



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Sumilla: Que, el órgano de mérito, en el presente caso, ha cumplido con aplicar normas materiales relativas al Principio del Interés Superior del niño y adolescente. Así se aplicó debidamente el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: “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”; asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone: “(...) En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas (...)”.

Lima, diecisiete de setiembre
de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista en audiencia en la presente fecha la causa número tres mil veintitrés - dos mil diecisiete; producida la votación conforme a ley, y de conformidad con el dictamen del Fiscal Supremo procede a emitir la siguiente sentencia: -----

I. MATERIA DEL RECURSO: -----

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado **Ángel Antonio Cornejo Rodríguez**, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número siete de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la resolución apelada que declaró infundada la demanda y



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

reformando la misma la declaró fundada. -----

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: -----

Esta Sala Suprema Civil Transitoria mediante resolución de fecha **quince de agosto de dos mil diecisiete** declaró la procedencia del recurso de casación por las siguientes causales: **Infracción normativa de los artículos I y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil y por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**; sostiene que se afecta su derecho al no tomar en cuenta que dicha norma, prevé que la tenencia de un menor se determinará de común acuerdo con ellos, y de no existir acuerdo o si este resultare perjudicial para el ser humano en etapa de desarrollo se resolverá dictando las medidas necesarias para su cumplimiento pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño. Es decir, la Sala Superior, efectúa una indebida apreciación de los medios probatorios, como la primera pericia psicológica practicada a la menor para amparar la demanda; y, si bien actuó la segunda pericia, cierto es que inobservan que la misma demuestra la fuerte influencia que la madre tendría sobre la menor. Afirma también que de los informes sociales se advierte que la casa donde habita la actora, no cuenta con las condiciones más favorables. ----

III. CONSIDERANDO: -----

PRIMERO: Debemos indicar que la "casación" es un recurso impugnativo extraordinario cuya finalidad es la adecuada aplicación del derecho objetivo al



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

**CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia¹, conforme lo previsto por el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364²; por tanto, resulta importante además destacar que el recurso de casación no tiene por finalidad el reexamen del proceso, como tampoco la revaloración de los medios probatorios. En resumen los fines de la casación, según se desprende del artículo procesal citado, es la nomofilaquia³, la predictibilidad⁴, la dikelogia⁵, y la hermenéutica jurídica⁶. -----

SEGUNDO: Habiéndose admitido a trámite el recurso de casación por causales de orden procesal corresponde revisar dichas causales relacionadas con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debida previstas en los artículos I y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. -----

¹ Así la jurisprudencia, en la actualidad se ha convertido en el instrumento, no de la ley, sino de la justicia, que supera a la ley. El trabajo de un Magistrado es como el de un labrador; "no es suficiente con dejar caer las semillas, sino que ello debe ser cultivado y según sea el cultivo; el árbol y el fruto mostrarán su grandeza". Francesco Carnelluti. (1959). "Como nace el Derecho". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

² Código Procesal Civil

Artículo 384.- Fines de la casación.-

(2) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 384.- Fines de la casación: El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia".

³ La nomofilaquia apunta a uno de los fines de la casación, y proviene de la obra de Calamandrei. Alude a la finalidad de mantener la regularidad en la aplicación correcta de las normas, al margen de la justa decisión del caso. "Nomo" es un sufijo griego que significa Gobierno, regla o ley (por ejemplo: autónomo), y "filo" o "fila" amor o afirmación (en nuestro caso, apego incondicional a la norma). http://www.legalmania.com/rincon_avidia/uzos8.htm.

⁴ La predictibilidad, es una situación de confianza, o conciencia bastante certera respecto de un resultado final, basado en la información veraz, completa y confiable de un precedente, decisión o actuación previa brindada por el Órgano Jurisdiccional o Administrativo.

⁵ Es el análisis de la justicia. "Dikelogia", es un nombre empleado ya por Althusius, que redactó, en 1617, una obra denominada **Dicaelógica**. En el fondo hallamos ya la dikelogia, p. ej., en **la Politeia** y en los **Nomoide** Platón. (...) La Dikelogia pertenece como la ética, a la axiología. Goldschmit, Werner. "La Ciencia de la Justicia". Aguilar Madrid, 1958. Pág. 10.

⁶ La palabra hermenéutica derivada del vocablo griego "Hermeneuo", aludía al griego Hermes que clarificaba ante los humanos los mensajes de la divinidad, oficiando de mediador. Todo mensaje requiere ser interpretado, y entre ellos los mandatos contenidos en las normas jurídicas; pero no es fácil lograr una correcta interpretación si no se cuentan con reglas precisas y claras, metódicas y sistemáticamente establecidas. De ello se ocupa la hermenéutica jurídica, que establece los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las disposiciones normativas. La hermenéutica brinda herramientas, guías, que van a auxiliar al juzgador para hacer su tarea de la forma más equitativa posible.



