

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

SUMILLA: Las normas sobre tenencia y custodia no son normas fatales, imperativas, que no admitan modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata una regla jurídica flexible, que se adecua a lo que lo favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "interés superior", considera al menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad.

Lima, diez de setiembre de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número mil novecientos sesenta y uno guión dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO:

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la demandada **Ana Cecilia Torres del Águila**, mediante escrito de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos veintitrés, contra la resolución número cinco de fecha dieciséis de marzo de dos mil doce que, entre otros, revoca la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda sobre tenencia y reformándola, la declara fundada y, en consecuencia, otorgan la tenencia y custodia de los niños a favor de su padre; asimismo fijaron un régimen de visitas a favor de la demandada, con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

Por escrito de fojas diecisiete, William Fernando Miranda Dueñas, interpone demanda de tenencia de menores, tratamiento psiquiátrico y psicológico, pensión de alimentos y régimen de visitas, alegando que fruto de su matrimonio civil con la demandada procrearon dos menores hijos Lucianna Jimena Miranda Torres y Guillermo Andrés Miranda Torres, de siete y tres años de edad, siendo que hace tres años la demandada fue diagnosticada con trastorno bipolar lo que le produce constante evolución y cambio de los estados de ánimo, lo que determinó su alejamiento del hogar conyugal debido a su comportamiento cambiante y su agresividad que hacia imposible la vida conyugal. Agrega que uno de los síntomas que padece es el gasto compulsivo, que hizo que después de ocho meses de su retiro lo demande por el pago de una pensión de alimentos a pesar de que en ningún momento incumplió sus obligaciones como padre; asimismo, señala que sin existir ningún tipo de agresión hacia la demandada ésta lo denunció por maltrato físico y psicológico y en mérito a ellos se sigue un proceso por violencia familiar y se abrió un proceso penal por faltas contra el ahora demandante en el que se le absolvió. Señala que la demandada niega la enfermedad de trastorno de bipolaridad por lo que truncó todos los tratamientos que recibió a lo largo de estos años reflejándose en su conducta, lo que lleva a pensar que en algún momento la demandada en fase maniaca y depresiva pueda ocasionar daños psicológicos o físicos a sus hijos y al recurrente.

2. Contestación de la demanda:

Mediante escrito obrante a fojas treinta y seis, Ana Cecilia Torres Águila, contesta la demanda, primero, deduciendo excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, señalando que éste abandonó el hogar conyugal, sustrayéndose a obligaciones de padre, lo cual llevó a que lo demandara por alimentos a favor de sus dos menores hijos, siendo así el demandante no podía demandar tenencia pues antes habría sido

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

demandado por alimentos; asimismo contesta la demanda, señalando que en lo que respecta a la afirmación del demandante de que ella adolezca de enfermedad mental se trata sólo una afirmación de parte que no se sustenta en ninguna prueba y que lo único que pretende es presionarla y desgastarla al extremo que no tenga fuerza mental para reclamarle los alimentos.

3. Puntos controvertidos:

Conforme aparece a fojas ciento treinta, habiéndose declarado infundada la excepción deducida por la demandada mediante resolución número seis, y luego de declararse saneado el proceso, se fijaron como puntos controvertidos, determinar si debe declararse la tenencia de los menores Lucianna Jimena y Guillermo Andrés Miranda Torres de ocho y cuatro años de edad, a favor del padre demandante; y, como consecuencia de ello, fijar un régimen de visitas a favor de la madre demandada; para este efecto deberá determinarse la existencia de una causa debidamente justificada, pues las partes reconocen que el demandante ha sido demandado por alimentos antes del inicio del presente proceso.

4. Resolución de primera instancia:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución número veintiocho obrante a fojas quinientos setenta y uno, su fecha veintiuno de marzo de dos mil once, declaró infundada la demanda; fundamentando la misma en:

- 4.1.** Del Informe Psicológico de fojas ciento siete, practicado a la demandada, no se aprecia que la misma adolezca de trastorno bipolar o que sea un peligro para sus hijos; de la Evaluación Psiquiatra de fojas ciento cincuenta y uno, se concluye que la demandada no presenta psicosis y su personalidad está dentro de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

los parámetros normales con rasgos inestables, no indicando la existencia de trastorno bipolar que le impida cuidar a sus hijos.

