estricto no puede considerarse que sea el padre el único que haya asumido de manera responsable el ejercicio de su paternidad, la que no solo importa el vivir bajo el mismo techo con la hija, sino cuidarla, inculcarse valores, preocuparse por su bienestar, por su salud, entre otros.** -----

RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA: -----

La Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante resolución de fecha nueve de diciembre de dos mil quince, obrante a fojas

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

doscientos veintisiete, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda, en mérito a los siguientes fundamentos: -----

La interpretación de los artículos 81, 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes debe estar seguida por el Interés Superior del Niño o Adolescente lográndose la solución más favorable al menor. El juzgador debe contrastar la opinión del menor si es espontánea y si resulta ser la más favorable al menor. Las reglas sobre tenencia deben ser entendidas como flexibles que deben adecuarse a lo que más favorezca al menor, pues sobre ellas debe privilegiarse el Interés Superior del Niño, como así lo ha dicho la Corte Suprema en la Casación 1961-2012. De lo actuado en el presente caso se desprende que la menor pese a estar aparentemente al cuidado del demandado porque en realidad lo sustituye y apoya su familia, no ha dejado de experimentar momentos de convivencia con la accionante, en los que ésta última se ha desenvuelto atendiendo responsablemente los cuidados y necesidades de su hija, a lo que se suma que la menor en horas a que es devuelta por la madre se encuentra al cuidado de su abuela paterna quien se ocupa de su alimentación y cuidado, con quien pernocta puesto que el demandado acude en forma ocasional a este inmueble conforme a lo expresado por la niña en su declaración referencia, todo ello permite concluir que la apelada ha sido emitida conforme a derecho y a lo actuado, más aun teniendo en cuenta el informe social de la actora y del demandado de los que se desprende que la actora tiene un ambiente más favorable para la menor en el que podrá desarrollarse de mejor manera en los aspectos biopsicosocial a diferencia del ambiente ofrecido por el demandado que se caracteriza por la promiscuidad familiar y hacinamiento en el que la menor no se muestra integrada. -----

RECURSO DE CASACIÓN: -----

Contra la resolución dictada por la Sala Superior, la parte demandada, interpuso recurso de casación, el mismo que ha sido calificado mediante resolución de fecha tres de mayo de dos mil dieciséis, que declaró procedente el recurso de casación por las causales de: **i) Infracción normativa material de los artículos 84 inciso a) y 85 del Código de los Niños y Adolescentes.-** Sosteniéndose que: **a) Señalan los artículos invocados que el Juez decidirá en los procesos de Tenencia teniendo en**

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

cuenta quién es el progenitor con quien el menor ha vivido más tiempo, además de considerar la opinión presentada por el menor al juzgador en la Audiencia respectiva; **b)** En el caso particular, se ha probado que su menor hija vive con el recurrente desde que nació hasta la actualidad a quien le ha cubierto todas sus necesidades responsablemente para su normal desarrollo, no habiendo las Instancias de Mérito tenido en cuenta lo dicho por la menor en la Audiencia Única donde manifestó que desea vivir con el padre, teniendo la Sala solo en cuenta lo expresado ante el Psicólogo; y **c)** Se debe tener en cuenta que las pericias no obligan al juzgador, así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia dado que pueden ser equivocadas y ser elaboradas de favor. **ii) Infracción del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil y artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.-** Habiéndose declarado procedente de manera **excepcional**, a fin de determinar si la sentencia de vista contiene un adecuado y completo análisis de los agravios planteados en el recurso de apelación y/o razonamiento con la logicidad y coherencia y justificación interna y externa que se espera de las decisiones de este poder del Estado. -----

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE: -----

Es necesario establecer si la Instancia de Mérito ha afectado el Derecho al Debido Proceso; específicamente el Derecho a la Motivación de las Resoluciones Judiciales; y descartado ello determinar si procede disponer la restitución de la menor teniendo en cuenta quién ha vivido más tiempo con la menor y cuál es la opinión de esta. -----

IV. FUNDAMENTOS: -----

PRIMERO.- Que, el recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la Jurisprudencia Nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil. -----

