

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

CASACION N° 2309-2015 LIMA SUR

VISTA: la causa número dos mil trescientos nueve — dos mil quince; en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha, con los Señores Jueces Supremos: Tello Gilardi — Presidenta, Del Carpio Rodríguez, Rodríguez Chávez, Calderón Puertas y De La Barra Barrera; luego de producida la vetación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia.

1.- MATERIA DEL RECURSO:

El recurso de casación interpuesto por la demandante María Kathia Reinoso Mogrovejo, de fecha 15 de junio de 2015, obrante a folios cuatrocientos diecinueve, contra la sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, de folios trescientos ochenta y seis, que revoca la sentencia apelada de fecha 10 de octubre de 2014, de folios cuatro y reformándola declaro fundada en parte la citada demanda; en los seguidos contra Carlos Enrique Pérez Medina

2.- AUTO CALIFICATORIO DE CASACIÓN:

Por resolución de fecha 14 de setiembre de 2015, de folios setenta y tres del cuadernillo de casación formado ante esta Sala Suprema, se declaró procedente el recurso de casación, por las causales de:

a) **Infracción normativa del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.** La recurrente arguye, que la Sala no ha considerado ni corroborado el estado de los menores hijos de la actora, quienes se encuentran felices y a gusto con su madre, asimismo señala que son los padres quienes toman las decisiones y no que la abuela y la tía participen de la tenencia compartida; con lo que, la Sala ha vulnerado el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la educación de los tres menores al dejar a los niños por tres días al cuidado de la abuela, quien tiene un estado de salud débil, camina con bastón de cadera y la tía que tiene dos hijos adicionales; pese a que la actora tiene bajo cuidado a sus hijos, bien educados y siguiendo lo establecido por el Juez de Familia. Precisa que, en este extremo se debe tener en cuenta el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificado por el Perú, según el cual el niño que esté separado de uno de los padres tiene derecho a mantener relaciones personales con él, salvo si ello es contrario al interés del niño.

b) **Vulneración de las normas del debido proceso e infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil.** La recurrente argumenta, que la sentencia de vista no ha fundamentado los argumentos por los que considera que debe tener tenencia compartida, la cual no guarda relación con la actual convivencia de la madre con sus tres hijos, sin haber solicitado las visitas por parte del padre y las terapias psicológicas que se llevan a cabo por parte de los menores su madre, desde febrero de dos mil quince y las firmas de conformidad que acreditan que el padre los recoge con externamiento; disponiéndose una tenencia compartida sin tener en cuenta la actual situación de los tres menores, que viven con la madre quien con un cariño natural les imparte la educación y cuidado que merecen sin perjudicar las visitas con externamiento que realiza el padre los días viernes, que es el único día que se encuentra libre. Acota que, la Sala de manera contradictoria indica que los padres deben compartir la tenencia sin que ningún padre quede periférico respecto de la crianza, sin

embargo, se contradice al indicar que la madre puede visitar a los menores los días lunes, martes y miércoles sin externamiento; lo que perjudica a los menores quienes no saben el motivo de tantos cambios. Acota que la sentencia no se encuentra debidamente motivada, al no haberse expresado la explicación, justificación y argumentación para adoptar una tenencia compartida. De todo lo cual se concluye que la Sala no ha realizado una valoración conjunta de la prueba aportada, contraviniendo lo dispuesto en la norma denunciada.

c) Apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio Civil. Dado que, la Sala no ha tenido en cuenta el efecto vinculante del mencionado pleno, referente al criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción.

3.- CUESTION JURÍDICA A DEBATIR:

La controversia se ciñe en determinar si se han transgredido las reglas del debido proceso, las normas procesales referidas a la valoración probatoria, el principio del interés superior del niño, y si hubo un apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio Civil.

4.- FUNDAMENTOS:

4.1. Según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil, es modificado por el artículo 1 de la Ley número 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (finalidad nomofiláctica y uniformizadora, respectivamente); precisado en la Casación número 4197-2007/ La Libertad y Casación número 615- 2008/Arequipa; por tanto, este Tribunal Supremo sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir su deber de pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes.

4.2. Siendo del caso anotar, que el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva están consagrados en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado, y tienen estrecha vinculación con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, regulado por el inciso 5) del citado artículo, en tanto garantiza a los justiciables que los Jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa; así como, la exigencia de una adecuada valoración de los medios probatorios.