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

**CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

TERCERO: Teniendo en cuenta que se admitió a trámite el recurso de casación por la causal de Infracción normativa por vulneración al derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva contenida en los artículos I y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y estando a que uno de los argumentos principales es que se efectúa una indebida apreciación de los medios probatorios, como la primera pericia psicológica practicada a la menor para amparar la demanda; y, si bien actuó la segunda pericia, cierto es que inobservan que la misma demuestra la fuerte influencia que la madre tendría sobre la menor. -----

CUARTO: En primer término, debemos indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que: "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso". A su vez el artículo III del mismo cuerpo normativo señala: "El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso". -----

QUINTO: El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que toda persona sea parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas; no agotándose dicho derecho en la garantía del acceso a la justicia, sino que faculta a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas. La tutela judicial efectiva garantiza que



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

**CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia⁷. En ese sentido, se conculca dicho derecho cuando el justiciable no obtiene una decisión sobre el fondo de sus pretensiones, lo cual no implica que dichas pretensiones no puedan ser desestimadas, pero ello debe darse mediando una resolución razonada y fundada en derecho. -----

SEXTO: De los actuados se advierte que la sentencia de vista ha considerado que la tenencia debe ser concedida a la progenitora tanto por la identificación plena que la menor de edad ha sostenido y mantiene con la madre, es decir el mayor tiempo que ha vivido con ella, así como por no haberse demostrado factores negativos o de riesgo en su caso, que agregado a ello, se debe tener en cuenta la opinión de la hoy adolescente hija de las partes, quien se encuentra identificada plenamente con su progenitora, tal como ella lo detalla en la entrevista. En consecuencia, la causal ha sido resuelta en virtud al Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); a la prueba; a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; por lo que la infracción procesal denunciada debe desestimarse. -----

SÉPTIMO: Que, respecto a la **infracción Normativa del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes**; el casacionista sostiene resumidamente que se afecta su derecho al no tomar en cuenta que dicha norma, prevé que la tenencia de un menor se determinará de común acuerdo con ellos, y de no existir acuerdo o si este resultare perjudicial para el ser humano en etapa de desarrollo se resolverá dictando las medidas necesarias para su cumplimiento pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño; emergiendo así

⁷ Ledesma, Marianella. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 27-28.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

un problema de relevancia relativo a la inaplicación de una norma de derecho material. -----

OCTAVO: En este sentido, se hace necesario precisar que según la Doctrina conforme lo señalado *ut supra*, la infracción de una norma de derecho material se expresa bajo tres maneras: 1) **Por falta de aplicación**; 2) Por indebida aplicación; y 3) Por interpretación errónea. La primera, se da cuando la norma legal, siendo clara y aplicable al caso, no es aplicada por el órgano jurisdiccional en su totalidad o parcialmente. La segunda, tiene lugar cuando la norma legal es clara, pero su aplicación indebida ocurre por uno de estos motivos: i) Se aplica a un hecho debidamente probado pero no regulado por esa norma; ii) se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndole producir los efectos contemplados en tal norma, en su totalidad, cuando apenas es pertinente su aplicación parcial; iii) se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciéndose derechos u obligaciones que no se consagran en ella. Finalmente, la tercera, tiene lugar cuando el tribunal reconoce la existencia y la validez de la norma pertinente al caso, pero realiza una interpretación distinta al aplicarla, otorgándole un sentido y alcance que no tiene.--

NOVENO: Respecto al examen del cumplimiento de la norma atinente antes mencionada debe indicarse, que la instancia de mérito ha aplicado como premisa normativa el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: “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



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

**CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

interés superior del niño, niña o adolescente”, la cual ha tenido sustento con la premisa fáctica que se indicó de los medios de prueba ofrecidos por las partes, como de los informes multidisciplinarios acopiados, al igual que las declaraciones recibidas, siendo de relevante interés para el caso los informes psicológicos acompañados; así, de las pericias psicológicas realizadas a la ahora adolescente, que junto con todo ello, se debe tener en cuenta la opinión de la hoy adolescente hija de las partes, quien se encuentra identificada plenamente con su progenitora; y como correlato a esas premisas, la instancia de mérito llega a la conclusión que la menor debe quedarse con su madre. -----

DÉCIMO: De los argumentos expuestos, es claro el tamiz resolutorio de la instancia de mérito, pues estos tienen su sustento en la función tuitiva que se le otorga a los jueces en virtud del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que describe el Principio del Interés Superior del niño y del adolescente el cual precisa que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás Instituciones así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Por tanto, el recurso de casación en examen debe ser desestimado. ----

Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado **Ángel Antonio Cornejo Rodríguez** contra la sentencia de vista contenida en la resolución número siete de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente



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

**CASACIÓN 3023-2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabilidad; en los seguidos por Amparo Egoavil Wong contra Ángel Antonio Cornejo Rodríguez, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA