

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Lima, cinco de setiembre
del año dos mil once.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Con lo expuesto por la Fiscal Adjunta Suprema en lo Civil, según Dictamen número 285-2011-MP-FN-FSC, obrante de fojas noventa y seis a noventa y nueve del cuadernillo formado ante esta Sala Suprema, vista la causa en el día de la fecha, expide la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación obrante de fojas novecientos cincuenta y seis a novecientos sesenta y tres del expediente principal, interpuesto el veintiuno de mayo del año dos mil diez, por Edwin Estuardo Pérez Panitz, contra la sentencia de vista de fecha veintisiete de enero del año dos mil diez, obrante de fojas ochocientos noventa y cuatro a novecientos del referido expediente, dictada por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que confirma la sentencia contenida en la resolución de fecha diecisiete de marzo del año dos mil nueve, que declara fundada la demanda interpuesta sobre Variación de Tenencia Compartida, y ordena la Variación de la Tenencia Compartida dispuesta en el Expediente número 475-2005; y fija un Régimen de Visitas a favor de demandado los días sábados y domingos desde las nueve de la mañana del día sábado hasta las siete de la noche del día domingo, debiendo el padre, en forma personal, recoger y regresar a su hijo del hogar materno; asimismo: el día de la madre y del padre, el menor la pasará con el respectivo progenitor y en igual forma se procederá en los cumpleaños de sus padres únicamente. Con respecto a las fiestas navideñas y año nuevo, los años impares los pasará con el padre y los años pares con la madre. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Esta Sala Suprema por resolución de fecha catorce de setiembre del año dos mil diez, que obra de fojas setenta y siete a setenta y ocho del cuadernillo formado ante esta Suprema Sala, ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa material y procesal; habiendo alegado la parte impugnante lo siguiente: **A)** Infracción normativa del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Civil, por considerar que se le ha impedido el ejercicio de su derecho de defensa, al omitir pronunciarse respecto a la observación formulada al Informe Psicológico de fecha veinte de febrero del año dos mil nueve; debiendo el Juez pronunciarse al respecto antes de haber expedido sentencia sobre el fondo del asunto; afirma que tal como lo manifestó en su recurso de apelación solicitó al Juzgado se practique una evaluación psicológica al menor a cargo de Patricia Morgan Noriega, quien ha sido la psicóloga del menor; sin embargo se emitió sentencia sin tener en cuenta su derecho a ofrecer pruebas referidas a hechos nuevos. **B) Infracción normativa del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, pues en ningún momento el Juez ha procurado salvaguardar el acuerdo de tenencia compartida no siendo posible liberarse de un acuerdo ante el órgano jurisdiccional a menos que existan razones fundadas para tal efecto las que no pueden limitarse a simples manifestaciones verbales no corroboradas con ninguna prueba tangible y definitiva; sostiene que la sentencia impugnada pretende basar su decisión en una supuesta mejor condición de alguno de los progenitores para ostentar la tenencia del menor lo que no se ajusta a lo dispuesto por la norma; indica que tampoco se ha tenido en cuenta el parecer del niño tal como la norma obliga. **C) Infracción normativa del artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes**, toda vez que se ha omitido el deber fundamental de requerir la asesoría del equipo multidisciplinario de médicos, psicólogos, asistentes sociales, entre otros, que podrían asesorar en una transición adecuada y progresiva con el objeto de que se preserve la estabilidad del menor. **CONSIDERANDO: Primero.**- Que, habiéndose declarado procedente el recurso interpuesto por las causales de infracción normativa material y procesal, deben analizarse en primer término los agravios precedentemente señalados en el punto uno, referente a la infracción normativa procesal, no resultando necesario en la eventualidad que los mismos se declaren fundados al examinar los agravios relativos a las infracciones normativas materiales antes precisadas; **Segundo.**- Que, por consiguiente, para los efectos de determinar si en el caso en concreto se ha incurrido en la infracción

