

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA -
Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema: CACERES
PRADO Alvaro Efraim (FAD2015981216)
Fecha: 15/05/2017 19:53:09 Razón:
RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL -
CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

SUMILLA.- En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.

Lima, seis de mayo de dos mil dieciséis.-

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil setecientos dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: -----

I.- MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante **Alfredo Mario Chu Morales** (folios 1418) contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revocó la sentencia contenida en la Resolución número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho (folios 596), que declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, disponiendo que el demandante en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija Marisol Chu Carty y se le concede un régimen de visita a la madre en el horario del primer y tercer sábado y segundo y cuarto domingo de cada mes, desde las diez de la mañana a seis de la tarde con externamiento, con costas y costas, reformándola declararon infundada la misma.-----

II.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema mediante la Resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince (folios 41 del cuadernillo de casación) ha declarado procedente

el recurso de casación por las siguientes causales: -----

a) Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; refiere que no existe una razón lógico jurídica del por qué le es favorable la tenencia a la madre en los Estados Unidos sin haber mediado alguna prueba que considere su real situación físico y/o psicológica y así como la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, asimismo, no existe pronunciamiento debidamente motivado de la concurrencia de un síndrome de alineación parental ni sobre la conducta procesal de la madre y como ha afectado la relación parental de la menor con su padre; que, no se hace referencia como deberá ser el cumplimiento del régimen de visitas y cuáles serían las medidas reparadoras; alega que no se ha incumplido con las pruebas ordenadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema como son: La declaración de parte que debió actuarse ante la propia Sala de Familia, respetando el principio de intermediación y de conformidad con el artículo 213 del Código Procesal Civil; la entrevista a la menor (prueba especial) la que correspondía ser actuada directamente por la Sala de Familia con presencia del Ministerio Público y en forma reservada; Las pruebas psicológicas, que debieron ser emitidas por el equipo multidisciplinario de conformidad con el artículo 149 y 150 del Código de los Niños y los Adolescentes, agrega que el *Ad-Quem* estableció que la actuación de dichos medios probatorios se ejecutarían en los Estados Unidos, lo que ha conllevado una dilación del proceso desde el año dos mil nueve hasta el dos mil quince, sin embargo, no se ha actuado ninguna de las pruebas, por ello es que se ha concluido la apelada con votos dirimientes, violándose el artículo 396, última parte, del Código Procesal Civil.-----

b) Infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; sostiene que en el presente caso se ha probado que existe un acto de padrectomía y de síndrome de alineación parental, la conducta procesal de la demandada ha sido orientada a no cumplir con el régimen de visitas y lograr un nulo contacto con el padre, por lo que debe variarse la tenencia de la menor al padre.-----

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución de las infracciones normativas tanto procesales como materiales, declaradas procedentes, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto del *íter* procesal. Es así que **Alfredo Mario Chu Morales** interpone demanda de Variación de Tenencia respecto a su menor hija Marysol Chu Carty dirigiendo su acción contra Heddy Elena Carty Cam¹. Como fundamentos de su pretensión señala: **a)** Durante el trámite del proceso de Divorcio, ambas partes presentaron una Propuesta de Convenio, en la cual convenían que el recurrente podía visitar a su menor hija libremente cualquier día, incluso los sábados y domingos ya sea fuera o dentro del hogar en las oportunidades que crea conveniente en un horario prudente, previa coordinación con la madre de la menor, siempre y cuando ello no perturbe o perjudique su horario de alimentación o sueño; en cuanto a la tenencia y custodia, se establece que ambos padres conservarán la patria potestad de la menor; **b)** El once de agosto del año dos mil seis, se realizó la respectiva constatación policial, debido a la imposibilidad de realizar las correspondientes visitas a su menor hija, señala que los abuelos maternos de la menor le manifestaron que la niña se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica; **c)** El recurrente no prestó su autorización para la salida de la menor del país; **d)** Sus abuelos maternos no le han indicado cual es el domicilio de su hija lo que ha impedido que tenga comunicación con ella; **e)** A fin de investigar el paradero de su hija, solicitó a la Dirección de Migraciones un Certificado de Movimiento Migratorio de la demandante y su menor hija, observando que no existe salida alguna de la emplazada y la menor; **f)** Se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia; y **g)** La madre de la menor se encontraba viviendo en los Estados Unidos, debido a una beca de estudios que debió durar cuatro meses y se ha prolongado por cuatro años, lo que originó que ésta dejara a su menor hija al cuidado de sus abuelos maternos, lo que significa que la demandada abandonó a la menor.-----