4.2. Durante las audiencias se llevó a cabo la exhibición y ratificación de la pericia del Dr. Juan Alejos Zirena en su calidad de neurólogo, del Dr. Víctor Orlado Cruz Campos psiquiatra y de la psiquiatra Rosa Casanova Solimano, quienes no diagnosticaron trastorno bipolar, pero si personalidad dentro de los parámetros normales con rasgos inestables, trastorno afectivo, no arrojando ningún trastorno de disfunción cerebral, trastorno esquizo-afectivo, depresión, no habiéndose diagnosticado bipolaridad (aunque no se descartó en algunos casos), en tanto que el psiquiatra Paul Enrique Vega Adrianzén aprecia que padece de trastorno bipolar. De la entrevista con los menores, la menor Lucciana refiere que quiere a ambos padres, y que quiere vivir con su madre y que su padre los visite los fines de semana; respecto al menor Guillermo Andrés Miranda Torres en su entrevista refiere que desea vivir con su mamá y que su padre los visite.

4.3. Se tiene en consideración que de los cinco psiquiatras y un psicólogo que han tratado a la demandada, uno de ellos ha referido que su diagnostico con respecto a la demandada es de trastorno bipolar pero ha precisado que sólo se entrevistó una sola vez con la demandada; por su parte los psiquiatras restantes, incluyendo al psiquiatra del departamento de Medicina Legal, no han llegado a la conclusión de que la demandada adolezca de trastorno bipolar pese a que todos ellos también se han entrevistado con la demandada; razones por las que no se ha acreditado fehacientemente que la demandada sufra de trastorno bipolar. Asimismo de los exámenes psicológicos de los menores, no se aprecia que la demandada sea violenta o agresiva con sus hijos; asimismo respecto al informe social del demandante este vive en la casa materna con sus hermanos y es el soporte económico de su

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

familia, por ende no se ha establecido que cuente con disponibilidad para que se ocupe directamente de los niños como si lo hace su madre.

4.4. Los menores en las entrevistas han señalado que se encuentran a gusto viviendo con su madre y que ésta no los maltrata y por lo demás expresamente han referido que desean seguir viviendo con ella y que su papá los visite, siendo así, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Niños y Adolescentes, debe estarse a la opinión de los niños, esto sumado a que ellos siempre han estado al cuidado de la madre y que no se puede afectar su estabilidad.

5. Fundamentos de la apelación:

Mediante escrito de fojas seiscientos sesenta y cinco, el demandante apela la sentencia, fundamentando la misma en que se ha probado que la demandada padece de problemas psiquiátricos que nunca ha aceptado, habiendo intentado ayudarla para superarlos recurriendo a varios psiquiatras entre los años dos mil tres y dos mil seis, no aceptando la demandada un tratamiento psiquiátrico, tal como ha sucedido al no someterse a la evaluación psiquiátrica que fue dispuesta en el acto de audiencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diez, no habiéndose tomado en cuenta la conducta procesal de la demandada; asimismo no se tomó en cuenta el hecho nuevo presentado por su parte, referido a que el día quince de marzo de dos mil diez, cuando fue objeto de agresión por parte de la emplazada, quien le arrojó huevos y luego lo insultó delante de sus hijos, golpeó con un martillo el parabrisas, las lunas del copiloto y los cuatro faros del auto, luego que él le negara dar una suma de dinero para la reparación de una lavadora, estando a que recibe una pensión de alimentos de S/. 3,300.00 (tres mil trescientos con 00/100 Nuevos Soles), sin incluir el pago directo del crédito hipotecario de US\$ 500.00

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

(quinientos con 00/100 Dólares Americanos), y los cerca de S/. 7,000.00 (siete mil con 00/100 Nuevos Soles) por la matrícula de sus hijos en el Colegio *Jean Le Boulch*; asimismo señala que la demandada viene incumpliendo el régimen de visitas y que el colegio ha comunicado su decisión de no renovar la matrícula de su hijo para el año dos mil once; indica además que sus menores hijos conocen a su actual pareja e hijos de ésta, lugar donde se ha acondicionado un dormitorio con todas las comodidades y que cuenta con las redes sociales necesarias para recibir el soporte y acompañamiento.

6. Resolución de segunda instancia:

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior revocó la resolución de primera instancia, reformándola declaró fundada la demanda; bajo los siguientes fundamentos:

6.1. Que, luego de la separación de los cónyuges, el padre no desatendió a los menores, pues ha venido cumpliendo con sus obligaciones alimentarias así como también ejerciendo activamente su derecho de patria potestad.

6.2. La demandada pese a no laborar y recibir mensualmente la pensión alimenticia, tanto para su persona como para sus menores hijos, no ha brindado los cuidados necesarios para un óptimo desarrollo integral de los niños, toda vez, que en el caso del niño Guillermo Andrés Miranda Torres, la Institución Educativa FAP José Quiñones no le renovó la reserva del derecho de matrícula del año dos mil diez, así como tampoco el Colegio *Jean Le Boulch* para el año escolar dos mil once, y en ambos casos por haberse presentado serias dificultades en el manejo conductual del citado niño; el mismo que se corrobora con la pericia psicológica de fojas ciento diez que establece que el citado menor presenta trastorno hiperactivo disocial; que conforme a la carta notarial remitida por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

el demandante al Colegio *Jean Le Boulch*, con fecha veintidós de diciembre de dos mil diez se señala "...debo señalar que el compromiso adquirido por mi persona de llevar a mi hijo a terapias durante el año 2010 no ha sido cumplido porque lamentablemente no ejerzo en la actualidad la tenencia de mi hijo, y lamentablemente la madre de mi hijo Guillermo a pesar de varios intentos de llevarlo no colaboró con este compromiso"; asimismo se señala que al ser preguntada a la demandada en la audiencia única si sus hijos concurren a las terapias psicológicas, manifestó que no, y además se toma en cuenta la respuesta de la demandada en cuanto señala que si tiene conocimiento de los problemas de conducta que tiene su hijo, pero que no lo ha podido llevar por factor de dinero y tiempo del menor, lo cual a consideración de la Sala Superior no se condice con la realidad, pues en autos ha quedado debidamente establecido que el demandante cumple con sus obligaciones alimentarias, más aún, si la propia emplazada admite a fojas quinientos diecinueve, que el actor se encuentra al día en el pago de los alimentos.

6.3. Asimismo se toma en cuenta las evaluaciones psicológicas y el informe social relacionado con los menores, que no son favorables, al establecerse que si bien los menores cuentan con una inteligencia superior a lo normal, sin embargo tienen regular rendimiento escolar, lo que demuestra que la madre no les brinda los cuidados necesarios para su formación integral.

6.4. Se observa que la demandada no tiene un adecuado control de emociones, conforme se verifica con la constatación policial de fecha quince de marzo de dos mil diez ante la Comisaría de Santa Felicia, de fojas cuatrocientos ochenta y cinco; en las que se indica que la denunciada cogió unos huevos y los lanzó contra su cónyuge en presencia de sus menores hijos, además sacó un martillo metálico y causo daños materiales al vehículo del actor

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

conforme lo corrobora el efectivo policial de la Comisaría de Santa Felicia y el vigilante Pablo Layme Vilca, así como las fotografías de fojas cuatrocientos ochenta y seis, lo que no resulta favorable para el desarrollo integral de sus menores hijos.

6.5. Además se aprecia del cuaderno de medida cautelar de régimen de visitas provisional a favor del accionante que la demandada no ha cumplido con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, conforme a las constancias policiales de fojas cincuenta y cuatro, cincuenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y nueve y sesenta, y no ha garantizado el derecho de los niños de mantener el contacto con su padre, habiendo incluso sido requerida mediante resolución de fecha siete de agosto de dos mil nueve, lo que ha dado como consecuencia que el demandante se vea impedido de llevar al menor Guillermo Miranda a las terapias psicológicas especializadas en modificación de conducta, condicionadas por los Centros Educativos "José Quiñones" y "*Jean Le Boulch*", para que pueda continuar con sus estudios escolares, lo que ha motivado que al niño no se le permita continuar con sus estudios en dichos centros educativos.

6.6. Ha sido tomado en consideración lo señalado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del niño, que dice que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión en concordancia con el artículo 9.3 de dicha Convención, que prescribe "*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño, que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*" y los artículos 74, 84, 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

6.7. En tal sentido, la Sala Superior revoca la sentencia recurrida así como también fija un régimen de visitas a favor de la madre a efectos de mantener el vínculo materno filial.

III. RECURSO DE CASACIÓN:

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha cinco de julio de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, por la infracción normativa de los artículos IX y X del Título Preliminar y de los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes; así como el artículo 139 incisos 3° y 5° de la Constitución Política del Estado, al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión señalándose además la incidencia de ellas en la decisión impugnada.

IV. CUESTIÓN JURIDICA A DEBATIR:

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si se han infringido las reglas del debido proceso y motivación, así como las normas referidas a tenencia y custodia de menores.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:

PRIMERO.- Que, el debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten determinados requisitos mínimos¹. Tales requisitos, que han sido objeto de discusión², en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa);

¹Carocca Pérez, Alex. **El debido proceso y la tutela judicial efectiva en España**. Normas Legales. Octubre, 1997, pp. A 81 - A 104.

² Por ejemplo, para Bernardis, por su parte, considera, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, que ese "máximo de mínimos" estaría constituido por los requisitos de notificación y audiencia (notice and hearing). Bernardis, Luis Marcelo. La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco Editor. Lima 1995, pp. 392-414

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

(ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.