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

normativa procesal en los términos propuestos es menester efectuar el siguiente análisis; **Tercero.-** Que, de la lectura de la demanda obrante de fojas diecinueve a fojas veintiocho del expediente principal, es de verse que Liliana Maximina Paulino Carrascal solicita la Variación de la Tenencia de su menor hijo indicando que el quince de abril del año dos mil uno contrajo matrimonio civil con el demandado Edwin Estuardo Pérez Panitz, procreando al menor de iniciales E.A.P.P. quien cuenta a la fecha de interposición de la demanda, esto es al nueve de agosto del año dos mil cinco, con tres años y medio de edad; agrega que debido a la desavenencia conyugal motivada por el acoso y hostilidad del demandado hacia su persona se vio obligada a retirarse de la casa de los padres del demandado en la que compartían su vida marital agudizándose posteriormente dichas desavenencias resquebrajándose rápidamente la relación conyugal llegando a niveles insoportables e inmanejables debido al repentino y brutal cambio del demandado quien ha llegado a extremos injustificables de progresiva violencia física y psicológica en su agravio; refiere que tales hechos de violencia familiar fueron denunciados ante la Policía Nacional de Huamachuco generándose el Atestado Policial número 15-05-DIVPOL-CPNP-HCO-A de fecha veinticinco de enero del año dos mil cinco, el cual ha sido remitido a la Fiscalía Mixta de dicha localidad, siendo objeto nuevamente de violencia física y psicológica con fecha veintiséis de enero del año dos mil cinco, denunciando dichos actos ante la Primera Fiscalía de Familia de Trujillo, la cual dispuso interponer la respectiva demanda dictándose la medida de protección a su favor consistente en el impedimento del acoso y ordenó el retorno de su menor hijo a su hogar, proceso en el cual llegaron a conciliar; añade que también ha sido víctima de violencia física causada por Alfredo Pérez Alburquerque padre del demandado lo que ha dado origen al proceso número 787-2005 ante el Primer Juzgado de Familia de Trujillo, en el que llegó a conciliar con su ocasional agresor; precisa que dentro de tal clima de hostilidad y conflicto se ha desarrollado el proceso judicial de tenencia seguido ante el Segundo Juzgado de Familia de Trujillo, Expediente número 475-2005, el cual ha

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

culminado inadecuada y desacertadamente en el régimen de tenencia compartida el cual no es favorable para el menor sino más bien perjudicial para su progresiva formación integral, así como negativo para su estabilidad emocional; **Cuarto.-** Que, por resolución número cuatro, corriente de fojas cincuenta y tres a cincuenta y cuatro del expediente principal, se declaró infundada la nulidad deducida por el demandado Edwin Estuardo Pérez Panitz, declarándose rebelde al mismo; **Quinto.-** Que, el Quinto Juzgado de Familia de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, obrante de fojas seiscientos sesenta y cuatro a seiscientos setenta y tres, emitida el diecisiete de marzo del año dos mil nueve, ha ordenado la Variación de la Tenencia Compartida, dispuesta en el Expediente número 475-2005, seguida entre las mismas partes y se otorga la Tenencia a favor de la demandante, fijando un Régimen de Visitas a favor del demandado; considera que la tenencia compartida acordada voluntariamente por ambas partes en lugar de ser beneficiosa para el niño ha sido totalmente perjudicial lo que se demuestra en los informes psicológicos practicados al menor; señala que al encontrarse el menor cursando estudios de nivel inicial debe contar con la ayuda de sus padres en forma diaria en sus tareas escolares, sin embargo la tenencia compartida resulta inapropiada pues de lunes a miércoles está al lado de su padre y de jueves a sábado al lado de su madre por ende sus actividades escolares se ven frustradas en lo que se refiere a la ayuda de los padres toda vez que de manera intempestiva pasa de un hogar a otro debiendo amoldarse de manera inmediata de la forma de proceder de un hogar a la del otro trayendo consigo confusión, inestabilidad y cansancio siendo lo apropiado que uno sólo de los padres sea el responsable de las tareas escolares y supervisión de las mismas lo que generará en el menor estabilidad en lo emocional y en sus actividades escolares, desde que en tan solo tres días pasa de un hogar a otro, además de soportar en sus tan cortos cinco años las desavenencias tan marcadas de sus padres así como la de los familiares de los mismos no siendo además el comportamiento, costumbres y actitudes de ambos padres homólogas y por el contrario