¹ Folio 10

SEGUNDO.- La demandada a través de su apoderado contesta la demanda², señalando básicamente: **i)** El demandante viene amenazándola diciendo que cuando su hija cumpla cinco años de edad, la quitará de su cuidado; **ii)** Desde el momento de la concepción el demandante no quiso asumir su paternidad, negándola y maltratándola física y psicológicamente; **iii)** Resulta falso que su hija se encuentre desaparecida, al contrario, a raíz de las constantes amenazas en su contra, es que tomó la decisión de instalarse en provincia con su hija, ya que corre peligro tanto ella como su persona; **iv)** Resulta falso que el demandante cumpla con la pensión de alimentos, ya que de acuerdo a la propuesta de convenio expresada en la sentencia de Separación de Cuerpos del diecinueve de diciembre de dos mil cinco, el actor debía asistir con una pensión mensual de ochocientos soles (S/.800.00), suma que jamás fue cancelada y tampoco requerida, justamente, para mantenerlo alejado, dado su nivel de peligrosidad e impredecible conducta, lo cual ponía en riesgo a su hija. **v)** El demandante jamás hizo ejercicio de su derecho al Régimen de Visita, puesto que el actor ha llegado a ausentarse hasta cuatro meses seguidos sin que aparezca a visitar a la menor; **vi)** El accionante sufre de una serie de desórdenes en su conducta y personalidad, lo que lo lleva a convertirse en una persona sumamente violenta y agresiva, dejándose llevar por sus emociones internas, lo cual lo coloca en una situación psicológica y psiquiátrica anormal respecto a su persona, su familia y esencialmente respecto a su menor hija; **vii)** Su hija no se encuentra desaparecida, menos aún abandonada, al contrario ella se encuentra bajo su perfecto cuidado como siempre ha sucedido y si ha variado su residencia a provincia es porque entre el quince y dieciséis de julio el accionante amenazó nuevamente con raptar a su hija; **viii)** Si es que el accionante jamás cumplió de manera fehaciente su Régimen de Visitas, porqué otorgarle la tenencia ahora, más aún cuando a través de su demanda no ha comprobado que su persona se haya conducido en contra de los intereses de su hija menos aún que posea una conducta capaz de poner en riesgo la

² Folio 55

estabilidad y bienestar de la menor. Por Resolución número seis de fecha quince de diciembre de dos mil seis (folio 64) se tiene por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.-----

TERCERO.- Mediante la Resolución número nueve contenida en la Acta de Audiencia Única de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete³, se fijó como punto controvertido: **i)** Establecer si procede declarar la variación de la tenencia y custodia de la menor Marysol Chu Carty, concediéndola a favor del demandante, en su condición de padre.-----

