

un análisis de los argumentos del recurso de apelación, no debiendo dejar de señalarse que una transcripción de artículos del Código Civil (motivación aparente) es una vulneración al derecho a la debida motivación indistintamente de quien se falle a favor; precisa que la misma Constitución Política del Perú en su artículo 139 inciso 5 reconoce que toda resolución debe estar debidamente motivada, en concordancia con los incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil. **SEXTO.**- Antes de analizar la causal propuesta, resulta necesario precisar que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que sus fines esenciales constituyen la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República; en ese sentido, la fundamentación debe ser clara, precisa y concreta, indicando ordenadamente cuáles son las denuncias que configuran la infracción normativa y que además incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o las precisiones respecto al apartamiento inmotivado del precedente judicial. **SETIMO.**- Ahora bien, examinado el recurso propuesto, se aprecia que el impugnante denuncia la supuesta vulneración al deber de motivación de las resoluciones judiciales; sin embargo, dichas alegaciones no cumplen con el requisito contemplado en el inciso 3 del artículo 388 del acotado Código Procesal, pues no se demuestra la incidencia directa que tendrían sobre la decisión impugnada al grado de modificarla, toda vez que la Sala de mérito al fundamentar la recurrida en casación ha expresado las razones jurídicas y fácticas que sustentan la decisión, entre ellas, que de acuerdo al texto expreso del artículo 690-D del Código Procesal Civil, la contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez; concluyendo que el ejecutado no ha sustentado la contradicción en ningún supuesto de hecho reconocido por el ordenamiento procesal como causal para fundar la contradicción con la virtualidad de enervar el mandato de pago; por tanto, la Sala Superior consideró que el rechazo por el Juez de mérito se encuentra arreglado a ley; además de ello es preciso reiterar que son fines del recurso extraordinario de casación la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la unificación de los criterios de la Corte Suprema, conforme establece el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364; por tanto, no es posible a través de este recurso examinar cuestiones fácticas o probatorias. Por estas consideraciones, y de conformidad con lo previsto en el artículo 392 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por **Luis Faustino Olazabal Estrada**, con fecha tres de marzo de dos mil veintiuno, obrante a folios ciento veintinueve, contra la resolución de vista de fecha veintinueve de enero de dos mil veintiuno, obrante a folios ciento veinte, que confirmando el auto final del uno de julio de dos mil veinte, obrante a folios ochenta y seis, declara infundada la contradicción, con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", conforme a ley; en los seguidos por Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta con Luis Faustino Olazabal Estrada, sobre ejecución de garantías; y los devolvieron. Interviene como jueza suprema ponente la señora **Aranda Rodríguez, S.S. ARANDA RODRÍGUEZ, DE LA BARRA BARRERA, NIÑO NEIRA RAMOS, LLAP UNCHÓN DE LORA, FLORIÁN VIGO. C-2228753-59**

### CASACIÓN N° 1460-2021 CALLAO

**Materia:** Tenencia de Menor

**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:** En el cometido de lograr una solución arreglada al preconizado Principio del Interés Superior del Niño, es labor de los órganos jurisdiccionales disponer la actuación de los elementos de juicio que sean necesarios para dicha finalidad; previa disposición judicial por los cánones que regula la ley, a efectos de respetar el derecho a la contradicción de la parte contraria.

Lima, trece de abril de dos mil veintitrés

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; VISTA; la causa número 1460-2021, con el expediente principal; en audiencia pública virtual llevada a cabo en la fecha, integrada por los señores jueces supremos: Aranda Rodríguez, Bustamante Oyague, Niño Neira Ramos, Llap Unchón de Lora y Tovar Buendía; luego de verificada la votación con arreglo a ley, se emite la