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

completamente antagónicas, conclusión que se advierte de las denuncias policiales, los procesos de violencia familiar, etcétera, que demuestran que la tenencia compartida acordada voluntariamente por ambos resulta perjudicial para el menor, apreciándose de la decisión que para resolver el caso concreto no tienen en cuenta que el demandado labora fuera de la ciudad, pues está acreditado que por su trabajo comparte la tenencia del niño con su familia y con la demandante, toda vez que resulta imposible que laborando en Centros de Salud del Estado esté al lado de su hijo dejando por tanto la responsabilidad de su cuidado a sus parientes resultando, por tanto, su madre la persona idónea para ejercer su tenencia al haber estado y estar siempre al lado de su niño sin soslayar que es quien la que ha convivido la mayor parte del tiempo al lado de su hijo de conformidad a lo dispuesto por el artículo 84 inciso a del Código de los Niños y Adolescentes, debiendo fijarse un régimen de visitas; **Sexto.-** Que, por escrito de fojas seiscientos noventa y uno a setecientos del expediente principal, el demandado Edwin Estuardo Pérez Panitz apela la precitada resolución indicando que el Juez no ha realizado una adecuada valoración de los hechos y las pruebas obrantes en autos, las mismas que permitirían concluir que la demandante no se muestra como idónea para ostentar la tenencia exclusiva de su menor hijo, así como no se ha acreditado que el régimen de tenencia compartida vigente perjudique a su menor hijo no existiendo causa justificada alguna para variar el régimen de tenencia compartida ya fijado, siendo el Informe Psicológico de fecha trece de febrero del año dos mil nueve, inadecuado e insuficiente para determinar la inconveniencia de la tenencia compartida habiéndose desestimado la solicitud de una pericia psicológica emitida por la Psicóloga tratante de su menor hijo, emitiéndose sentencia sin darle la oportunidad para observar el informe pericial lo que determina la nulidad de la sentencia; **Sétimo.-** Que, la Sala Superior por resolución de vista de fecha veintisiete de enero del año dos mil diez, obrante de fojas ochocientos noventa y cuatro a novecientos, confirma la apelada al considerar que el régimen de tenencia compartida es evidentemente negativo para el normal desarrollo

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

psicológico, espiritual y moral del menor al tornarse evidente que conforme al régimen de tenencia compartida el menor cambia de hogar cada tres días lo que ocasiona que deba adaptarse sucesivamente a costumbres, hábitos de vida como higiene, aseo, horarios, reglas de estudio, recreación, trato humano de entornos familiares no sólo distintos sino en evidente conflicto, conforme a lo consignado, al analizar las condiciones de disponibilidad de cada uno de los progenitores coligiéndose que el padre no exhibe la mejor disposición constante para ejercer la tenencia atendiendo al nivel de necesidad que el menor presenta en atención a su difícil situación psicológica y personal que lo lleva a compartir al menor quien pasa más tiempo con los familiares de su padre que con él mismo siendo distinta la situación que presenta la demandante quien no presenta un régimen laboral tan absorbente como el del demandado, lo que aunado a sus condiciones materiales y psicológicas justifican que se le otorgue un régimen de tenencia exclusiva de conformidad a lo que dispone el artículo 84 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes resultando también atinada la decisión de un régimen de visitas que coadyuve al mantenimiento de las relaciones personales y afectivas del menor con su padre en aras de cultivar una óptima relación paterno filial; **Octavo.-** Que, sobre el particular, acorde a lo dispuesto por el artículo 173 del Código de los Niños y Adolescentes, establece: *"A falta de conciliación y, si producida ésta, se afectara a criterio del Juez los intereses del niño o del adolescente, corresponde al mismo fijar los puntos controvertidos y determinar los que serán materia de prueba. Pudiendo rechazar aquellas pruebas que considere inadmisibles, impertinentes o inútiles y disponer la actuación de las cuestiones que sobre dicha decisión se susciten, resolviéndolas en el acto, debiendo también escuchar al niño o al adolescente; teniendo las partes una vez actuados los medios probatorios cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos y concedidos éstos si los hubiere debe el Juez remitir los autos al Fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen; debiéndose una vez devueltos los autos expedir sentencia en igual término pronunciándose sobre todos*

