

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

CASACIÓN N° 4311-2015 LIMA

Variación de Tenencia de Menores

Lima, diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.-

Y LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con el acompañado, vista la causa número cuatro mil trescientos once - dos mil quince, en audiencia pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

1.- ASUNTO: En el presente proceso, sobre pretensión de variación de tenencia y otro, es objeto de examen, el recurso de casación interpuesto por la demandante Rosa Jia León Roldan, contra la sentencia de vista del 11 de setiembre de 2015, en cuanto declara nulo el extremo impugnado de la sentencia del 14 de noviembre de 2014, por consiguiente sin efecto el régimen de visitas dispuesto por la A quo, manteniendo vigencia el régimen de visitas que conciliaron.

2.- ANTECEDENTES:

DEMANDA:

2.1. Rosa Silvia León Roldan interpone demanda contra Wilmer Alexis Flores Gonzales, postula como pretensión la variación de tenencia de sus dos menores hijos Alexis Víctor y Ximena Alexandra Flores León, y la pensión de alimentos, ascendente a la cantidad de tres mil quinientos soles (S/ 3,500.00), el demandado deberá cumplir para sus dos menores hijos.

2.2. Alega que contrajo matrimonio con el demandado el 04 de agosto de 2005, producto del cual procrearon a sus hijos Alexis Víctor y Ximena Alexandra Flores León de cinco (05) y diez (10) años de edad, a la fecha de la demanda; y cuando decidieron separarse suscribieron un acta de conciliación sobre la tenencia, régimen de visitas y alimentos de sus hijos; sin embargo, el demandado ha incumplido con dicho acuerdo, al no permitirle ver a sus hijos, acreditando tales afirmaciones con las constataciones policiales que adjunta, llegando a ver a su hijo Alexis solo por la ventana.

2.3. Agrega que el demandado ha venido haciendo cometarios negativos sobre su persona, los que han ocasionado problemas emocionales en sus hijos; ordenándoles dejar de verla, tal como lo demuestra con los protocolos de pericias psicológicas practicados a los niños y a ella. Asimismo, su ex cónyuge, al tener como trabajo la condición de marino mercante, tiene que ausentarse del país a menudo, lo cual no le permite velar de manera adecuada por el bienestar sus hijos, dejándolos al cuidado de personas extrañas, como la señora Carmen Cristina Reluz Flores, quien por orden del demandado le impide ver a sus hijos.

2.4. Añade que respecto a la pensión de alimentos, se le debe fijar una pensión que suma los gastos de medicinas y atención médica, colegios y movilidad escolar, vestimenta, recreación, talleres y en cuanto a la alimentación de sus hijos, ella se hará cargo.

CONTESTACION:

2.5. Wilmer Alexis Flores Gonzales, contesta la demanda y la contradice en todos sus extremos". Sostiene que viene cumpliendo el acuerdo arribado con su ex cónyuge ante el Centro de Conciliación, permitiéndole que vea a sus hijos los días domingos, grabando sus visitas con las cámaras instaladas por su persona en su hogar. Asimismo, refiere que los menores mantienen una comunicación constante con su madre, y siempre ha tratado que sus

hijos tengan una buena relación con ella. Refiere que cuenta con la ayuda de su hija mayor Carmen Cristina para el cuidado de sus hijos y adicionalmente con una persona que se dedica al cuidado del hogar.

2.6. De otro lado, de forma contraria a lo afirmado por la demandante, sostiene que ella ha maltratado físicamente a su hija Ximena, a quien le dedica poca atención, pues cuando acude a visitarlos, se sienta en el mueble a leer periódicos o revisar su celular, lo que prueba con los videos adjuntados; en igual sentido, es falso, que por su trabajo de marino mercante, desatienda a sus hijos, toda vez que al año solo viaja tres meses, y actualmente trabaja en provincia, lo que le permite regresar a verlos o hacer que ellos viajen, lo que demuestra con videos y fotos; y cuando viaja, diariamente se comunica con ellos vía skype; y Si bien es cierto, que la demandante ha interpuesto denuncias en la Comisaría de San Miguel, pero es el caso, que todas han sido archivadas por la Fiscalía Provincial de Familia.

2.7. Finalmente precisa, que el matrimonio terminó porque descubrió que la demandante mantenía una relación extramatrimonial con su progenitor, es decir

A su padre, por ello se acordó la tenencia a su favor y se le concedió el régimen de visitas que viene cumpliendo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

2.8. La sentencia del 14 de noviembre de 2014, de conformidad con la opinión del Fiscal, declaró infundada la demanda de variación de tenencia, improcedente la demanda de alimentos; y dispuso un régimen de visitas más amplio, con externamiento para la progenitora.

2.9. Consideró que desde la firma del Acuerdo conciliatorio a la fecha de la demanda habían transcurrido treinta y seis fines de semana, de los cuales tres fines de semana no se llevó a cabo la visita de la demandante por causa imputadas al demandado y dos fines de semana se realizó en forma parcial, por causas imputadas a terceros que no facilitan la comunicación, existiendo responsabilidad compartida con el demandado; los demás fines de semana no han sido cuestionados, ni la demandante ha realizado acciones legales para su P cumplimiento, pese a que es plausible de ejecución forzada bajo los apremios | del artículo 181 del Código de los Niños y Adolescentes — en adelante CNYA —, por lo que, concluye que la causa expuesta por la accionante en su escrito dedemanda no resulta amparable.

2.10. Asimismo, de los hechos y medios probatorios aportados por la demandante tampoco califican para el supuesto de hecho regulado en el artículo 82 del CNYD, esto es que se encuentre en riesgo la integridad física o psicológica de los niños; por el contrario, de los informes psicológicos y entrevista a los menores se advierte que desean seguir viviendo con su padre, y dicha opinión no ha sido manipulada; que si bien es cierto, existe información ativa respecto de la conducta realizada por la progenitora, ello puede ser —Superado a través de terapias psicológicas y los apercibimientos de ley contra el progenitor, pues resulta natural que exista afectación emocional producto de los e conflictos familiares acontecidos y en los que han sido involucrados los niños, pero que no constituyen falta grave que ponga en peligro la integridad psicológica de los menores, máxime si de acuerdo con los psicológicos en ambos-.niños existe vinculación afectiva con la progenitora y se puede revertir la CL información negativa que tienen sobre ella.

2.11. A lo que se suman las condiciones positivas del padre, evidenciados en los informes psicológico y psiquiátrico que se le practicó, frente a las limitaciones evidenciadas en la madre”, las cuales pueden ser superadas con terapias psicológicas a efectos que revierta la afectación emocional y para que el progenitor evite transmitir emociones negativas que aún puede sentir respecto de la progenitora, facilite y coadyuve en el restablecimiento afectivo

de la progenitora y sus hijos. Siendo que en caso el progenitor incumpla el deber referido y no facilite el contacto materno filiar, la progenitora tendrá expedito su derecho para revertir la tenencia a su favor.

2.12. De otro lado, conforme al artículo 84 literal “c” del CNyA, en el que se establece la acumulación legal, según la cual el Juez fijará un régimen de visitas para el padre que no obtenga la tenencia, aunque no haya sido solicitada por las partes; que, ello no resulta siendo contrario al interés superior del niño, debiendo otorgarse el mismo en determinados días y con externamiento, a fin que los menores no se vean afectados por la ausencia de la figura materna, con quien presentan afinidad, por lo que se deberá fijar un régimen de visitas, como derecho impostergable de los menores, a favor de su progenitora, Rosa Silvia León Roldán, debiendo tenerse en cuenta los siguientes factores: edad de los menores, la frecuencia, la duración de las visitas y considerando las actividades que realizan los niños (estudios, actividades extracurriculares, recreo y descanso).

2.13. En cuanto, a la tenencia compartida, la accionante no ha tenido en cuenta que conforme al artículo 166 del CNyA, se puede modificar o ampliar la demanda antes de que esta sea notificada; por lo que la pretensión es improcedente, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer conforme a ley: y sobre la pretensión de alimentos, al haberse desestimado la pretensión principal, también se debe desestimar el pedido accesorio.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

2.14. La Sala Superior en la sentencia de vista del 11 de setiembre de 2015, declara nulo el extremo impugnado, por consiguiente sin efecto el régimen de visitas dispuesto por la A quo, manteniendo vigencia el régimen de visitas que conciliaron.

