

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009
LIMA

Lima, doce de mayo del dos mil diez.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. Vista la causa **en discordia**, y con el voto del señor Juez Supremo Álvarez López quien se adhiere a los votos de los señores Jueces Supremos Távara Córdova, Idrogo Delgado y Valcárcel Saldaña, en la causa número setecientos cincuenta y nueve – dos mil nueve, con los acompañados, con lo expuesto en el Dictamen Fiscal, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas setecientos diecisiete por **Ismael López Arias** contra la sentencia de vista obrante a fojas setecientos cuatro del quince de diciembre del dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia que obra a fojas seiscientos cuarenta y tres del treinta y uno de julio del dos mil ocho, reformándola la declara fundada.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

Esta Sala Suprema, mediante resolución obrante a fojas veinte del cuadernillo formado por esta Sala, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, prevista en el artículo 382 inciso 3° del Código Procesal Civil sosteniendo que la sentencia de vista no se encuentra debidamente motivada sobre las pruebas de la demandante, sino sólo por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil en cuanto a la inasistencia del demandado a la audiencia complementaria; no obstante, que en primera instancia dicha prueba fue prescindida, y los niños fueron entrevistados por la asistente social que se constituyó al domicilio del recurrente, y no existe pronunciamiento al respecto. De igual modo, señala que se ha amparado su demanda de tenencia basado en un supuesto falso,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

“arrebato de los niños”, sustentando en la constatación policial contra la cual se interpuso tacha que fue declarada fundada.

3. CONSIDERANDO:

Primero.- La doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, lo que se conoce como el debido proceso en su dimensión procesal o adjetiva; en tanto que el debido proceso sustantivo no sólo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa.

Segundo.- Examinados los argumentos de este medio impugnatorio, se advierte que el recurrente cuestiona la motivación de la resolución objeto del presente recurso, denunciando una deficiente valoración de las pruebas pues, según *afirma*, dicha resolución se sustenta solo en la aplicación de los dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil, por la inasistencia del demandado a la audiencia complementaria, pese a que dicha prueba fue prescindida, y los niños fueron entrevistados por la asistente social; asimismo, sostiene que se ha amparado la demanda de tenencia basado en un supuesto falso “arrebato de los niños”, según constatación policial contra la cual se interpuso tacha que fue declarada fundada.

Tercero.- Para efectos de determinar si en el presente caso se han infringido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, relativa a la valoración de las pruebas, es necesario hacer las siguientes precisiones. La demandante, Deysy Nefritti Monier Candia, en su condición de madre, solicita la tenencia y custodia de sus menores hijos, Guillermo Ismael y Mario Alberto López Monier, de tres y dos años de edad, respectivamente, los mismos que le fueron arrebatados por el progenitor, Ismael López Arias. Entre las consideraciones de su demanda, están que contrajo matrimonio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

con el demandado el siete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, ante la Municipalidad Distrital de San Miguel, Provincia y Departamento de Lima, en el que procrearon a los mencionados menores de edad. Manifiesta que en el hogar conyugal se presentaron problemas, por lo que el día trece de marzo de dos mil uno, el emplazado se llevó las cosas personales de la actora a la casa de su madre en Chorrillos, para luego hacer una falsa denuncia de abandono injustificado del hogar conyugal, desde esa fecha hasta la actualidad se encuentran separados de hecho. Sostiene que el dieciocho de marzo de dos mil uno, el propio demandado le entregó a los niños y para evitar problemas no le exigió que cumpliera con su obligación alimenticia, es por ello que se vio obligada a demandarlo por alimentos el veintiocho de diciembre de dos mil uno. Sostiene que el quince de enero de dos mil dos, el demandado en forma violenta arrebató a sus hijos, siendo que desde esa fecha no los puede ver; añade que los menores no se encuentran en buen estado, pues se quedan con la abuela paterna de setenta años de edad, corriendo peligro, ya que cualquier accidente que pudiera ocurrir no tendrían la atención oportuna por la edad de la abuela.