4.3. Que, la exigencia que las resoluciones judiciales sean motivadas, por un lado, informa sobre la forma como se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y por otro, constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa. Incluye en su ámbito de protección el derecho de tener una decisión fundada en Derecho. Ello supone a decisión esté basada en normas compatibles con la Constitución, como en leyes y reglamentos vigentes, válidos y de obligatorio cumplimiento.

4.4. Antes de ingresar a analizar las causales de la casación, resulta necesario, tener presente los antecedentes del caso, así tenemos:

a) María Kathia Reinoso Mogrovejo interpone demanda sobre tenencia y custodia de sus

menores hijos Carlos Alfredo, Mauricio Alberto y María Fernanda Pérez Reinoso, de diez y cuatro años de edad, respectivamente, dirigiéndola contra Carlos Enrique Pérez Medina; y que fuera amparada mediante sentencia de fecha 10 de octubre de 2014, a folios doscientos cincuenta y ocho.

b) La Sala Superior, mediante sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, de folios trescientos ochenta y seis, revocó la sentencia apelada, y reformándola declaró fundada en parte la citada demanda, estableciendo la tenencia compartida a favor de ambos padres.

4.5. De lo expuesto y del análisis de las causales con relación a la sentencia de vista, los fundamentos que la sostienen están dirigidos a establecer la tenencia de los niños Carlos Alfredo (10 años), Mauricio Alberto (4) y María Fernanda Pérez Reinoso (4), siendo necesario para la solución de la controversia del presente caso, establecer cuál de los progenitores se encuentra en mejor aptitud o presenta condiciones más favorables para la ejecución de la tenencia en aras al desarrollo y bienestar integral de los niños menores de edad.

4.6. Bajo este contexto, la tenencia constituye uno de los atributos que confiere la patria potestad*, esto es, el derecho de los padres al cuidado de sus hijos, asegurando la protección y desarrollo de los mismos; y que se encuentra regulada en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes*, que expresamente dispone: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”. y, en tal sentido, será indispensable para la solución de estos casos, considerar fundamentalmente, el Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente.

4.7. Cabe precisar, que conforme lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes el niño es sujeto de derechos y de protección específica, por lo que deben ser plenamente garantizados en la decisión judicial, teniendo en cuenta que en todo proceso el Principio del Interés Superior del Niño” no es una simple declaración de intenciones, de carácter abstracto e indeterminado, sino constituye una norma jurídica de reconocimiento universal y de obligatorio cumplimiento, que implica una obligación de la familia, la comunidad, la sociedad y el Estado, para que en toda decisión que se adopte, se logre la máxima satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes o, la menor restricción o afectación de los mismos, más aún si se tiene en cuenta que los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes deben ser tratados como problemas humanos, como así lo establece el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

4.8. Asimismo, con relación a lo antes señalado, es pertinente anotar que el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”, norma de aplicación obligatoria, que encuentra concordancia con lo establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los

Derechos del Niño, que señala: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

4.9. En ese sentido, se observa que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior.

4.10. Así, del examen de autos, se advierte que el Colegiado Superior no tomó en cuenta los siguientes factores:

(i) Los menores son cuidados y atendidos por familiares, no teniendo comunicación con su progenitor por períodos prolongados de tiempo, lo que se corrobora con el Protocolo de Pericia Psicológica N° 000035-2014-PSC?, realizado al menor Carlos Alfredo Pérez Reinoso, quien señala respecto al demandado “(...) mi papá llega a las 12 de la noche o 1 de la mañana, yo no lo veo, pero sale a las 11 de la mañana, los sábados y domingos también es así, cuando mi papá tenga sus vacaciones nos vamos a ir a la playa, y tampoco lo veo porque estoy en el colegio, a mí me cuida mi tía, los jueves llega a la 1 p.m.”, y el Protocolo de Pericia Psicológica N° 000036-2014-PSC*! practicado al niño Mauricio Alberto Pérez Reinoso, que manifiesta: “(...) yo extraño a mi mamá porque ella viene de otra casa...yo lo extraño a mi papá porque llega de noche...”.