SEGUNDO.- Que, se advierte que la recurrente sostiene que la resolución cuestionada no se encuentra debidamente motivada. En realidad, como se aprecia, no cuestiona en sí el debido proceso ni en estricto defectos de motivación, sino el material probatorio, con todo debe señalarse que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal. Nada de eso se ha cuestionado por lo que este extremo del recurso debe ser rechazado.

TERCERO.- Que, siendo ello así, y haciéndose la precisión respectiva, este Tribunal Supremo verificará si la resolución impugnada se encuentra indebidamente motivada. Cabe indicar que: *“La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 incs. 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente³”*.

³ Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Separata Especial, veintiuno de abril de dos mil ocho, p. 22013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

CUARTO.- Que, en esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado dos normas fundamentales: a) el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que en caso de desacuerdo la tenencia la resuelve el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento; y, b) el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el extremo que prescribe que 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. (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha advertido que los menores han sido descuidados y que la madre tiene un carácter inestable. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que la demanda debe ser amparada. Tal como se advierte, la deducción lógica de la Sala es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

QUINTO.- Que, en lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas⁴, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera⁵. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas indicadas son las correctas para resolver el presente caso, pues las premisas normativas aluden a dispositivos referidos a la tenencia y custodia de menores, los que

⁴ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En <http://razonamientojuridico.blogspot.com>.

⁵ Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

además, conforme se advierte en el considerando vigésimo segundo de la sentencia, han sido concordados con el Preámbulo y el artículo 9.3. de la Convención sobre los Derechos del Niño. A su vez, la premisa fáctica corresponde al material probatorio existente. Dada la corrección de la premisa normativa y fáctica, la conclusión a la que se arribó fue la adecuada, existiendo debida justificación externa.

SEXTO.- Que, en lo que respecta a los problemas específicos de motivación se tiene que, existe *motivación aparente* cuando en una determinada resolución judicial parece que se justifica la decisión pero su contenido no explica las razones del fallo; que existe *motivación insuficiente* cuando no hay un mínimo de motivación exigible y que existe *motivación incongruente* cuando se dejan incontestadas las pretensiones o se desvía la decisión del marco del debate judicial⁶. Tales incorrecciones no se encuentran en la sentencia recurrida. Así, como se ha presentado en líneas precedentes, se ha justificado la decisión tanto en el aspecto de los hechos como en el normativo, hay argumentación prolija y se han contestado las pretensiones existentes, como se puede apreciar del relato detallado de los eventos sucedidos entre las partes y de las normas legales utilizadas. En tal sentido, este Tribunal Supremo estima que se ha fundamentado el por qué del sentido del fallo y se han contestado rigurosamente las pretensiones existentes.

SÉTIMO.- Que, por otra parte, debe verificarse si, como señala la recurrente, no se ha tomado en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió más tiempo, y que se ha incurrido en error cuando se menciona que sus hijos tienen regular rendimiento cuando en el caso de Guillermo Andrés tiene un promedio de catorce y la menor Lucianna Jimena el de excelente; situaciones ambas que vulnerarían el artículo 84 del referido cuerpo legal. Asimismo, debe verificarse si al no

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 0037-2012-PA/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

tomarse en cuenta la opinión de los menores, se ha vulnerado el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes.

OCTAVO.- Que, sobre el particular debe mencionarse que los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes hacen referencia al interés superior del niño y a los procesos de menores como problemas humanos⁷. Se trata de normas principistas que guían la interpretación del resto del articulado del referido Código y que deben atenderse, tanto por ser dispositivos legales vigentes como porque responden a los Tratados Internacionales suscritos por el país (por todos: Convención Internacional de los Derechos del Niño). Siendo ello así las infracciones alegadas por la recurrente al artículo 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes⁸ referidos a las facultades del juez en los casos de tenencia y a la necesidad de escuchar la opinión del niño deben ser interpretadas en el marco de las normas principistas antes señaladas.

NOVENO.- Que, establecidos los parámetros legales antes señalados, se observa que, con respecto a la permanencia de los menores con el

⁷ **Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-** 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.

Artículo X.- Proceso como problema humano.- El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

⁸ **“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.”

Artículo 85.- Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

progenitor que los tuvo más tiempo, debe señalarse que, en efecto, el artículo 84.1 menciona que ello es así, pero dicho dispositivo culmina con la siguiente frase: "*siempre que le sea favorable*". No se trata, por tanto, de una norma fatal, imperativa, que no admite modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata de una regla jurídica flexible, que se adecúa a lo que le favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "interés superior", considerando al menor como sujeto de derecho y rechazando que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. Así expuestas las cosas, aunque la permanencia del niño con uno de sus progenitores es un elemento a considerar, tal hecho cede cuando tal evento no sea favorable a él. Lo mismo que se ha dicho sobre el artículo 84.1 debe señalarse con respecto al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, la opinión de los menores es importante, pero debe ser evaluada con el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que conviene al menor.