Cuarto.- Por su parte, el demandado contesta y contradice la demanda, sosteniendo que la demandante ha sido una madre desnaturalizada, pues en realidad su hogar decayó por la conducta de adulterio, violencia psicológica, moral y hasta física de la actora hacia aquel y sus hijos, lo que hizo insostenible la vida en común. Manifiesta que la actora abandonó el hogar conyugal el trece de marzo de dos mil uno, llevándose sólo sus prendas personales, manifestando respecto de sus hijos que si les faltaba algo que le comunicaran a la casa de Chorrillos, por lo que demandó el divorcio por causal de adulterio contra aquella. Precisa que sus hijos siempre han estado debidamente atendidos por aquel, que no solo sustentaba los gastos del hogar sino que hasta en las noches y madrugadas se despertaba para atenderlos, mientras que la demandante no se preocupaba porque no era maternal, sino fría hasta indiferente e inclusive en algunas oportunidades era agresiva, violenta hasta con sus hijos. Agrega que los días diecinueve de marzo y veintiocho de abril del dos mil uno, ambos padres suscribieron un

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

acuerdo privado respecto de los niños; sin embargo, la demandante no cumplía con sus obligaciones de madre, pues continuaba desatendiendo a sus hijos y persistía en su conducta adulterina, por cuanto salía con dos hombres. Afirma que el diecisiete de diciembre de dos mil uno, la demandante le entregó voluntariamente a sus dos hijos y desde esa fecha hasta la actualidad los tiene consigo en su domicilio; añade que ha sido él quien le solicitaba a la recurrente para que aquella pueda ver a sus hijos, pues cuando ésta se quedaba con ellos no los cuidaba sino los dejaba con extraños, y por los peligros existentes, siempre aquél le reclamaba.

Quinto.- En el desarrollo del presente proceso, tenemos que en la Audiencia de conciliación de fojas trescientos sesenta y dos, el Juez ordenó que la parte demandante, demandado y los menores de edad acudan al equipo multidisciplinario a fin de que se efectúen las respectivas evaluaciones psicológicas y sociales; no obstante dicha admisión de pruebas, el emplazado no cumplió con ellos, por lo que mediante resolución obrante a fojas seiscientos siete, se hizo efectivo el apercibimiento decretado sobre el demandado, teniendo en cuenta su conducta procesal; de otro lado, a fojas quinientos ochenta y seis obra el informe de la asistente social la cual señala que acudió al domicilio del demandado pero no la dejaron entrar, incluso, la Sala Superior, mediante resolución obrante a fojas seiscientos noventa y tres, convocó a una Audiencia Complementaria, para que concurra el demandado y los menores, sin embargo, dicha parte procesal tampoco asistió.

Sexto.- El juez, mediante sentencia obrante a fojas seiscientos cuarenta y tres, su fecha treinta y uno de julio de dos mil ocho, declara infundada la demanda interpuesta por Deysy Nefritti Monier Candia, en consecuencia, fija un régimen de visitas para la demandante, sustentando su decisión, fundamentalmente, en que los niños cuya tenencia se solicita viven mayor tiempo con su padre demandado, conforme se aprecia de la constancia policial de fojas treinta y siete corroborado con el informe social de la demandante de fojas cuatrocientos noventa y dos a cuatrocientos noventa y cuatro, en el cual se consigna que la demandante trató de ocultar su

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

verdadero domicilio al trasladar inicialmente a la asistente social al inmueble donde reside su madre y su hermana y no aquella, para después de ser exhortada por la profesional del Equipo Multidisciplinario reconocer que domicilia en otro sitio cercano, trasladando recién ahí a la señorita asistente social; asimismo, en la evaluación psiquiátrica de la demandante, ella misma manifiesta que *“La tenencia yo no la puedo tener, porque sería muy terrible para ellos, acostumbrarse a una persona que nunca han visto, pero yo quiero pasar tiempo con ellos, yo sé que ellos necesitan de mi, tener a su mamá, yo los quiero, sólo quiero que me vean...”*; agregando que si bien no se pudo actuar los informes psicológicos y sociales de los niños y del demandando por falta de colaboración de aquél, ni se ha podido tampoco tomarles su declaración para conocer su opinión, sin embargo, tampoco obra prueba alguna que acredite que tal convivencia les resulte perjudicial, por lo que desestima el petitorio de tenencia y custodia de la demandante.