2.15. Consideró que, existe un régimen de visitas previo, realizado por acuerdo de ambas partes, constituyendo por tanto la sentencia apelada, un pronunciamiento extra petita, por cuanto no obedeció a la firme voluntad de la demandante, ni fue requerido por los menores, y tampoco se fijó como punto controvertido, incluso la fiscalía no ha emitido pronunciamiento al respecto. En consecuencia, la recurrida contiene un acto procesal viciado, que carece de los requisitos para la obtención de su finalidad, como lo precisa el artículo 171 del Código Procesal Civil; por consiguiente, conforme al artículo 176 del Código Procesal mencionado, ese acto deviene en nulo.

RECURSO DE CASACIÓN:

2.16. Este Tribunal Supremo, por auto de calificación del recurso de casación, del 13 de noviembre de 2016, lo declaró procedente por las siguientes causales:

1) Infracción del artículo IX del Título Preliminar y del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

Alega que la Sala emite un fallo, sin tener en cuenta que el informe psicológico — indica que está apta para el adecuado trato a sus hijos, y que en atención a ello y al interés superior del niño y adolescente, se dispuso variar el régimen de / visitas por uno más adecuado para sus hijos. Añade que los roles parentales no son derechos absolutos, sino limitados por los propios derechos de los niños y adolescentes, esto representa su interés superior; todo lo cual, no ha sido tomado en cuenta por la instancia de mérito.

2) Infracción de los artículos VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado; 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 50 inciso 6) y 122 numeral 4) del Código Procesal Civil. Sostiene que en virtud al principio de congruencia procesal el Juez debe dictar sus resoluciones de acuerdo al sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes, y

en el caso de la apelación corresponde al Juez Superior resolver en función a los agravios, los errores de hecho y de derecho que sirven de sustento a la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente, toda vez que la infracción prevista en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, determina la emisión de sentencias incongruentes. En el caso de autos la Sala no se ha ceñido a los fundamentos de la pretensión impugnatoria que expuso la recurrente; por lo que, la recurrida debe ser declarada nula. Añade que los errores cometidos revisten total trascendencia que ameritan la nulidad de la recurrida, en tanto de haberse aplicado correctamente el artículo 88 del CNyA se habría confirmado lo resuelto por el Juez de primera instancia.

3.- CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE:

Determinar si la decisión contenida en la sentencia de vista, que declara nulo el extremo referido a la disposición de un régimen de visitas más amplio, a lo pactado en el acuerdo conciliatorio extrajudicial, ha contravenido lo dispuesto en las normas antes precisadas, y por tanto, si debe ser revocada, confirmando la de primera instancia, o de lo contrario, reiterar la decisión de segunda instancia.

4.- FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

4.1 Según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad, respectivamente; finalidad que se ha 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 con pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes.

4.2. De acuerdo con la naturaleza de las disposiciones jurídicas denunciadas, se aprecia que estas están relacionadas con (i) el principio del interés superior del niño; (ii) la figura del régimen de visitas; (iii) el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en el que está comprendido el principio de congruencia procesal; lo que a continuación se analizará.

4.3. Teniendo en cuenta los principios antes mencionados, se iniciará el análisis, por el principio - derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que está contenido en el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Perú, así como también se encuentra su desarrollo en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en los artículos 50 inciso 6) y 122 numeral 4) del Código Procesal Civil. Es ampliamente conocido, que el principio — derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, contiene el principio de congruencia procesal, por el cual toda respuesta judicial tiene que observar la relación de identidad que debe haber entre lo pedido y lo resuelto; y en su fase interna debe respetar que el silogismo jurídico construido para resolver el caso debe ser correcto, y en su manifestación externa se debe verificar que las premisas sean validas.