siguiente sentencia: **I. MATERIA DEL RECURSO** Se trata del recurso de casación interpuesto por **José Antonio Inga Sayajo**, obrante a folios cuatrocientos sesenta y cinco, contra la resolución de vista obrante a folios cuatrocientos cuarenta y cuatro, su fecha veintinueve de setiembre de dos mil veinte, que confirmando la sentencia apelada de folios doscientos setenta y tres, su fecha treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, declara infundada la demanda; en los seguidos contra Evelyn Rebeca Cáceres Espinoza, sobre tenencia de menor. **II. CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN** Mediante resolución obrante a folios cuarenta y seis del cuaderno formado en sede casatoria, su fecha seis de junio de dos mil veintidós, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante **José Antonio Inga Sayajo**, por las causales siguientes: **2.1. Infracción de los artículos 81<sup>1</sup> y 85<sup>2</sup> de la Ley N° 27337 - Código de los Niños y Adolescentes;** señala, que en el caso de autos, no se ha tomado en cuenta la declaración de su menor hijo José D'Alessandro, quien ha referido que es su deseo vivir con el recurrente y su menor hija Andrea Thais ha manifestado que desea vivir con ambos padres; por lo que la tenencia otorgada a favor de la demandada contradice las citadas normas, no existiendo en el proceso ningún elemento probatorio que demuestre que la tenencia que viene ejerciendo el recurrente, resulte perjudicial para sus menores hijos. **2.2. Infracción del artículo 9<sup>3</sup> del Código de los Niños y Adolescentes;** refiere que la Sala Superior debió resolver en base al citado numeral, rodeándose de todos los elementos probatorios aportados al proceso y todos los elementos de juicio, considerando la opinión de sus menores hijos, en armonía al artículo IX del Título Preliminar del Código citado, lo que no se configura en la recurrida y sin tener presente la Casación N° 5177-2006-Arequipa. **2.3. Infracción del artículo 84<sup>4</sup> del Código de los Niños y Adolescentes;** manifiesta, que está suficientemente probado que sus menores hijos han convivido mayor tiempo con el recurrente, inclusive considerando todo el tiempo transcurrido desde el inicio del presente proceso y a la fecha de interposición del presente medio impugnatorio su hijo varón tiene once (11) años y siete (7) meses y su menor hija, tiene nueve (9) años y siete (7) meses, situación que, según refiere, no se ha tomado en cuenta al resolver la controversia. Agrega, que la Sala Superior desconoce el transcurso del tiempo, teniendo en consideración que la demanda se interpuso en el año dos mil catorce, violándose el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en cuanto regula que estos casos deben verse como problemas humanos y no se limita a la aplicación de la ley, sin tener en cuenta el tiempo transcurrido, el cambio radical en la vida de sus menores hijos, lo cual los afectará psicológicamente y más aún, si sus citados hijos no han manifestado su negativa a continuar viviendo con el recurrente. **2.4. Infracción al artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño;** expresa que dicha norma establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben brindar una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño. Asimismo, se infringe el artículo 12 inciso 1 de la misma Convención, que regula el derecho de opinión del menor; siendo que en el presente caso no se ha dado importancia a la declaración de sus menores hijos, dejándose de atender su interés superior, si se tiene en cuenta que dichos menores viven con el recurrente y lo resuelto los perjudicará de manera objetiva al encontrarse en pleno desarrollo, debiendo tenerse en cuenta el tiempo transcurrido y la edad actual de sus menores hijos. **2.5. Asimismo, la Sala Suprema, excepcionalmente** y sin perjuicio de lo antes expuesto, dispuso que en el caso de autos, se debe verificar si la Sala Superior que confirmó la apelada, ha emitido un fallo motivado con sujeción al debido proceso, por lo que estando a la facultad conferida por el artículo 392-A del Código Procesal Civil y advirtiendo que al resolverse el recurso se cumplirá con uno de los fines previstos en el artículo 384 del mencionado Código, en lo referente a la debida motivación de la resolución judicial, declaró la procedencia del recurso por la causal de **infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 5 de la Carta Política y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil. III. CONSIDERANDOS** Para los efectos de la evaluación del medio impugnatorio propuesto, es menester efectuar una síntesis del desarrollo del presente proceso. **PRIMERO.- Antecedentes del caso 3.1.1. Demanda** El accionante José Antonio Inga Sayajo, mediante escrito del veintisiete de noviembre de dos mil catorce, a folios treinta y cinco, incoa la presente demanda

contra Evelyn Rebeca Cáceres Espinoza, solicitando se le reconozca la tenencia de sus menores hijos de iniciales J.D.I.C., de cinco años de edad (nacido el catorce de julio de dos mil nueve) y A.T.I.C., de tres años de edad (nacida el veintinueve de julio de dos mil once). Señala que en su relación de convivencia con la demandada, procrearon a sus mencionados hijos, siendo que con fecha veintiséis de febrero de dos mil catorce, ésta última hizo abandono del hogar, dejándolos en completo abandono moral, psicológico y físico. Agrega, que la demandada cambió su conducta, descuidando sus responsabilidades y obligaciones como madre, iniciando maltrato físico y psicológico hacia sus mencionados hijos, debido a su mal carácter, descubriendo que mantiene una relación sentimental con una tercera persona, haciendo doble vida, sin importarles dichos menores. Añade, que sus citados hijos se encuentran bajo la custodia del demandante desde el veintiséis de febrero de dos mil catorce, su menor hijo se encuentra cursando educación inicial y su menor hija dada su minoría de edad (tres años) no estudia aún, viviendo en el domicilio de su familia, con sus padres Silvestre Inga y Silvestrina Sayajo y demás hermanos, quienes le ayudan en sus cuidados.