CUARTO.- Por Sentencia del veinticinco de agosto de dos mil ocho, el Juez del **Décimo Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, en consecuencia, que el accionante Alfredo Mario Chu Morales en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija Marysol Chu Carty, concediéndose a la madre Heddy Elena Carty Cam un régimen de visitas en el horario del primer y tercer sábado y el segundo y cuarto domingo de cada mes de diez de la mañana a seis de la tarde, con externamiento, con costas y costos. Entre los fundamentos que sustentan esta decisión, se precisa: **i)** De todos los medios probatorios en conjunto se concluye que la demandada Heddy Elena Carty Cam y su menor hija se encuentran fuera del país, tal como fluye de lo expuesto por el apoderado en su escrito de fojas 246; **ii)** El apoderado de la emplazada en ningún momento reveló con exactitud y certeza el paradero actual de la menor, por el contrario, ha precisado domicilios diferentes en donde no se encontraba físicamente la menor, pretendiendo que se practique la visita social en un domicilio donde ya no se encontraba, lo que originó que se prescinda de esta prueba; **iii)** Se ha requerido a la parte demandada a fin que se apersona al área psicológica del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia (folio 315) a efectos que se lleve a cabo las correspondientes evaluaciones a su persona como de la menor, por

³ Folio 107

tal motivo, al no haberse presentado a las diligencias no pudo ser escuchada en la secuela del proceso; **iv)** Dichos hechos demuestran displicencia de la madre demandada en esclarecer y solucionar el conflicto de intereses surgidos en beneficio de su menor hija, por lo que, debe meritarse su conducta procesal.-----

QUINTO.- Apelada la sentencia por la demandada, la **Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, mediante la Resolución número ocho, de fecha uno de diciembre de dos mil ocho⁴, declaró nula la sentencia de primera instancia del veinticinco de agosto de dos mil ocho y ordenaron que el *A-quo* emita nuevo pronunciamiento, sujetándose a los lineamientos establecidos. Esta decisión fue impugnada a través de un recurso de casación formulado por el demandante Alfredo Mario Chu Morales, por lo que mediante la Ejecutoria Suprema del veintiocho de diciembre de dos mil nueve⁵, se declara fundado el recurso y nula la sentencia de vista ordenándose que se emita nuevo pronunciamiento, luego de actuarse los medios probatorios que se detallan en dicha resolución, es así que por Resolución de Vista número setenta y siete del veintisiete de mayo de dos mil quince⁶, la **Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, revoca la sentencia de primera instancia número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho y reformándola declara infundada la demanda, bajo las siguientes consideraciones: **i)** Del Informe Social practicado en el domicilio del accionante (folios 224), se infiere que éste no tuvo convivencia con la madre de su hija, ni con esta última, puesto que la primera residía en la ciudad de Lima, mientras que él lo hacía en Chimbote; **ii)** Si bien es cierto resulta reprochable la conducta de la emplazada de llevarse a su hija a los Estados Unidos de Norteamérica con fines de residencia sin conocimiento del progenitor, ocasionando con su actitud un evidente daño al demandante al verse privado de la presencia de la menor, también lo es que la adolescente

⁴ Folio 693

⁵ Folio 736

⁶ Folio 1389

VARIACIÓN DE TENENCIA

vivió desde que nació con su progenitora y no con su padre, por cuanto éstos se separaron desde que la demandada contaba con tres meses de gestación, lo que significa que de haberse escuchado la opinión de la niña seguramente hubiera asentido en el viaje, es por ello que cuando conversó telefónicamente con el accionante lo primero que hizo fue pedirle permiso para quedarse allá, según lo ha referido el propio demandante; **iii)** La menor tiene en la actualidad quince años de edad y está próxima a cumplir dieciséis años, que a lo largo de su existencia ha convivido con su madre mayor tiempo, pues el hecho de que esta última haya realizado viajes a los Estados Unidos durante sus primeros años no significa que se haya despreocupado o desatendido de su persona, ya que la dejaba al cuidado de sus abuelos maternos con el consentimiento del demandante, tan es así que cuando la demandada viaja con la menor, el padre expresaba su autorización; **iv)** La demandada reside en la ciudad de New York de los Estados Unidos de Norteamérica, donde ha formado un nuevo hogar al haber contraído matrimonio con un ciudadano norteamericano y procreado una hija, hogar donde vive la menor desde el año dos mil cinco, lo que significa que por tiempo transcurrido a la actualidad se ha adaptado a su nueva familia y a las costumbres de dicho país, por lo que desarraigarla nuevamente de este nuevo hogar le ocasionaría un perjuicio inminente en su estabilidad emocional y en su bienestar, lo que colisionaría además con el interés superior del niño, niña o adolescente.-----

SEXTO.- Habiéndose declarado **procedente** el recurso de casación por causal referida tanto a la **infracción normativa procesal⁷ y sustantiva⁸**, es necesario señalar que la primera, es sancionada ordinariamente con nulidad procesal. La misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos.-----

⁷ Inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

⁸ Artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes.