Sétimo.- Apelada dicha decisión, la Sala Superior revoca la sentencia antes mencionada otorgando la tenencia y custodia de los menores en cuestión a la demandante, basando su decisión en el desinterés y falta de colaboración por parte del padre de los menores inclusive ante el requerimiento de dicha Sala Superior, debiendo considerarse dicha conducta procesal, ya que no posibilitó en su oportunidad que se practique las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado, así como su negativa a acceder a que los niños concurren a las audiencias programadas por ambas instancias, a fin de escucharlos y poder considerar su opinión, así como sus mejores condiciones de desarrollo, habiendo asumido, en consecuencia, una actitud de obstrucción a la actuación de la prueba, imposibilitando que el órgano jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efecto de lograr un desarrollo psicosocial adecuado; de otro lado, la Sala Superior aprecia de las evaluaciones psiquiátrica y psicológica efectuadas a la demandante que ésta no presenta ninguna anomalía en su personalidad que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos.

Octavo.- Es pertinente señalar que el derecho al debido proceso establecido en el artículo 138, inciso 3) de la Constitución se integra, entre otros, por el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

derecho a obtener una resolución fundada en razones suficientes que expresen de manera clara las consideraciones jurídicas y fácticas que la justifican. Esto es concordante con lo señalado el inciso 3) del artículo 122 del Código Procesal Civil que prescribe la obligatoriedad de que las resoluciones judiciales contengan la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, a lo que se añade el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De este modo la exigencia de la motivación es un deber para los jueces y una garantía para quienes son destinatarios de las decisiones judiciales, ya que por medio de ellas se puede conocer y evaluar que las mismas son consecuencia de una valoración razonable y racional de los elementos de hecho y de derecho que concurren en el proceso. La motivación por tanto es un mecanismo de control del razonamiento judicial y por ende de legitimación de la función judicial.

Noveno.- Respecto del caso materia de autos se tiene que el recurrente denuncia que la decisión de la sentencia impugnada en casación tiene como motivación (sin considerar otros elementos de prueba) lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil, que establece que *“El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios”*. Tal conclusión se ha obtenido porque el demandado durante el curso de proceso no habría posibilitado que se practiquen las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado, así como su negativa a acceder a que los niños concurren a las audiencias programadas.

Décimo.- De la interpretación de la regla establecida en el artículo 282 del Código Procesal Civil antes señalada, se desprende que el juez tiene la facultad de extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, cuando estas asuman una conducta que entorpezca la actividad probatoria. Sin embargo, la referida norma no faculta al juez a fundar su decisión solo en las conclusiones obtenidas en el ejercicio de esa facultad. Y es que el juez debe valorar todos los medios probatorios (incluida la conclusión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

obtenida en virtud del artículo 282 antes mencionado) en forma conjunta conforme el artículo 197 del Código Procesal Civil. Al efecto, valorar implica evaluar la aceptabilidad de las informaciones válidamente aportadas al proceso a través de los medios de prueba con la finalidad, conforme lo establece el artículo 188 del Código Procesal citado de «producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones». Por lo tanto, la motivación de la decisión judicial debe tener como base la convicción generada por la evaluación conjunta de los medios de prueba, de lo contrario bastaría en todo proceso judicial una conducta obstruccionista de la parte, para que el Juez obtenga convicción, prescindiendo así de todo el caudal probatorio, perdiendo sentido toda la actividad judicial dirigida a actuar medios probatorios.

Undécimo.- No es posible, como hace la Sala de mérito, sostener un razonamiento probatorio esencialmente en aplicación de lo previsto el artículo 282 del Código Procesal Civil, como si estuviésemos frente a un tipo de pretensión en la que solamente el demandado tuviese la carga de la prueba, dado que en una materia, como es la de tenencia y custodia de menor debe evaluarse las condiciones ofrecidas por ambas partes, en este caso, tanto el padre como la madre, para que así, a la luz del *Interés Superior del Niño* pueda resolverse por lo más conveniente para el menor, de tal manera, que una pretensión de tal complejidad, no puede resolverse en la mera y automática aplicación de un precepto legal como el mencionado artículo 282 del Código adjetivo, casi al modo de un sistema de prueba tasada.