**3.1.2. Contestación de la demandada Evelyn Rebeca Cáceres Espinoza** Mediante el escrito obrante a folios sesenta y ocho, su fecha dieciséis de enero de dos mil quince, la citada demandada, absolvió el traslado de la demanda; sosteniendo, que es cierto que convivieron durante seis (6) años en casa de los padres del accionante, no obstante, el mencionado demandante omite señalar que era ella quien trabajaba para darles el sustento a sus menores hijos, ya que él no trabajaba; razón por la cual, refiere, era el accionante quien cuidaba a sus hijos, siendo que por las tardes, regresaba del trabajo y atendía a sus hijos mientras él salía con sus amigos con el pretexto de que ya los había cuidado durante el día. Agrega, ser falso que se haya retirado del hogar, pues lo cierto es, que el demandante y su hermano la echaron de la casa donde vivían, quedándose con sus hijos, con el pretexto de que ella estaba con otro hombre y que era un mal ejemplo, y dicha casa es de los padres del accionante. **3.1.3. Audiencia Única** La citada audiencia se desarrolló en los términos que fluyen del acta de folios ciento cuarenta y dos, su fecha dos de julio de dos mil quince; fijándose como puntos controvertidos los siguientes: **1)** Determinar si procede amparar la solicitud de tenencia pretendida por el demandante, **2)** Determinar cuál de los progenitores pueden ofrecerle un mejor ambiente psicológico, social y educacional para su desarrollo, **3)** Asimismo, al progenitor que no obtenga la tenencia se le otorgará un régimen de visitas, **4)** Determinar con cuál de los padres los menores han vivido mayor parte de su vida, y **5)** Determinar el derecho preferente del [padre] que mejor garantice el régimen de visitas a favor de los menores. Acto seguido se deja constancia que la menor A.T.I.C. no ha concurrido a la audiencia y se recibe la opinión del menor J.D.I.C., quien en esa data contaba con cinco (05) años de edad y manifestó “que tiene 5 años de edad, domicilio en Castilla, vive con su papá, su hermanita, sus dos tíos, su abuelita, abuelito y tiene un perrito”. Agregó, asimismo, “que duerme en la habitación de su papá, la misma cama para los dos; que estudia, le va bien y es un niño y va todos los días, le gusta su nido” y al preguntársele si quiere a su mamá (demandada), manifestó “que poco a su papá si lo quiere, que ve a su mamá tres veces en la noche”. Además, refirió: “...que quiere estar con su papá, que su papá le compra muchos juguetes, todo lo que le pide y que juega fútbol en el día y su papá en la noche y está en una academia de fútbol, y sus tareas las hace en la tarde (...) que su mamá lo llevó un día a la academia”. En la continuación de la audiencia única a folios ciento setenta y uno y siguientes, se recibió la opinión de la menor A.T.I.C., de cuatro (04) años de edad, quien refirió: “que vive en la casa con su papá, que su papá y su mamá le tratan bien y le quieren, que ve a su mamá todos los días, que la llama por teléfono y va a la casa, que quiere vivir con los dos (padres), que se siente bien donde vive y que conoce donde vive su mamá y que le gusta también ese sitio y que tiene juguetes, sale a pasear con su mamá y su papá, que cuando sale a trabajar su papá quien la cuida es su tío Ángel, a quien quiere”. Luego en la continuación de la audiencia a folios ciento setenta y tres, se procede a la actuación de un audio contenido en un CD. **3.1.4. Sentencia de primera instancia** El Juzgado de primera instancia, emitió la resolución obrante a folios doscientos setenta y tres, su fecha treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, que declaró infundada la demanda y se otorga la tenencia de los niños a favor de su madre, la