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

los puntos controvertidos"; asimismo, conforme a lo establecido por el artículo 175 del precitado Código *"Luego de contestada la demanda podrá el Juez para mejor resolver solicitar al equipo técnico un informe social referente a las partes intervinientes y una evaluación psicológica si lo considera necesario; debiendo los encargados de realizar el informe social y la evaluación psicológica evacuar su informe dentro del tercer día, bajo responsabilidad"*; **Noveno.-** Que, en el caso de autos respecto a la alegación consistente en que el Juez antes de emitir sentencia sobre el fondo del asunto debió pronunciarse sobre la observación formulada al Informe Psicológico de fecha veinte de febrero del año dos mil nueve, obrante de fojas seiscientos cincuenta y seis a seiscientos cincuenta y ocho, corresponde precisar que de lo actuado en el proceso no se vislumbra la infracción normativa del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de los derechos o interés de los justiciables, toda vez que: **1)** Según sentencia obrante de fojas quinientos veintinueve a quinientos treinta seis de fecha diecisiete de junio del año dos mil ocho, el Juez declaró fundada la demanda disponiendo la variación de la tenencia compartida otorgando la misma a la demandante y fijando un régimen de visitas a favor del padre. **2)** Siendo apelada por el emplazado, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante sentencia de vista de fecha veinticinco de setiembre del año dos mil ocho, obrante de fojas seiscientos diecinueve a seiscientos veintitrés, declaró nula la recurrida recomendando que el Juez solicite de manera inmediata un informe sobre la situación psicológica actualizada del menor. **3)** Por resolución de fecha cinco de febrero del año dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos cuarenta y nueve del expediente principal, se dispuso notificar a la psicóloga adscrita a los Juzgados de Familia para que a la brevedad posible realice una evaluación psicológica del menor. **4)** Con fecha veinte de febrero del año dos mil nueve, obrante de fojas seiscientos cincuenta y seis a seiscientos cincuenta y ocho, la Psicóloga presentó el Informe Psicológico respectivo. **5)** Que, mediante resolución de fecha tres

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

de marzo del año dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos cincuenta y nueve, se agregó a los autos el precitado Informe Psicológico y se dispuso que los mismos pasen a Despacho a efectos de emitir sentencia, resolución que fue notificada al demandado el once de marzo del año dos mil nueve, según constancia de fojas seiscientos sesenta y dos. 6) Se emite la sentencia por resolución de fecha diecisiete de marzo del año dos mil nueve, obrante de fojas seiscientos sesenta y cuatro a seiscientos setenta y tres; y, 7) mediante escrito presentado el dieciséis de marzo del año dos mil nueve, obrante de fojas seiscientos setenta y siete a seiscientos ochenta y dos, el demandado Edwin Estuardo Pérez Panitz, observa el Informe Psicológico y solicita una pericia adicional, apreciándose por tanto que la observación al Informe Psicológico emitido, así como la actuación de una pericia adicional solicitada por el recurrente según escrito de fojas seiscientos setenta y siete a seiscientos ochenta y dos, fueron formulados cuando los autos se encontraban en el Despacho para los efectos de expedir la sentencia correspondiente; y en relación a la alegación consistente en que el Juez emitió sentencia sin tener en cuenta su derecho a ofrecer nuevas pruebas, así como que la Sala Superior ha omitido pronunciarse sobre este aspecto debe precisarse que en aplicación del principio de trascendencia no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal, tanto más si el artículo 167 del Código de los Niños y Adolescentes, señala que *"Luego de interpuesta la demanda, sólo pueden ofrecerse los medios probatorios de fecha posterior, los referidos a hechos nuevos y aquellos señalados por la otra parte en su contestación de la demanda"*, no teniendo tal carácter la pericia psicológica del menor solicitada por el demandado, por ende al no encontrarse dicha pericia dentro de los supuestos anteriormente citados, la alegación esgrimida carece de asidero debiendo desestimarse la causal de infracción normativa procesal contenida en el acápite A) correspondiendo analizar la infracción normativa sustantiva invocada; **Décimo.-** Que, conforme a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, señala: *"Cuando los*