Duodécimo.- De otro lado, con relación a que se ha amparado la demanda de tenencia y custodia en un “supuesto arrebató de los niños” basado en la constatación policial de fojas quince, documento sobre el cual se declaró fundada la tacha interpuesta, se tiene que en la resolución recurrida, en la parte final de su considerando cuarto se describe que «[...] en forma violenta, se los arrebató de su poder, llevándoselos en un auto, conforme detalla la denuncia policial ante la Comisaría PNP de Chorrillos»; no obstante, tal narración de hechos se refiere a lo alegado por la propia parte

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

demandante y no constituye la *ratio decidendi* de la sentencia que, como se ha venido diciendo, se sustenta de manera vertebral en la aplicación artículo 282 del Código Procesal Civil.

4. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y en aplicación de lo establecido por el numeral 2.1 del artículo 396 del Código Procesal Civil. Declararon:

- a) **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas setecientos diecisiete por don Ismael López Arias y; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista obrante a fojas setecientos cuatro del quince de diciembre de dos mil ocho.
- b) **ORDENARON** el reenvío de los autos a la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fin de que emita nueva decisión de acuerdo a las consideraciones vertidas en esta resolución.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabilidad; en los seguidos por Deysy Nefritti Monier Candia contra Ismael López Arias, sobre tenencia y custodia de menor.-

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

IDROGO DELGADO

ALVAREZ LÓPEZ

VALCARCEL SALDAÑA

El secretario de la Sala que suscribe certifica: que los señores Jueces Supremos Távara Córdova y Valcárcel Saldaña vuelven a suscribir su voto que fueron efectuados el veintinueve de octubre del dos mil nueve y quince de marzo del dos mil diez respectivamente, los mismos que obran a fojas treinta y cuatro y cincuenta y seis de este cuaderno formado en este Supremo Tribunal; el señor Juez Supremo Idrogo Delgado no vuelve a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

suscribir su voto que fuera efectuado a fojas treinta y cuatro de fecha veintinueve de octubre del dos mil nueve, por encontrarse laborando a la fecha en la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Lima, doce de mayo del dos mil diez.-

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ VALCARCEL SALDAÑA, ADEMAS DE LOS SUSCRITOS SON

LOS SIGUIENTES: Primero.- Que, es preciso señalar que la presente controversia versa sobre la demanda de tenencia y custodia obrante de fojas veintiuno a veintisiete, interpuesta el treinta de abril de dos mil dos, por doña DEYSY NEFRITTI MONIER CANDIA, en su condición de madre de los menores Guillermo Ismael y Mario Alberto López Monier, los que, según afirma, le fueron arrebatados por el progenitor y ahora demandado don Ismael López Arias. Segundo.- Que, en el caso de autos, es de verse que la Juez del Vigésimo Juzgado Especializado de Familia, mediante sentencia -Resolución número doscientos noventa y uno, corriente de fojas seiscientos cuarenta y tres a seiscientos cuarenta y ocho, su fecha treinta y uno de julio de dos mil ocho, al amparo de la norma contenida en el artículo 84, inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, argumentando que los menores viven mayor tiempo con su padre, que las demás pruebas actuadas no enervan dicha afirmación y que no obra prueba alguna que acredite que tal convivencia les resulta perjudicial, ha desestimado la precitada demanda. Tercero.- Que, fundamenta su decisión en la Constancia Policial que corre a fojas treinta y siete; así como, en el Informe Social que obra de fojas cuatrocientos noventa y dos a fojas cuatrocientos noventa y cuatro -en el que se refiere que la actora vive en un departamento pequeño junto a su actual pareja y en lo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