misma que se ejecutará en forma progresiva: Durante los primeros tres (3) meses después que la presente resolución quede consentida o ejecutoriada, el padre continuará ejerciendo la tenencia de sus hijos y la madre tendrá un régimen de visitas. A partir del cuarto mes, la tenencia será ejercida por la madre, pasando los niños a vivir con ella y se fija un régimen de visitas a favor del padre (punto 3.19 del considerando tercero de la sentencia de primera instancia). Señala, que no existe medio probatorio alguno que acredite fehacientemente ninguna de las versiones de las partes (en relación al retiro de la demandada del hogar convivencial), en la medida que las constancias policiales presentadas por las partes no se encuentran contrastadas con otros medios de prueba; estableciéndose que los niños viven con su padre y la madre ya no vive con los mencionados niños; no habiéndose establecido en forma fehaciente cuál fue el motivo de la separación de los citados convivientes. El Juzgado de primera instancia, precisa que aun cuando de los informes del equipo multidisciplinario, se evidencia que los niños han sido influenciados por el padre y por los familiares paternos, no obstante, de lo actuado y “escuchadas las opiniones de los niños, se considera que éstos tendrían un mejor ambiente familiar con la madre, quien sea cual fuere el motivo de la separación con el padre, no se ha desentendido de ellos, iniciando las acciones legales correspondientes para recuperarlos y no perder el contacto con ellos, habiendo conciliado en aportar más del 50% (cincuenta por ciento) de sus ingresos netos (audiencia única a folios noventa y ocho), aceptando pagar las pensiones escolares de ambos niños, la academia de fútbol de José D’Alessandro y el seguro particular de los niños, por un monto de S/ 360.00 (trescientos sesenta soles) al mes, siendo que percibe un ingreso mensual neto de S/ 652.00 (seiscientos cincuenta y dos soles) según boletas de pago de folios ciento ochenta y nueve”. Asimismo, se indica que “el hábito del demandado por el consumo de bebidas alcohólicas, ha sido mencionado no sólo por la demandante quien reiterativamente indicó que ésta es una de las causas por las que había decidido separarse, sino que ha sido corroborada con las fotografías de folios ciento cincuenta y dos y con la versión de la niña en el informe educacional. Conforme al inciso c) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, deberá fijarse un régimen de visitas a favor del padre, el mismo que deberá considerar el apego de los niños hacia él, el reconocimiento de éstos como su figura principal, el tiempo que han convivido con él, a fin de no crear inestabilidad emocional en ellos; por lo que, la tenencia también deberá ejecutarse en forma progresiva, conforme a la parte resolutive”. **3.1.5. Apelación del demandante José Antonio Inga Sayajo** El citado demandante, al formular el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia, expresó como agravios, que no se ha tomado en cuenta la declaración de su menor hijo J.D.I.C., quien declaró que “quiere poco a su mamá y que a su papá sí lo quiere”. Asimismo, refiere, no se ha tomado en cuenta la declaración de su menor hija A.T.I.C., quien, según sostiene, nunca refirió que no quisiera vivir con el padre, al contrario, refirió que ambos padres la tratan bien y que quiere vivir con ambos padres. Agrega, que no se ha considerado que la demandada está embarazada y con ocho meses de gestación; que en el Informe Social, la demandada acepta que el accionante le encontró mensajes de texto en su celular de una persona que la pretendía, con quien ella lo engañaba y tenía doble vida, que además vive con su hermana quien tiene reuniones frecuentes, que cuando nazca el hijo del nuevo compromiso de la demandada, se dedicará íntegramente al cuidado del recién nacido y descuidara a sus menores hijos, quienes vivirán con la nueva pareja de su madre, quien es un intruso para ellos. **ii.0.6 Resolución de segunda instancia** La Sala Superior al emitir la resolución de vista obrante a folios cuatrocientos cuarenta y cuatro, su fecha veintinueve de setiembre de dos mil veinte, confirma la resolución apelada que declaró infundada la demanda y otorga la tenencia de los citados menores a su madre (demandada), fijándose un régimen de visitas a favor del accionante; considerando lo siguiente: **i)** En el presente caso, valorando la opinión del menor J.D.I.C. en el conjunto de sus respuestas a las preguntas efectuadas por la magistrada de origen, se evidencia que no se trata de una falta de afecto hacia la madre, como lo postula el apelante, sino de apego a los objetos y circunstancias que recibe de su padre (regalos), con quien vive, lo mismo ocurre respecto a la madre cuando se actuó el CD ofrecido como prueba por la demandada, y no son estos los factores que el juez debe tener en cuenta para priorizar el Interés Superior del niño al decidir aspectos

que lo involucren; citándose la Opinión Consultiva OC-17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup>; ii) Si bien la menor A.T.I.C. señaló que ambos padres la tratan bien y la quieren, que quiere vivir con los dos, que conoce donde vive su mamá y que le gusta también ese sitio; también lo es, que tal declaración no puede considerarse por sí sola, ni a favor ni en contra de las posiciones de ninguna de las partes. Por eso el Juzgado ha valorado en forma conjunta todos los medios probatorios, tal como el Informe de Evaluación Educacional del demandante<sup>6</sup> (folios doscientos tres a doscientos cinco), el Informe Psicológico de la demandada<sup>7</sup>; y, iii) debe considerarse que el hecho de tener otra pareja y encontrarse embarazada, no afecta a la demandada en el desempeño de su rol de madre, ni la desacredita como tal, como parece entenderlo el demandante, quien al apelar incluso ha presentado como medio probatorio un CD para acreditar que la demandada se encuentra embarazada; tampoco se produce ello por el hecho de vivir con su hermana o que ésta tenga reuniones, no habiéndose probado además en el proceso, las conductas imputadas a ella por el demandante, como el haber realizado una doble vida o el haber abandonado a sus hijos; por tanto, ninguna de las circunstancias que el demandante describe, impiden que ella desempeñe su rol de madre. **SEGUNDO.- Materia en debate en el presente medio impugnatorio** Determinar si la resolución impugnada ha infringido las normas procesales y materiales denunciadas en el recurso de casación; lo cual determinó la infundabilidad de la presente demanda y el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a favor de la demandada. **TERCERO.- Pronunciamiento de la Corte Suprema** Según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional emitida por la Corte Suprema de Justicia (finalidad nomofiláctica y uniformizada, respectivamente); precisado en la Casación N° 4197-2007/La Libertad<sup>8</sup> y Casación N° 615-2008/Arequipa<sup>9</sup>; por tanto, este Tribunal Supremo, sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir su deber de pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes. **CUARTO.-** En relación a la denuncia casatoria por la **infracción normativa de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado y 122 inciso 5 del Código Procesal Civil** a que se contrae el sub título II, punto 2.5; es pertinente destacar el derecho a la tutela jurisdiccional, respecto del cual el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia emitida en el expediente número 8123-2005-PH/TC, ha señalado "...la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción...". En tal sentido, el precepto referido a la motivación de las resoluciones judiciales, constituye un principio rector de la función jurisdiccional, que obliga a los jueces y tribunales a que expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron; al respecto, es menester traer a colación que la Corte Suprema ha expresado que "el cumplimiento de este deber no se satisface con la sola expresión escrita de las razones internas o psicológicas que han inclinado al juzgador a decidir la controversia de un modo determinado, sin importar cuáles sean éstas; sino que, por el contrario, exige necesariamente la existencia de una exposición clara y coherente en la sentencia que no solo explique, sino que justifique lógicamente la decisión adoptada, en base a las pruebas y demás hechos acontecidos en el proceso, y en atención a las normas jurídicas aplicables al caso"<sup>10</sup>. **QUINTO.-** Así, en cuanto a la citada denuncia casatoria, se aprecia de los presentes actuados, que según la constatación policial obrante a folios sesenta y dos, la demandada estuvo viviendo con sus menores hijos hasta el veintiséis de febrero de dos mil catorce, si bien las instancias de mérito han establecido la inexistencia de medio probatorio idóneo que corrobore cuáles han sido las causas de la separación de ambas partes; no obstante ello, es un hecho, igualmente constatado por los órganos inferiores, que los menores J.D.I.C. y A.T.I.C., se encuentran viviendo con su padre, quien promovió el presente proceso y asimismo, interpuso una demanda de alimentos contra la misma demandada a efectos que se fije una pensión de alimentos a favor de sus citados hijos. También merece tenerse en cuenta lo