VARIACIÓN DE TENENCIA

SÉTIMO.- El Debido Proceso, está referido al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, por el cual se posibilite que toda persona pueda recurrir a la justicia para obtener Tutela Jurisdiccional Efectiva, a través de un procedimiento legal con la observancia de las reglas procesales establecidas para el procedimiento y a través del cual las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley. A nivel doctrinario, se ha señalado que el Derecho al Debido Proceso tiene dos vertientes; la primera de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el Derecho al Juez Natural, el Derecho a Probar, el Derecho a la Defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa⁹. En este sentido el Tribunal Constitucional señaló, que el debido proceso: *“no tiene un ‘ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualquiera de los derechos que lo comprenden v.g. el Derecho de Defensa, el Derecho a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, reconocidos en los incisos 5 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, respectivamente (...)”*¹⁰.-----

OCTAVO.- Es así que cuando un procedimiento judicial se ha llevado a cabo con deficiencias y vicios procesales graves, que importen Violación del Debido Proceso, se deberá invalidar todas aquellas actuaciones afectadas por tal violación y repetirlas con el cumplimiento y respeto de todas las garantías requeridas, conforme lo dispone el artículo 171 del Código Procesal Civil y lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fundamentos 217 a 219 y 221, de la sentencia recaída en el caso Castillo Petruzzi y otros contra el Estado Peruano.-----

⁹ Hurtado Reyes, Martín, La casación Civil, Una aproximación al control de los hechos, Lima, Idemsa 2012, p. 299

¹⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente número 1436-2006-PA/TC, del 27 de febrero de 2008)

NOVENO.- Uno de los contenidos esenciales del Derecho al Debido Proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Administrar Justicia se haga con sujeción a la Constitución Política del Perú y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del Derecho de Defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional precisando el contenido del derecho constitucional a la Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales, ha señalado que éste: *“(...) se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...)”¹¹*. En concordancia con lo expuesto, el mismo Tribunal ha señalado también que una Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales *“(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) (...). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate jurídico generando indefensión, constituye*

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente número 04348-2005-PA/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento dos.

vulneración del Derecho a la Tutela Judicial y también del Derecho a la Motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (...)”¹².-----

DÉCIMO.- Antes de analizar los argumentos sobre los cuales reposan las infracciones denunciadas, es menester tener cuenta que el demandante básicamente solicita la variación de la tenencia de su menor hija bajo la premisa que ésta fue llevada a residir a los Estados Unidos sin que medie su autorización, lo que originó que pierda contacto con ella, afectando su relación paterno filial.-----

DÉCIMO PRIMERO.- Para analizar la mencionada infracción denunciada, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos. En principio, esta Suprema Corte es consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, de modo que ya no se trata de la familia nuclear, formada por el padre, madre e hijos, sino que se ha reconocido la existencia de familias monoparentales, familias ensambladas, familias con nido vacío, entre otras, de modo que los roles de cada miembro de éstas han ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna como la paterna,¹³ la función que éstos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a que: *“la familia desempeña una tarea psicológica y existencial que sienta las bases, no solo de todo aquello que se refiere a las funciones de reproducción biológica y de sostén material, sino también, y principalmente, de lo que constituye el espacio afectivo donde el niño experimenta tanto la ternura y el afecto, así como también las primeras frustraciones y límites, constituyéndose en un lugar*

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente número 4295-2007-PHC/ TC, del 22 de setiembre de 2008, fundamento cinco.