manifestado por dicha parte en la Evaluación Psiquiátrica practicada: "La tenencia no la puedo tener porque sería muy terrible para ellos, acostumbrarse a una persona que nunca han visto, pero quiero pasar tiempo con ellos, yo se que ellos necesitan de mi, tener a su mamá, los quiero, sólo quiero que me vean ...". **Cuarto.-** Que, apelada dicha decisión, la Sala Superior, por Resolución sin número, obrante de fojas setecientos cuatro a setecientos siete, dictada el quince de diciembre de dos mil ocho, revoca la recurrida y reformándola, declara fundada la demanda, ordenando que la tenencia sea ejercida por la madre de los menores, sustentando su decisión en las opiniones emitidas en la Evaluación Psiquiátrica número cero cinco uno tres siete nueve – dos mil siete-PSQ, así como, en el Informe Psicológico número dos mil doscientos cincuenta y cuatro – cero siete -MCF-EM-PSI, en lo que se concluye que la actora presenta personalidad de rasgos normales y que no se encuentran razones psicológicas que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos; considerando, además, la conducta procesal del demandado, quien no posibilitó, en su oportunidad, se le practique la pericia psicológica dispuesta por el Juzgado, así como, su negativa a acceder que los niños concurren a las audiencias programadas por la Judicatura en las dos instancias, asumiendo así, una actitud de obstrucción de la prueba, imposibilitando que el órgano jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efectos de lograr un desarrollo psicosocial adecuado.- **Quinto.-** Que, al respecto, en el Considerando Sexto, especifica que de fojas trescientos sesenta y dos a fojas trescientos sesenta y siete, se verifica que el juzgado, en la Audiencia Única de fecha dieciocho de abril de dos mil siete, dispuso de oficio, que la demandante, el demandado y los niños, acudan ante el Equipo Multidisciplinario, para sus evaluaciones psicológicas y sociales; requiriéndose al demandado por Resolución obrante a fojas cuatrocientos seis, su fecha doce de junio de dos mil siete, notificada según cargo de fojas cuatrocientos cuarenta y siete, para que dentro del plazo de tres días de notificado cumpla con apersonarse,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

debiendo asimismo trasladar a los niños ante el Equipo Multidisciplinario, bajo apercibimiento de tomar en cuenta su conducta procesal de conformidad a lo dispuesto por el antes citado artículo; reiterándose el mandato para la realización de las visitas y examen psicológico de las partes, en el acto de Continuación de la Audiencia -cuya acta corre de fojas cuatrocientos cincuenta y dos a cuatrocientos cincuenta y tres; agregando que si bien por Resolución número cuarenta y ocho, corriente a fojas seiscientos siete, su fecha cinco de mayo de dos mil ocho, se dispuso prescindir de dicha actuación, sin embargo, a criterio del Colegiado se expidió la Resolución obrante a fojas seiscientos cuarenta y tres, su fecha veintisiete de octubre de dos mil ocho, por la que se convocó a una Audiencia Complementaria a realizarse el dieciocho de noviembre de dos mil ocho, a fin de escuchar la opinión de los menores, no concurriendo el demandado conforme consta a fojas setecientos dos, encontrándose debidamente notificado; señala, además, que la parte demandada ha demostrado falta de interés y colaboración con la obtención de la finalidad de los medios probatorios que establece el artículo 282 del Código Procesal Civil; concluyendo, en el Noveno Considerando, luego de transcribir el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que la tenencia la ejerza la actora, correspondiendo señalar al padre, un régimen de visitas. **Sexto.-** Que, contra la precitada decisión, el demandado don Ismael López Arias, interpone recurso de casación; declarando esta Sala Suprema, procedente el mismo, según Resolución expedida el once de mayo de dos mil nueve, sólo por la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, alegando el recurrente que la resolución de vista no se encuentra debidamente motivada sobre las pruebas de la accionante, sino por la aplicación del artículo 282 del Código Procesal Civil, debido a la inasistencia del demandado a la Audiencia Complementaria, no obstante que en la primera instancia dicha prueba fue prescindida y los niños fueron entrevistados por la Asistente Social que se constituyó al domicilio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

del demandado, no existiendo pronunciamiento al respecto; basándose en un supuesto falso arrebató de los niños, sustentado en la constatación policial contra la cual se formuló tacha, resultando fundada la misma.