expresado por el menor J.D.I.C. en la audiencia de folios ciento cuarenta y dos, quien refirió "...quiere estar con su papá... y a la pregunta si quiere a su mamá respondió "(...) poco (...) ve a su mamá tres veces en la noche (...)"; siendo que la menor A.T.I.C., en la continuación de la audiencia única del veintidós de julio de dos mil quince, a folios ciento setenta y uno, a la pregunta formulada en dicho acto, sobre con quien quiere vivir, señaló, que "con sus dos padres". Adicionalmente a ello, se aprecia en el Informe Psicológico de folios ciento treinta y uno, correspondiente al menor J.D.I.C., que se consigna "(...)" mostrando apego a la figura paterna y cierta ambivalencia afectiva hacia la figura materna (...) mostrando además un fuerte acercamiento afectivo hacia su actual entorno familiar (...)" y, en el Informe Psicológico de la menor A.T.I.C. obrante a folios doscientos treinta y nueve, se indica que refirió "... Quiero quedarme con mi papá (...) con cierto apego hacia la figura paterna en la actualidad, mostrando además un sentimiento de pertenencia a su entorno familiar (...)". De lo antes glosado, se advierte que el menor J.D.I.C. viene expresando en forma constante su deseo de continuar viviendo al lado de su padre; empero, en la continuación de la audiencia única del veinte de agosto de dos mil quince, que obra a folios ciento setenta y tres, se procede a escuchar un audio ofrecido por la parte demandada, consignándose que el indicado menor al ser preguntado por su propia madre si quiere vivir con ella, respondió afirmativamente; lo cual sería contrario a lo dicho por el mismo menor en la acotada Audiencia Única, máxime que esta última diligencia fue realizada en presencia de la juez, la representante del Ministerio Público y las partes. Respecto de la menor A.T.I.C., ha manifestado su deseo de vivir con ambos padres y luego expresó que quería quedarse con su padre. Además, dichos menores han expresado su deseo de tener contacto con su madre, quien va a visitarlos a su domicilio (folios ciento cuarenta y dos, ciento setenta y uno, y ciento setenta y tres), lo cual ha sido corroborado con lo manifestado por la demandada en el Informe Psicológico corriente a folios ciento noventa y cuatro. **SEXTO.-** Para la solución del presente caso, es menester traer a colación que, en relación al Principio del Interés Superior del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año mil novecientos noventa, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3, establece: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada". Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño, señala en los Principios 7 y 8 que: "el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres, pues el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro". La Constitución Política de Perú en el artículo 4 establece que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...", y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, 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, entre otros, se considerará prioritario el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". En ese sentido, en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el expediente 02079-2009/PHC, el Tribunal Constitucional, ha expresado que "...el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro

interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente". **SÉTIMO.** Por consiguiente, en el cometido de lograr una solución arreglada al preconizado Principio del Interés Superior del Niño, es labor de los órganos jurisdiccionales disponer la actuación de todos los elementos de juicio que sean necesarios para dicha finalidad; previa disposición judicial por los cánones que regula la ley, a efectos de respetar el derecho a la contradicción de la parte contraria. Tal aseveración no constituye en modo alguno una apreciación discrecional de esta Sala Suprema, si se tiene en cuenta que estamos frente a una pretensión relativa a la tenencia de dos menores de edad, de manera que la discusión sobre quien de los progenitores deba ejercer su tenencia, transita por la necesaria actuación de todos los elementos que resulten necesarios y considerando además que en materia probatoria en asuntos que versen sobre Derecho de Familia -como ocurre en el caso de autos- rige el Principio de Flexibilidad, lo cual ha sido destacado en la Primera Regla emitida en la sentencia plenaria a que se contrae el III Pleno Casatorio Civil, en la cual se estableció que: "en los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho". Dicha función tuitiva en los procesos de familia, "se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de ahí que se diferencia del proceso civil. En los procesos familiares debe primar una conducta conciliadora y sensible que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, con la finalidad de coadyuvar en la solución del conflicto (...) El principio de congruencia, obliga al juez a pronunciarse de acuerdo a las alegaciones de las partes, por lo que tiene gran importancia al encontrarse ligado al derecho de defensa y al debido proceso. En cuanto al principio de preclusión procesal, cabe acotar que este impone un orden en el debate y posibilita el desarrollo del trámite procesal, permitiendo alcanzar sus fines. El principio de eventualidad impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente. Estos principios procesales son importantes, pero dada la flexibilidad que impone un caso justiciable en materia familiar, el juez debe aplicarlos sin rigurosidad en los procesos familiares, por lo que la interpretación de los mismos, debe ser orientado a favorecer los intereses de la familia involucrada en el proceso"<sup>11</sup>. **OCTAVO.** En el caso de autos, aparece que la presente demanda se presentó el veintisiete de noviembre de dos mil catorce, cuando los menores J.D.I.C. y A.T.I.C. tenían cinco (5) y tres (3) años de edad, respectivamente; siendo que a la fecha el primero de los menores cuenta con trece (13) años y la hermana menor con once (11) años; por lo que, un eventual cambio en su entorno podría ocasionarles perjuicio en su desarrollo integral, máxime que la menor está por entrar a la adolescencia y el citado menor ya es un adolescente, etapa que de por sí trae cambios tanto físicos como la forma en la que se relaciona con los demás; además, habrían convivido con el demandante el mayor tiempo, lo cual debe ser ponderado por los órganos de instancia a la luz de una valoración objetiva del material probatorio existente en autos, para establecer en forma meridiana si la convivencia con su progenitor les resulta perjudicial a los intereses de dichos menores, resulta indispensable conocer la opinión actualizada de dichos menores, en la medida que -como se ha anotado-, la presente demanda se presentó el veintisiete de noviembre de dos mil catorce y a la fecha han transcurrido más de ocho años de haber sido instaurada y en ese lapso de tiempo, resulta más que evidente que han variado las

condiciones de hecho y en virtud del Interés Superior de los acotados menores, es primordial conocer cuál es su opinión sobre el contexto actual. En ese sentido, en caso el Colegiado Superior, considere necesaria la actuación de la prueba de oficio con el objeto de resolver la incertidumbre jurídica planteada en autos, debe observar el deber de motivación de las decisiones judiciales, conforme a la citada norma procesal y a lo descrito en el Fundamento 2.6.3.1. del X Pleno Casatorio Civil, en el cual se abordó, entre otros temas, el relativo a la "motivación de la prueba de oficio", señalándose que el juzgador "...debe expresar lo más detallado posible todas las razones por las que, luego de haber escuchado a las partes (contradictorio previo o posterior), llega a la conclusión de que en el caso concreto resulta necesaria y relevante la introducción de un nuevo elemento de prueba, que inicialmente no fue aportado por las partes. Asimismo, dada la magnitud de esta decisión, es necesario que no se escatime en argumentación, pronunciándose sobre los argumentos y cuestionamientos (de ser el caso) que hayan expuesto las partes antes de tomar la decisión, a fin que el contradictorio previo no sea solo rito o una formalidad más y realmente tenga una influencia determinante en esta decisión del juez"; y en estricta observancia de las "Reglas para el ejercicio de la prueba de oficio" emitidas en la sentencia expedida con motivo del referido X Pleno Casatorio Civil y que constituyen de cumplimiento obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales de la República, específicamente las Reglas siguientes: "**Sexta:** Cuando el medio de prueba es extemporáneo o no fue admitido por declaración de rebeldía, el juez de primera instancia o segunda instancia deberá analizar su pertinencia y relevancia, y evaluar su admisión oficiosa; el mismo tratamiento debe darse al medio de prueba declarado formalmente improcedente y no haya mediado apelación", y "**Sétima:** El juez podrá evaluar la necesidad de incorporar de oficio las copias certificadas, físicas o virtuales de los procesos judiciales o procedimientos administrativos conexos vinculados con la controversia y con incidencia directa en el resultado del proceso". **NOVENO.** Por consiguiente, resulta evidente que en el caso en particular la decisión impugnada infringe los principios de tutela procesal efectiva y motivación de las resoluciones judiciales que le asisten al recurrente; con el agregado que para los efectos de emitirse una resolución judicial que observe el Principio del Interés Superior del Niño, es menester que el órgano jurisdiccional se rodee de todos los elementos de juicio que sean necesarios. En el presente caso, si se tiene en cuenta, que el material probatorio actuado en el desarrollo del proceso no ha sido apreciado en su conjunto, dada la naturaleza de los presente autos, razón por la cual, resulta labor de la Sala Superior, emitir una respuesta fundada en lo actuado y en el derecho; por tanto, debe declararse fundado el recurso impugnatorio por la causal de infracción normativa procesal antes mencionada; por consiguiente, deviniendo en nula la resolución impugnada por las razones antes anotadas, no es necesario dilucidar los demás extremos del recurso de casación sub materia. Por lo que, el recurso de casación deviene en fundado y la Sala Superior deberá emitir una nueva resolución según las consideraciones expuestas. **IV. DECISIÓN** Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el Dictamen Fiscal que obra a folios sesenta y uno del cuaderno casación; y en aplicación del artículo 396 inciso 1, del Código Procesal Civil, resolvieron: 4.1. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **José Antonio Inga Sayajo**, obrante a folios cuatrocientos sesenta y cinco; en consecuencia, **NULA** la resolución de vista obrante a folios cuatrocientos cuarenta y cuatro, su fecha veintinueve de setiembre de dos mil veinte, que confirmando la sentencia apelada de folios doscientos setenta y tres, su fecha treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, declaró infundada la demanda, en consecuencia, otorgó la tenencia de los hijos menores a favor de la madre y fijó un régimen de visitas a favor del padre. **4.2. ORDENARON** que la Sala Superior de origen emita nueva resolución conforme a los considerandos precedentes. **4.3. DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por José Antonio Inga Sayajo contra Evelyn Rebeca Cáceres Espinoza, sobre tenencia; y los devolvieron. Interviene la señora jueza suprema Tovar Buendía por licencia del señor juez supremo De la Barra Barrera. Intervino ponente la señora jueza suprema **Aranda Rodríguez**. SS. ARANDA RODRÍGUEZ, BUSTAMANTE OYAGUE, NIÑO NEIRA RAMOS, LLAP UNCHÓN DE LORA, TOVAR BUENDÍA.