¹³ Debe precisarse aquí, que cuando se trate de familias monoparentales, en las que existe una situación de mayor riesgo para los menores, será muy importante el bienestar emocional que el padre presente le brinde a los hijos para afrontar dicha situación, de modo que la estructura familiar no influya en la calidad de vida del menor. (Investigación realizada por: Susan Golombok. Modelos de Familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta? Barcelona: Graó. 2006.

*único para el aprendizaje experiencial, el cuál marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez*¹⁴.-----

DÉCIMO SEGUNDO.- Es así que todas las medidas que se tomen en relación a la menor deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término muy amplio y que puede tener cierto grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio.-----

DÉCIMO TERCERO.- Por consiguiente, en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres¹⁵. Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un “menor maduro”, éste debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos, de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, debe realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate¹⁶.-----

DÉCIMO CUARTO.- Es por ello que, los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte a la menor, deberán tener en cuenta que: *“El menor vive en un permanente y creciente proceso de socialización, a través del cual va*

¹⁴ Alberto Arocena, Gustavo. Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes”. Buenos Aires: Astrea, 2010. pág. 2-3.

¹⁵ Cfr. Makianich. Óp. Cit. Pág. 94-96.

¹⁶ Cfr. De la Válgoma. Óp Cit. Pág. 123-136.

VARIACIÓN DE TENENCIA

*consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por sí misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización que debe procurar neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social*¹⁷. -----

DÉCIMO QUINTO.- El demandante señala que la Sala Superior no ha tenido en cuenta cuál es la real situación física y psicológica de la menor ni existe motivación de la concurrencia de un síndrome de alineación parental y cómo la conducta de la madre afecta la relación con el padre, asimismo, alega que no se ha dado cumplimiento a los lineamientos establecidos en la Casación número 684-2009-Lima¹⁸.-----

15.1 Al respecto, cabe indicar que en anterior oportunidad esta Sala declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Alfredo Mario Chu Morales y, en consecuencia nula la sentencia de vista de fecha uno de diciembre de dos mil ocho, toda vez que se trasgredió el Principio de Inmediación, ordenando que se recaben pruebas, tales como la declaración de la demandada, la entrevista a la menor y la evaluación psicológica de ambas y que el Colegiado Superior agote los instrumentos jurídicos que le otorga la ley para actuar los medios probatorios mencionados, para lo cual deberá **deber tenerse en cuenta los Principios de Economía y Celeridad Procesal** contenidos en el artículo 5 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, párrafo segundo, tercero y cuarto.-----

15.2 En cumplimiento a dicho mandato, de autos se desprende que se ha tomado la declaración de parte de la demandada¹⁹ y la entrevista a la menor²⁰

¹⁷ Makianich. Óp. Cit. Pág.. Pág. 98-99.

¹⁸ Folio 1167

¹⁹ Folio 1226

²⁰ Folio 1260

VARIACIÓN DE TENENCIA

en los Estados Unidos de Norteamérica, ahora, si bien éstos fueron elaborados en el idioma inglés, no menos cierto es que se ha requerido la traducción de los mismos a las partes, la designación de un Perito Judicial *Ad Honorem* para que realice la traducción de las actas y finalmente la intervención de la Gerencia de Administración de la Corte Superior de Justicia de Lima para que por única vez se encargue de la traducción de las declaraciones del idioma inglés al castellano²¹, Oficina que comunicó que dicho servicio sería convocado en el próximo ejercicio presupuestal²², lo que originó que la Sala Superior prescindiera de dicho medio de prueba a través de la Resolución número sesenta y nueve de fecha cinco de marzo de dos mil quince²³, decisión que resulta ajustada al desarrollo del proceso, atendiendo a los Principios de Economía y Celeridad Procesal, puesto que desde que se presentaron las actas a la Sala Superior hasta la fecha en que se emite la resolución que prescinde de éstas, había transcurrido más de un año.-----