(ii) Asimismo, de la referencial brindada por el hijo mayor de los justiciables, durante la continuación de audiencia única del 18 de febrero de 2014, señaló que el horario de su progenitor era: “desde las once de la noche hasta las doce de la noche con excepción del día jueves que era desde las seis de la mañana hasta las doce del meridiano”.

(iii) Los Protocolos de Pericia Psicológica N° 000035-2014-PSC, N° 000036-2014-PSC, y N° 000060-2014-PSC, practicados a los menores, concluyen que: “clínicamente no se evidencian indicadores de afectación emocional compatibles a maltrato psicológico (por parte de sus progenitores)”, precisando que existe “identificación con ambas figuras paternas”, y que “no se encuentran indicadores de síndrome de alienación parental”.

(iv) De los Informes Sociales N° 05-2014-EM-TS-3JTF-SJM**, y N° 08-2014- EM-TS-2JTF-SJM**, emitidos por la Trabajadora Social del Equipo Multidisciplinario practicado tanto a la demandante como al demandado, respectivamente, se determinó que la impugnante cuenta con dos dormitorios, uno especialmente para los niños, mientras que el emplazado no cuenta con un ambiente separado sino que comparten habitación, así, sus hijos mellizos [Mauricio Alberto y María Fernanda, de cuatro años de edad], duermen con su abuela paterna, mientras que el hijo mayor [Carlos Alfredo], duerme con su padre; aspectos que sí fueron merituados por el Juzgado de Primera Instancia.

4.11. Por lo que, estando a lo expuesto precedentemente, se acredita que si bien-ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones favorables para ejercer la tenencia de los menores, sin embargo, no se puede dejar de advertir que el tiempo del padre se ve limitado por su trabajo, lo cual no le permite prestarle un mayor nivel afectivo a sus hijos, y de cuidado inmediato, menos atender personalmente sus necesidades educativas y de formación, y que han sido asumidas por familiares del citado demandado, mientras que la madre dispone del tiempo necesario para cubrir tales necesidades de manera personal, brindándoles seguridad, asistencia y protección, y de esta manera asegurar el desarrollo integral de los menores.

4.12. Ello, además encuentra respaldo en lo señalado en el Protocolo de Pericia Psicológica N° 000365-2014-PSC-VF, realizado a la demandante, en el cual se especifica que: “(...), la examinada presenta un vínculo afectivo desarrollado con sus hijos, se preocupa por ellos y su bienestar, ejerce su rol materno en forma positiva, cuidando brindarles seguridad, asistencia y protección. Reconoce en cada uno de ellos sus características individuales y denota esfuerzos por mantener el trato estrecho con los mismos a pesar de las circunstancias actuales”, y en la voluntad de los menores, en virtud de lo establecido por los artículos 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, quienes no han manifestado rechazo alguno a la madre, por el contrario también han demostrado apego hacia su progenitora, conforme así se aprecia de las declaraciones brindadas por estos, a folios ochenta a ochenta y uno.

4.13. En consecuencia, advirtiéndose vulneración de las causales denunciadas, corresponde estimar el recurso de casación de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil.

5.-DECISIÓN

Por tales consideraciones, con lo expuesto en el Dictamen emitido por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Civil, y estando a la facultad conferida por la parte pertinente del artículo 396 del Código Procesal Civil; declararon:

5.1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante María Kathia Reinoso Mogrovejo, a folios cuatrocientos diecinueve, de fecha 15 de junio de 2015; en consecuencia: NULA la sentencia de vista de fecha 15 de a trescientos ochenta y seis, emitida por la Sala Civil de Chorrillos de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur; actuando en sede CONFIRMARON la sentencia de primera instancia de fecha 10 de octubre, a folios doscientos cincuenta y ocho, que declaro fundada la demanda de folios cuatro y siguientes, y dispuso que la tenencia y custodia de los menores Carlos Alfredo Pérez Reinoso, Mauricio Alberto Pérez Reinoso y María Fernanda Perez Reinoso, deberá ser ejercida por su madre María Katha Reinoso Mogrovejo, con lo demás que contiene

5.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por María Kathia Reinoso Mogrovejo contra Carlos Enrique Pérez Medina, sobre Tenencia y Custodia de menor, y, los devolvieron.- Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.
SS.

TELLO GILARDI
DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ
CALDERÓN PUERTAS
DE LA BARRA BARRERA