- <sup>1</sup> Artículo 81. 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.
- <sup>2</sup> Artículo 85. El Juez Especializado debe de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.
- <sup>3</sup> Artículo 9. A la libertad de opinión. El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.
- <sup>4</sup> Artículo 84. Facultad del juez. 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 quien 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. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.
- <sup>5</sup> la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
- <sup>6</sup> "El padre demuestra cualidades en su rol de padre, pero no debe inducir a que el menor se forme ideas que pueden o no ser ciertas, o que lo pongan en alguna posición frente al proceso. Padre con preocupación por el desarrollo emocional y educativo de sus hijos, pero con necesidad de reformular su percepción de lo esencialmente importante para cubrir las necesidades del menor, como es procurar la cercanía de la madre y reestablecer su vínculo afectivo y protector".
- <sup>7</sup> "...muestra un acercamiento afectivo hacia sus hijos, deseando seguir interactuando en su correspondiente rol parental" y el Informe Psicológico de la menor Andrea, en el que se concluye que "La menor demuestra habilidad comunicativa y social con capacidad perceptiva y de expresión espontánea y sincera de lo que le aqueja, pero se encuentra inmersa en conflictos, limitándola parcialmente en el establecimiento de rutinas sanas entre padres separados...".
- <sup>8</sup> Diario oficial "El Peruano": Sentencias en Casación, lunes 31 de marzo de 2008, páginas 21689 a 21690.
- <sup>9</sup> Diario oficial "El Peruano": Sentencias en Casación, lunes 31 de marzo de 2008, páginas 23300 a 23301.
- <sup>10</sup> Casación N° 6910-2015, del 18 de agosto de 2015.
- <sup>11</sup> Beltrán Pacheco, Patricia en: "Por una Justicia Predecible en materia familiar. Análisis del III Pleno Casatorio Civil". Tercer Pleno casatorio civil. Fondo Editorial del Poder Judicial. pp. 47-48.

C-2228753-60

## CASACIÓN N° 1474-2021 LIMA

Materia: RETRACTO

Lima, veintiséis de junio de dos mil veintitrés

**VISTOS**; y, **CONSIDERANDO**: **PRIMERO**.- En esta etapa procesal, este Supremo Tribunal, procede a calificar el recurso de casación interpuesto por **los demandantes, María Del Pilar América Escudero Moreno, María Del Rosario Zoraida Escudero Moreno de Verand, José Luis Escudero Alcalde y Daniel Escudero Alcalde, que obra a fojas ciento setenta y dos, contra el auto de vista, contenido en la resolución de vista N° 04, de fecha diez de diciembre de dos mil veinte, de fojas ciento cincuenta y ocho, que confirma la resolución apelada N° 01, de fecha primero de julio de dos mil diecinueve, de fojas ciento tres, que declaró:** "improcedente por caducidad la demanda de retracto [...]", **con lo demás que contiene. Segundo**.- Corresponde examinar si el recurso extraordinario de casación cumple con los requisitos que exigen los artículos 386, 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley N° 29364, del veintiocho de mayo de dos mil nueve, y si bien es cierto estas normas han sido modificadas nuevamente por la Ley N° 31591, publicada el veintiséis de octubre de dos mil veintidós, **esta no es de aplicación en este caso**, ello en virtud de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final del mismo código, que prescribe: "Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos [...]". **TERCERO**.- Antes de analizar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la procedencia del **recurso de casación**, se debe tener presente que éste se caracteriza por ser extraordinario, eminentemente formal y técnico, que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de relevancia probatoria, por lo que tiene que estar estructurado con estricta sujeción a