Sétimo.- Que, de lo antes expuesto, se advierte que la Sala de mérito no emite valoración alguna respecto a las opiniones emitidas por los especialistas en relación a la personalidad de la demandante, pero si califica de obstruccionista a la obtención de la finalidad de los medios probatorios, el contenido procesal de la conducta del demandado, es decir, considera ésta, como oclusiva de la fase probatoria, decidiendo conceder el ejercicio de la tenencia de los menores a la actora, sin tener en cuenta que dicho comportamiento “constituye un motivo subsidiario, del cual el juez puede valerse sólo cuando concurra con otros motivos de la misma o diversa índole, con las condiciones exigidas por la ley” ¹, esto es, requiriéndose en el caso que se demande la tenencia, entre otros presupuestos, que quien la pretenda, obviamente, pueda asumir, real y efectivamente la responsabilidad de ejercerla, lo que corresponderá determinarse por la Sala, acorde a lo actuado en el proceso; por tales razones, **MI VOTO** es porque se **declare FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Ismael López Arias, según escrito que corre de fojas setecientos diecisiete a setecientos veintiuno, consecuentemente, **NULA** la sentencia de vista obrante de fojas setecientos cuatro a setecientos siete, expedida por la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, el quince de diciembre de dos mil ocho; **ORDENÁNDOSE** a la Sala Superior, que expida nuevo fallo, acorde a las consideraciones vertidas.- En los seguidos por doña Deysy Nefritti Monier Candia con don Ismael López Arias sobre tenencia y custodia de menor.- Lima, quince de marzo de dos mil nueve.

S.

VALCARCEL SALDAÑA

¹ Cita de Carlos Furno en Teoría General de la Prueba Judicial de Hernando Davis Echeandía, Tomo II, Víctor P. De Zavala Editor, 1981. p. 680.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

**CASACION N° 759-2009
LIMA**

EL FUNDAMENTO DEL VOTO EN DISPREPANCIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS PALOMINO GARCIA, CASTAÑEDA SERRANO Y SALAS VILLALOBOS es como sigue: con los acompañados; vista la causa en audiencia pública de la fecha, y producida la votación correspondiente; emite la siguiente sentencia: **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- La doctrina ha conceptuado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, lo que se conoce como el debido proceso en su dimensión procesal o adjetiva; en tanto que el debido proceso sustantivo no sólo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa. **SEGUNDO.**- Examinados los argumentos de este medio impugnatorio, se advierte que el impugnante cuestiona la motivación de la resolución objeto del presente recurso, denunciando una deficiente valoración de las pruebas, pues, *según afirma*, dicha resolución se sustenta sólo en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil, por la inasistencia del demandado a la audiencia complementaria; pese a que dicha prueba fue prescindida, y los niños fueron entrevistados por la asistente social, asimismo, sostiene que se ha amparado su demanda de tenencia basado en un supuesto falso “arrebato de los niños”, según constatación policial contra la cual se interpuso tacha que fue declarada fundada. **TERCERO.**- Para efectos de determinar si en el presente caso se han infringido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, relativa a la valoración de las pruebas, es necesario hacer las siguientes precisiones. La demandante, Deysy Nefritti Monier Candia, en su condición de madre, solicita la tenencia y custodia de sus menores hijos, Guillermo Ismael y Mario Alberto López Monier, de tres y dos años de edad, respectivamente, los mismos que le fueron arrebatados por el progenitor,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

Ismael López Arias. Entre las peticiones de su demanda, sostiene que contrajo matrimonio con el demandado el siete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, ante la Municipalidad Distrital de San Miguel, Provincia y Departamento de Lima, en el que procrearon a los mencionados menores de edad. Manifiesta que en el hogar conyugal se presentaron problemas; por lo que el día trece de marzo del dos mil uno, el emplazado se llevó las cosas personales de la actora a la casa de su madre en Chorrillos, para luego hacer una falsa denuncia de abandono injustificado del hogar conyugal; desde esa fecha hasta la actualidad se encuentran separados de hecho. Sostiene que el dieciocho de marzo del dos mil uno, el propio demandado le entregó a los niños y para evitar problemas no le exigió que cumpliera con su obligación alimenticia, es por ello que aquél accedió a que la recurrente tuviera la tenencia y custodia de los menores; sin embargo, señala que en el mes de octubre del dos mil uno, la demandante comenzó a pedirle que cumpliera económicamente; sin embargo, el demandado se tornó agresivo, por lo que se vio obligada a demandarlo por alimentos el veintiocho de diciembre del dos mil uno. Sostiene que el quince de enero del dos mil dos, el demandado en forma violenta le arrebató a sus hijos, siendo que desde esa fecha no los puede ver; añade que los menores no se encuentran en buen estado, pues se quedan con la abuela paterna de setenta años de edad, corriendo peligro, ya que cualquier accidente que pudiera ocurrir no tendrían la atención oportuna por la edad de la abuela. **CUARTO.-** Por su parte, el demandado contesta y contradice la demanda, sosteniendo que la demandante ha sido una madre desnaturalizada, pues en realidad su hogar decayó por la conducta de adulterio, violencia psicológica, moral y hasta física de la actora hacia aquel y sus hijos, lo que hizo insostenible la vida en común. Manifiesta que la actora abandonó el hogar conyugal el trece de marzo del dos mil uno, llevándose sólo sus bienes personales, manifestando respecto de sus hijos que si les faltaba algo que le comunicaran a la casa de Chorrillos, por lo que demandó el divorcio por causal de adulterio contra aquella. Precisa que sus hijos siempre han estado debidamente atendidos por aquel, que no solo sustentaba los gastos del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