4.4. Sin embargo, en los procesos de familia, dicho principio debe ceder — flexibilizarse, en atención a la especial naturaleza de la controversia y concediéndole mayor peso al principio del interés superior del niño, en función a que las medidas que se adopten resulten más adecuadas a su desarrollo integral y bienestar, garantizando la plena vigencia de sus derechos fundamentales; máxime si en estos casos, el régimen de visitas, más que un derecho del padre, resulta ser un derecho de los hijos de mantener el contacto personal y afectivo con el progenitor con el que no vive; de forma tal, que el Juez evalúe el impacto de su decisión en aras de resolver un problema humano; tal y como se ha establecido el III Pleno Casatorio

Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaído en la Casación N° 4664-2010 Puno.

4.5. Ciertamente el principio del interés superior del niño, está previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en nuestro ordenamiento interno, reconocido en el artículo IX del Título Preliminar del CNyA, por el cual el Estado y la sociedad en su conjunto deben considerarlo vital en la toma de decisiones, y tienen el deber de considerar lo "más beneficioso para el niño" sobre cualquier otro interés. En esta misma línea de argumentos, el régimen de visitas de un niño, está contemplado en el artículo 9 numeral 3) de la Convención antes mencionada, por medio del cual se exige la garantía que todo niño que está separado de uno o de ambos padres, tiene el derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4.6. En ese contexto, la Sala Superior se equivoca al considerar que el Juez de primera instancia ha emitido un pronunciamiento extra petita al disponer un régimen de visita más amplio a favor de la demandante, pues si bien es cierto, ese extremo no había sido materia de pretensión; empero, el órgano jurisdiccional tiene el deber de salvaguardar el derecho de los niños involucrados en este tipo de procesos, más aún, si existe una norma imperativa internacional, que ha sido reconocida en sede nacional que obliga al Juez a establecer un régimen de visitas a favor del padre o la madre que no obtenga la tenencia de sus hijos conforme los dispone el artículos 84 inciso c) del CNyA. Asimismo, la disposición 88 en el último párrafo del CNyA, prescribe que: "El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar".

4.7. Siendo esto así, de la revisión de autos y de las pruebas actuadas, se aprecia que, si bien es cierto, la madre concilió un régimen de vistas, este es limitado, y ya no resulta conveniente para el desarrollo integral y bienestar de los hijos, estando a las conclusiones de las evaluaciones psicológicas, realizadas a ambos menores y al tenor de las entrevistas sociales realizadas, que dan cuenta de la afectación emocional que vienen padeciendo por la separación de sus progenitores, agravado por la conducta obstruccionista del padre, que no propició el acercamiento necesario con la madre para evitar tales problemas, por lo que, lo resuelto por el Juez de Primera Instancia, resultará más favorable a los derechos del adolescente Alex Víctor Flores León y de la niña Ximena Alexandra Flores León, para lo cual necesitan un régimen de visitas amplio, inclusive con externamiento, a favor de la madre, en estricta observancia al principio del interés superior del niño.

4.8. En consecuencia, se ha acreditado la afectación a las normas denunciadas; por lo que, sobre la base de los fundamentos jurídicos que anteceden, se debe proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396, primer párrafo, del Código Procesal Civil, revocar la sentencia impugnada y confirmar la sentencia de primera instancia.

5. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

5.1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante Rosa Silvia León Roldan; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista del 11 de setiembre de 2015, en cuanto declara nulo el extremo impugnado de la sentencia del 14 de noviembre de 2014, por consiguiente sin efecto el régimen de visitas dispuesto por la A quo, manteniendo vigencia el régimen de visitas que conciliaron.

5.2. Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia de primera instancia del 14 de noviembre de 2014, que dispone un régimen de visitas con externamiento para la demandante, con lo demás que ahí contiene. **5.3. DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Rosa Silvia León Roldan con Wilmer Alexis Flores Gonzales, sobre variación de tenencia; y los devolvieron. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora Tello Gilardi.-
ss

TELLO GILARDI
DEL CARPIO RODRIGUEZ
RODRIGUEZ CHAVEZ
CALDERÓN PUERTAS
DE LA BARRA BARRERA