los requisitos que exige la norma procesal civil para su admisibilidad y procedibilidad, es decir, se debe puntualizar en cuál de las causales se sustenta, si es: **i)** en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada; o, **ii)** en el apartamiento inmotivado del precedente judicial. Debe presentar, además, una fundamentación precisa, clara y pertinente respecto de cada una de las referidas causales, así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada. **CUARTO**.- Las exigencias anotadas en el fundamento anterior se establecen con la finalidad de lograr los fines de la casación: **nomofiláctico** (adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto), **uniformizador** (unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de justicia y así **establecer la predictibilidad judicial**) y **dikelógico** (solución más adecuada y justa del caso concreto). Siendo así, es obligación procesal del justiciable recurrente saber adecuar los agravios que denuncia a las causales que para la referida finalidad taxativamente se encuentran determinadas en la norma procesal civil, pues el Tribunal de Casación no está facultado para interpretar el recurso extraordinario, ni para integrar o remediar las carencias del mismo o dar por supuesta y explícita la falta de causal, tampoco para subsanar de oficio los defectos en que incurre el recurrente, en la formulación del referido recurso. **QUINTO**.- En ese sentido, se verifica que el recurso de casación, cumple con los **requisitos para su admisibilidad**, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, toda vez que se interpone: **i)** Contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso; **ii)** Ante el referido órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada; **iii)** Ha sido presentado dentro del plazo previsto en la norma; y, **iv)** Se ha adjuntado el arancel judicial respectivo. **sexto**.- Al evaluar los **requisitos de procedencia** dispuestos en los cuatro incisos, del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, se verifica que la parte casacionista satisface el primer requisito, previsto en el inciso uno del referido artículo, toda vez que no consintió la resolución de primera instancia que le fue desfavorable. **SÉPTIMO**.- Para establecer el cumplimiento de los incisos 2, 3 y 4, del precitado artículo 388, la parte recurrente debe señalar en qué consisten las infracciones normativas denunciadas. En el presente caso, se denuncia: **Infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Perú, y artículos IV del Título Preliminar, 1596, 1597 del Código Civil y el principio de seguridad jurídica**. Señala que se ha vulnerado el derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales pues, la Sala no se ha pronunciado ni ha fundamentado las razones por las cuales no considera que el plazo para la interposición de la demanda es de un año desde la inscripción de la transferencia en los Registros Públicos, generándose con ello una situación de indefensión, ya que se le ha negado el acceso a la justicia, debido a una indebida y arbitraria interpretación de los artículos 1596 y 1597 del Código Civil y por ende se habría afectado la seguridad jurídica. Señalan los recurrentes que, en el presente caso, ni Julia Denisse Solórzano Fernández, ni Víctor Manuel Escudero Moreno, ni ningún tercero, les informó sobre la transferencia. Por el contrario, tuvieron conocimiento de la venta de acciones y derechos a raíz de la inscripción en Registros Públicos, con lo cual, el plazo para interponer la demanda es de un año, contado desde la inscripción de la transferencia y la demanda fue presentada dentro del plazo. La Sala Superior resolvió en vez de aplicar el artículo 1596 del Código Civil (invocado en la resolución de primera instancia), se debía aplicar el artículo 1597 del Código Civil, dado que con la carta que fue enviada a los demandados se demostró que los demandantes retrayentes tomaron conocimiento de la transferencia, pero sin ningún tipo de sustento ni motivación, la Sala Superior consideró que debía aplicarse el plazo de 30 días establecido en el artículo 1596 del Código Civil, a pesar de considerar que en el presente caso estaría en el supuesto regulado en el artículo 1597. **OCTAVO**.- En cuanto al agravio denunciado y descrito en el séptimo fundamento de esta decisión judicial, sobre la afectación al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, falta de motivación, errónea interpretación de las normas sustantivas y afectación a la seguridad jurídica. **Debemos señalar** que la parte recurrente pretende que esta Sala Civil Suprema vía recurso de extraordinario de casación realice un nuevo análisis del aspecto fáctico, jurídico y de los medios probatorios presentados en la demanda y que han servido para que las instancias califiquen en forma negativa la demanda (improcedente porque el derecho ha caducado), lo que constituye una facultad de los jueces de mérito que no puede