SEGUNDO.- Que, respecto a la causal de infracción normativa, según Monroy Cabra, “Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

procedencia del recurso...”¹. A decir de De Pina.- “El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (...) a infracciones en el procedimiento². En ese sentido Escobar Forno señala. “Es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo”³. -----

TERCERO.- Según se ha expuesto precedentemente, los recursos de casación objeto de pronunciamiento han sido declarados procedentes tanto en razón a infracciones normativas de carácter material (*in iudicando*) como a infracciones normativas de carácter procesal (*in procedendo*). En ese sentido, dada la naturaleza y efectos del error *in procedendo*, este Colegiado emitirá pronunciamiento, en primer término, sobre estas denuncias, pues resulta evidente que de estimarse alguna de ellas, carecería de objeto pronunciarse sobre las causales restantes, al encontrarse perjudicada la validez de los actos procesales. -----

CUARTO.- Con ese propósito, corresponde precisar que la infracción normativa procesal descrita en el ítem “ii” está referida a la presunta afectación al Debido Proceso, el cual se encuentra protegido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú; esta disposición constitucional consagra como principio rector de la función jurisdiccional, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, *la observancia del Debido Proceso*; el cual, conforme a la interpretación que reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige fundamentalmente que todo proceso o procedimiento sea desarrollado de tal forma que su tramitación garantice a

¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, p. 359

² De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222

³ Escobar Fornos Iván, Introducción al Proceso, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1990, p. 241

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

las personas involucradas en él las condiciones necesarias para defender adecuadamente y dentro de un plazo razonable los derechos u obligaciones sujetos a consideración¹. -----

QUINTO.- Uno de los principales componentes del Derecho al Debido Proceso se encuentra constituido por el denominado **Derecho a la Motivación**, consagrado por el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, por el cual se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógica y razonablemente, en base a los hechos acreditados en el proceso y al derecho aplicable al caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquellas dentro de la controversia. -----

SEXTO.- Este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en la *litis*, sino que también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues no debe olvidarse que una razonable Motivación de las Resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, en ese sentido, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad. Razón por la cual, su vigencia específica en los distintos tipos de procesos ha sido desarrollada por diversas normas de carácter legal, como los artículos 50 inciso 6, 121 y 122 incisos 3 y 4, del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen que las decisiones del juez cuenten con una exposición ordenada y precisa que justifique lo decidido. -----

SÉTIMO.- En materia probatoria el derecho a la utilización de los medios de prueba, se encuentra íntimamente conectado con el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, que entre sus vertientes engloba el derecho a obtener una resolución razonable,

¹ Corte IDH. OC-9/87 "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", párr. 28.

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

motivada y fundada en derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el interior del proceso y con las alegaciones de las partes; como también con el Derecho de Defensa del que es realmente inseparable. Así, el contenido esencial de éste derecho se respeta siempre que, una vez admitidas las pruebas declaradas pertinentes, sean valoradas por los órganos judiciales conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado. -----

OCTAVO.- Que, precisamente, regulando este derecho fundamental, el legislador ha optado por imponer al Juez, en los términos que señala el artículo 197 del Código Procesal Civil, la obligación de valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que, las pruebas en el proceso, sea cual fuera su naturaleza, están mezcladas formando una secuencia integral; por lo que, es responsabilidad del Juzgador reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que den origen al conflicto, por lo tanto, ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, toda vez, que sólo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso y sujetándose a las alegaciones expuestas por las partes a lo largo de todo el proceso. -----

NOVENO.- Es del caso señalar que, si bien es cierto en materia casatoria no corresponde a esta Sala Suprema analizar las conclusiones relativas a la valoración de la prueba examinada en instancia, sin embargo es factible el control casatorio tratándose de la infracción de las reglas que regulan la actividad probatoria, entre ellas, las que establecen que el juez tiene la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada conforme lo prevé el artículo 181 del Código Procesal Civil. -----