hogar sino que hasta en las noches y madrugadas se despertaba para atenderlos, mientras que la demandante no se preocupaba porque no era maternal, sino fría hasta indiferente e inclusive en algunas oportunidades era agresiva, violenta hasta con sus hijos. Agrega que los días diecinueve de marzo y veintiocho de abril del dos mil uno, ambos padres suscribieron un acuerdo privado respecto de los niños; sin embargo, la demandante no cumplía con sus obligaciones de madre, pues continuaba desatendiendo a sus hijos y persistía en su conducta adulterina, por cuanto salía con dos hombres. Afirma que el diecisiete de diciembre del dos mil uno, la demandante le entregó voluntariamente a sus dos hijos y desde esa fecha hasta la actualidad los tiene consigo en su domicilio; añade que ha sido el quien le solicitaba a la recurrente para que aquella pueda ver a sus hijos, pues cuando ésta se quedaba con ellos no los cuidaba sino los dejaba con extraños, y por los peligros existentes, siempre aquél le reclamaba.

QUINTO.- En el desarrollo del presente proceso, tenemos que en la Audiencia de Conciliación de fojas trescientos sesenta y dos, el Juez ordenó que la parte demandante, demandado y los menores de edad acudan al equipo multidisciplinario a fin de que se efectúen las respectivas evaluaciones psicológicas y sociales; no obstante dicha admisión de pruebas, el emplazado no cumplió con ellos; por lo que mediante resolución obrante a fojas seiscientos siete, se hizo efectivo el apercibimiento decretado sobre el demandado, teniendo en cuenta su conducta procesal; de otro lado, a fojas quinientos ochenta y seis obra el informe de la asistente social la cual señala que acudió al domicilio del demandado pero no la dejaron entrar e, incluso, la Sala Superior, mediante resolución obrante a fojas seiscientos noventa y tres, convocó a una Audiencia Complementaria, para que concurra el demandado y los menores, sin embargo, dicha parte procesal tampoco asistió. **SEXTO.-** El Juez, mediante sentencia obrante a fojas seiscientos cuarenta y tres, su fecha treinta y uno de julio del dos mil ocho, declara Infundada la demanda interpuesta por Deysy Nefritti Monier Candia, en consecuencia, fija un régimen de visitas para la demandante, sustentando su decisión, fundamentalmente, en que los niños cuya tenencia se solicitan