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ambos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia lo 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”;

consiguientemente en lo referente a la alegación formulada por el emplazado consistente en que en ningún momento el juez ha procurado salvaguardar el acuerdo de tenencia compartida, no siendo posible liberarse del mismo ante el órgano jurisdiccional a menos que existan razones fundadas, debe anotarse que esta alegación en el fondo importa una discrepancia de criterio con la valoración efectuada por las instancias de mérito, lo cual no procede en casación observándose más bien que ambas instancias jurisdiccionales han fundamentado la decisión al considerar que la tenencia compartida dispuesta voluntariamente por ambos resulta perjudicial para el menor; asimismo, en lo referente a que se pretende basar la decisión en una supuesta mejor condición de alguno de los progenitores para ostentar la tenencia del menor, este argumento así esgrimido tampoco resulta atendible toda vez que la decisión se ha dictado a mérito de lo actuado en el proceso y en beneficio del menor; igualmente en relación a que no se ha tomado en cuenta el parecer del niño se aprecia que dicho argumento carece de base real pues el Juez a efectos de determinar las visitas a cargo del padre sí ha tomado en cuenta dicho parecer según es de verse de fojas cuatrocientos noventa a cuatrocientos noventa y dos, habiendo manifestado el menor que quiere a ambos padres y tiene miedo que se peleen; por tanto también debe desestimarse la causal expresa en el acápite B); **Décimo Primero.-** Que, en lo atinente a la denuncia contenida en el acápite C) corresponde indicar que si bien acorde a lo establecido por el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes: *“En caso resulte necesaria la variación de la Tenencia, el Juez con la asesoría del equipo multidisciplinario ordenará, que ésta se efectúe en*

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

**CASACIÓN 2628-2010
LA LIBERTAD
VARIACIÓN DE TENENCIA**

forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al menor. 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"; también lo es, que al no tratarse de una variación de tenencia ejercitada sólo por la madre o sólo por el padre sino la variación de la que vía conciliación ejercen ambos progenitores la norma en comento no resulta aplicable al caso que nos ocupa, tanto más, si como ya ha quedado establecido la tenencia compartida no resulta favorable al menor, consecuentemente al no configurarse las causales precedentemente denunciadas en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil y considerando el Principio del Interés Superior de Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos contemplado en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Edwin Estuardo Pérez Panitz por la causal de infracción normativa material y procesal; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veintisiete de enero del año dos mil diez, obrante de fojas ochocientos noventa y cuatro a novecientos, dictada por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Liliana Maximina Paulino Carrascal contra Edwin Estuardo Pérez Panitz, sobre Variación de Tenencia; y los devolvieron. Ponente Señora Valcárcel Saldaña, Jueza Suprema.-

S.S.

**TICONA POSTIGO
ARANDA RODRÍGUEZ
PALOMINO GARCÍA
VALCÁRCEL SALDAÑA
MIRANDA MOLINA**

GVQ/dro

Dra. MERY OSORIO VALLADARES
Secretaria de la Sala Civil Transitoria
de la Corte Suprema

7 OCT 2011

SE PUBLICO CONFORME A LEY