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

DÉCIMO.- La doctrina autorizada como la emitida por el autor Marcelo Sebastián Midón ² refiriéndose al Principio de Motivación conjunta de los medios probatorios señala *“en el caso del Derecho a la Prueba, este contenido esencial se integra por las prerrogativas que posee el litigante a que se admitan, produzcan y valores debidamente los medios aportados, al proceso con la finalidad de formar la convicción del órgano judicial acerca de los hechos articulados como fundamentos de su pretensión o de defensa. El derecho a la adecuada valoración de la prueba se exhibe, entonces, como manifestación e ineludible exigencia del derecho fundamental a probar. Si el poder de probar tiene por finalidad producir en el juzgador convicción suficiente sobre la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos, este se convertiría, alerta Taruffo, en una garantía ilusoria, en una proclama vacía, si el magistrado no pondera o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorio (...) el derecho a probar se resiente, y por consiguiente, también la garantía del debido proceso, si el juzgador prescinde de valorar algún medio probatorio admitido; o lo hace de manera defectuosa, invocando fuentes de los que se extraen las consecuencias aseveradas como fundamento de la sentencia, o atribuyendo valor de la prueba a la que no puede tener ese carácter (sea por desconocimiento de una norma legal que predetermina la valoración de la prueba, o por conceder eficacia a pruebas ilícitas o por violar proposiciones lógicas, u observaciones de la experiencia)”.-*

DÉCIMO PRIMERO.- Ahora bien, al analizar la sentencia de vista objeto de impugnación, este Colegiado observa la Sala ha sustentado su fallo en el hecho que la demandante ha mantenido contacto continuo y muy cercano con su hija sin descuidarla, lo cual incluso fue ratificado por el demandado; sin embargo, se ha omitido analizar las pruebas en función a la naturaleza del proceso que nos ocupa, en el que si bien uno de los aspectos a valorar ha de ser con qué progenitor ha convivido la menor por mayor tiempo; lo más relevante es determinar cuál de los progenitores reúne las mejores condiciones emocionales, afectivas, sociales y personales para garantizar el pleno desarrollo del menor, en función al Interés Superior del Niño. Por otro lado, si bien la

² TARUFFO, Michelle citado por Marcelo Sebastián Midón. Derecho Probatorio, Parte General. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, Cuyo, 2007. pp. 167-168.

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

Sala ha valorado la opinión de la menor brindada en la instancia judicial, no la ha valorado de manera integral, pues a fojas ciento diecisiete se dejó constancia que la menor primero dijo querer vivir con su papá, al referirle que su papá vive solo y en otro lugar y repetírsele la pregunta se quedó callada indicando que no sabe, y al ser preguntada si en caso viviera con su mamá le gustaría que su padre la visite y viceversa dijo que sí. -----

DÉCIMO SEGUNDO.- En este orden de ideas, se hace evidente que, al encontrarse sustentada en razones que resultan claramente escasas para justificar lo decidido en atención a la naturaleza del proceso que nos ocupa, en el que en aras del Interés Superior del Niño y el Adolescente, corresponde determinar qué es lo mejor para la niña y justificar en forma clara por qué motivos la tenencia de uno de los progenitores es más beneficiosa para la niña; por lo que la resolución de vista objeto de impugnación ha vulnerado el contenido normativo del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, por infracción al Debido Proceso, a la Motivación de las Resoluciones Judiciales y a la Valoración de la Prueba. Razón por la cual corresponde a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso y ordenar a la Sala Superior la emisión de una nueva decisión; careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre las denuncias restantes, en vista a los efectos anulatorios previstos en el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil. -----

DÉCIMO TERCERO.- El criterio precedentemente expuesto en modo alguno comporta la apreciación negativa por parte de este Supremo Tribunal de Casación respecto de la tenencia y custodia de la menor materia de autos, sino que éste simplemente se limita a sancionar con nulidad la resolución recurrida. -----

V. DECISIÓN: -----

Por los fundamentos precedentes y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil: declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **el demandado Clodoaldo Alexsender Castillo Espinoza** a fojas doscientos sesenta y seis; por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista, de fecha nueve de

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

**CASACIÓN 1303-2016
CAJAMARCA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

diciembre de dos mil quince, de fojas doscientos veintisiete, expedida por la Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; **ORDENARON** el reenvío de los autos a la Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Sonia Maricela Tasilla Ortiz contra Clodoaldo Alexsender Castillo Espinoza, sobre Tenencia y Custodia de Menor; *y los devolvieron*. **Ponente Señor De la Barra Barrera, Juez Supremo.-**
S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

DE LA BARRA BARRERA