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

viven mayor tiempo con su padre demandado, conforme se aprecia de la constancia policial de fojas treinta y siete, corroborado con el informe social de la demandante de fojas cuatrocientos noventa y dos a cuatrocientos noventa y cuatro, en el cual se consigna que la demandante trató de ocultar su verdadero domicilio al trasladar inicialmente a la asistente social al inmueble donde reside su madre y su hermana y no aquella, para después de ser exhortada por la profesional del Equipo Multidisciplinario reconocer que domicilia en otro sito cercano, trasladándose recién ahí a la señorita asistente social; asimismo, en la evaluación psiquiátrica de la demandante, ella misma manifiesta que *“La tenencia yo no la puedo tener, porque sería muy terrible para ellos, acostumbrarse a una persona que nunca han visto, pero yo quiero pasar tiempo con ellos, yo se que ellos necesitan de mi, tener a su mama, yo los quiero, sólo quiero que me vean...”*; agregando que si bien no se pudo actuar los informes psicológicos y sociales de los niños y del demandado por la falta de colaboración de aquél, ni se ha podido tampoco tomarles su declaración para conocer su opinión, sin embargo, tampoco obra prueba alguna que acredite que tal convivencia les resulte perjudicial, por lo desestima el petitorio de tenencia y custodia de la demandante. **SETIMO.-** Apelada dicha decisión, la Sala Superior revoca la sentencia antes mencionada, otorgando la tenencia y custodia de los menores en cuestión a la demandante, basando su decisión en el desinterés y falta de colaboración por parte del padre de los menores, inclusive ante el requerimiento de dicha Sala Superior, debiendo considerarse dicha conducta procesal, ya que no posibilitó en su oportunidad se practique las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado, así como la negativa a acceder a que los niños concurren a las audiencias programadas por ambas instancias, a fin de escucharlos y poder considerar su opinión, así como sus mejores condiciones de desarrollo, habiendo asumido, en consecuencia, una actitud de obstrucción a la actuación de la prueba, imposibilitando que el Órgano Jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efecto de lograr un desarrollo psicosocial adecuado; de otro lado, la Sala aprecia de las evaluaciones psiquiátrica y psicológica efectuadas a la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

demandante que ésta no presenta ninguna anomalía en su personalidad; por lo que no se encuentra razones psicológicas que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos. **OCTAVO.**- Sobre el particular, debemos observar que en materia probatoria, nuestro sistema procesal regula el principio de valoración libre de las pruebas, regulado en el numeral 197 del Código Procesal Civil, según el cual *“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”*. En virtud del glosado numeral, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en litis. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la valoración de la prueba es función privativa del tribunal de instancia, a cuyo criterio debe estarse, salvo que el mismo sea notoriamente irracional. **NOVENO.**- Examinada la resolución objeto del presente recurso, los que suscriben la presente resolución advierten de que no se evidencia la supuesta deficiente valoración de las pruebas, toda vez que la Sala Superior sustenta su decisión, básicamente, en la propia conducta del demandado, quien no cooperó con el órgano jurisdiccional, por lo que aplicó el apercibimiento decretado por el juzgador mediante resolución obrante a fojas cuatrocientos seis, la misma que nunca fue cuestionada por el impugnante; e, inclusive, la Sala Superior requirió al demandado, mediante resolución obrante a fojas seiscientos noventa y tres, a fin de que asistiera conjuntamente con los menores de edad a una audiencia complementaria, lo cual tampoco cumplió. De otra parte, el impugnante sostiene que la Sala Superior se habría sustentado en un supuesto “arrebato de los niños”; sin embargo, dicha alegación del demandado no tiene base real, pues como se ha anotado el Colegiado basa su razonamiento en la conducta no cooperante por parte del recurrente ante ambas instancias de mérito y además en la acreditación de que la demandante no presenta ningún

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 759-2009

LIMA

inconveniente para ejercer la tenencia de los menores. **DECIMO.-** En suma, los Magistrados que suscriben esta resolución llegan a la conclusión de que no se evidencia la aludida contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, relativa a la valoración de las pruebas; por tanto, el presente medio impugnatorio debe ser declarado infundado. Por tales consideraciones de conformidad con la opinión del Fiscal Supremo en lo Civil y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Ismael López Arias; en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista obrante a fojas setecientos cuatro, su fecha quince de diciembre de dos mil ocho, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; en los seguidos por Deysy Nefritti Monier Candia con Ismael López Arias sobre tenencia y custodia de menor.-

SS.

PALOMINO GARCIA

CASTAÑEDA SERRANO

SALAS VILLALOBOS

El secretario de la Sala que suscribe certifica: que los señores Jueces Supremos Palomino García y Salas Villalobos vuelven a suscribir su voto que fuera efectuado el veintidós de setiembre del dos mil nueve, el mismo que obra a fojas cuarenta y uno de este cuaderno formado en este Supremo Tribunal; el señor Juez Supremo Castañeda Serrano no vuelve a suscribir su voto que fuera efectuado en los mismos folios antes señalados, por encontrarse laborando a la fecha en la Corte Superior de Justicia del Callao. Lima, doce de mayo del dos mil nueve.-