DECIMO.- Que, en lo relacionado al error en el promedio escolar de los menores, se observa por la propia declaración de la recurrente en su recurso de casación y por lo expuesto a fojas ochocientos doce que Guillermo Andrés tiene un promedio por debajo del regular, pues apenas llega a trece punto setenta y ocho, siendo que en el contexto de su Informe Psicológico lo tiene como persona de inteligencia superior. En cambio, conforme se aprecia a fojas ochocientos once, sí es verdad que Lucianna Jimena tiene un promedio destacado (AD). No obstante, esa equivocación de la Sala Superior no sólo no genera nulidad alguna, sino además en nada modifica la contundencia de sus afirmaciones.

UNDÉCIMO.- Que, en efecto, el promedio escolar es sólo uno de los factores tomados en cuenta para dictar la sentencia; a ello se ha

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

agregado que a Guillermo Andrés no se le haya renovado la matrícula del año dos mil diez en la Institución Educativa FAP "José Quiñones" ni en el dos mil once en el "Colegio Jean Le Boulch", y en ambos casos por problemas de conducta del menor, que no han merecido la vigilancia y el control deseable por parte de la recurrente, más aún cuando ha contestado en Audiencia Única que *"no ha podido llevar (a su hijo al psicólogo) por factor dinero y tiempo del menor"* cuando se ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre. Asimismo, si bien, como se ha dicho, el promedio de notas de Lucianna Jimena es bueno, no es menos verdad que la educación no puede reducirse a la actividad escolar, sino se desarrolla también en la casa donde se vive. Allí el ambiente es inadecuado para ambos menores. Así, conforme lo expone el Informe Psicológico (fojas ciento trece), Lucianna Jimena, que tiene inteligencia superior con coeficiente ciento doce, es también una niña con *"autoestima por debajo de lo normal, con sentimientos de inferioridad y desvalorización"* y con *"síndrome de niña maltratada"*. Por su parte, Guillermo Andrés, señala el Informe Psicológico, que también tiene una inteligencia superior con coeficiente ciento quince, es *"fronterizo a nivel social"* y, tal como se ha relatado en líneas precedentes, ha tenido problemas de conducta en los dos colegios donde ha estado. Todo ello demuestra que la madre no ha desempeñado de manera debida su labor de resguardo y cuidados necesarios para su formación.

DUODÉCIMO.- Que, a ello, debe añadirse, como lo ha hecho la sentencia impugnada:

- Que el médico neurólogo y psiquiatra de la Clínica Medlab ha señalado que trató a la recurrente porque presenta trastorno afectivo y que le realizó dos evaluaciones para descartar trastorno

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

neurólogo, y que a la tercera sesión (que iba a servir para descartar un posible trastorno bipolar) la ahora demandada ya no concurrió.

- Que el psiquiatra del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado" refiere haber tratado a la madre de los menores que entonces padecía "depresión mayor" y que, dado el grado de desconfianza que tenía, le pidió descartar trastorno esquizoafectivo, no concurriendo la paciente a ninguna otra cita.
- Que la Historia Clínica obrante de fojas doscientos sesenta y ocho a doscientos setenta informa que la recurrente padece episodio depresivo moderado, D/C trastorno bipolar, lo que fue ratificado por el médico tratante.
- Que la pericia psicológica practicada a la casante señaló que sufre de trastorno de ansiedad generalizada.
- Que, a lo expuesto se añade que la recurrente no tiene un adecuado control de sus emociones, habiendo lanzado huevos y golpeado con un martillo el auto del demandante.

DÉCIMO TERCERO.- Que, lo expuesto permite concluir que en nada se han vulnerado los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, pues ellos han sido evaluados en el contexto del desarrollo de los menores, del actual cuidado que se les brinda y teniendo como norte el principio del "interés superior del niño" y que un proceso de menores es siempre un problema complejo cuya solución se da con la evaluación exigente del material probatorio, como se ha hecho en el presente caso.

VI. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

veintitrés; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil doce, que corre a fojas setecientos treinta y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por William Fernando Miranda Dueñas contra Ana Cecilia Torres del Águila, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Castillo.-**

SS.

ALMENARA BRYSON

HUAMANÍ LLAMAS

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHAVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Jcyp/Ymbs

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

10 6 MAR 2013