DÉCIMO SEXTO.- De otro lado, de acuerdo a la Evaluación Psiquiátrica número 0402-10-2007-PSQ²⁴ y el Informe Social²⁵ ambos practicados al demandante, éste refiere que su hija nunca vivió con él y que la menor siempre estuvo al lado de su madre; que durante el tiempo que duró el matrimonio no han tenido convivencia ya que la señora vivía en Lima y él por su trabajo en Chimbote, asimismo, el demandante señaló en el Informe Social: *“no la veo (hija) desde el 25 de julio del año pasado (2006) este año me llamaron dos veces, la bebe para decirme para que firme un Convenio para renunciar a todo derecho, eso anularía el proceso de sustracción que está en el Callao y la Variación de la Tenencia”*²⁶.-----

²¹ Resolución número sesenta y seis del quince de setiembre de dos mil catorce. Folio 1330

²² Oficio Nro. 3601-2014-CL-UAF-CSJLI/PJ. Folio 1342.

²³ Folio 1330

²⁴ Folio 189

²⁵ Folio 224

²⁶ Evaluación Psiquiátrica Nro. 040210-2007-PSQ. II Motivo de Evaluación. Folio 190.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2702-2015

LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

16.1. Ahora, según el Acta de Audiencia Única de fecha veintiuno de mayo de dos mil siete²⁷, el demandante respondió a la pregunta tres: *“(...) que la mamá de su hija se ha comunicado por teléfono con él, a las dos semanas que ha salido la menor y la niña se ha comunicado con el declarante este año, hace un mes, le llamó a su teléfono de Chimbote para decirle papá dame el permiso para quedarme en Estados Unidos”*.-----

16.2. Lo antes acotado denota que la menor hija del demandante, tiene conocimiento de los procesos judiciales que giran en torno a su permanencia en los Estados Unidos de Norteamérica y expresa con claridad ante su progenitor su deseo de residir en dicho país en compañía de su madre, además, debe tenerse en consideración que la niña, según las versiones de las partes, recogidas a lo largo del proceso, salió de su país natal en el año dos mil cinco, cuándo tenía seis años²⁸ y cuenta a la fecha con diecisiete años de edad, es decir, en un año, la menor cumplirá la mayoría de edad que la legitimará para decidir, sin la intervención de sus padres, donde desea residir, es así que conforme lo ha recogido la Sala Superior, a la luz de los hechos y las pruebas actuadas, la menor confirmaría su deseo de seguir viviendo al lado de su señora madre con su hermana y el esposo de la demandada.-----

DÉCIMO SÉTIMO.- Dicho discernimiento también fue recogido por la Sala Superior, lo que demuestra que los Jueces utilizaron su apreciación razonada en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, por consiguiente, la decisión adoptada por el Colegiado se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, por lo que, no se afecta el Debido Proceso, ya que se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso y a los lineamientos que estableció esta Sala Suprema con anterioridad, por ello, dicho fallo no puede ser cuestionado por infracción al

²⁷ Folio 144

²⁸ Partida de Nacimiento a folios 3

VARIACIÓN DE TENENCIA

Debido Proceso, al haberse respetado los principios constitucionales y el deber de motivación, expresándose el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final, deviniendo en **infundada** la denuncia de infracción normativa procesal.-----

DÉCIMO OCTAVO.- En cuanto a la infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y los Adolescentes, tenemos que dicha norma regula como una de las causales de la variación de la tenencia, el incumplimiento del Régimen de Visitas, sobre el particular, el demandante aduce que esta norma no ha sido observada por el Colegiado Superior, empero, de acuerdo a las consideraciones precedentes, el *Ad Quem* inicia el análisis del caso a partir del incumplimiento del Régimen de Visitas a consecuencia del viaje a los Estados Unidos de Norteamérica que realizó su menor hija en compañía de la demandada, sin que exista autorización para ello, acción que ha sido criticada por la Sala Superior (considerando décimo primero) pero que no ha logrado superar las consecuencias que dicha variación puede originar sobre la menor, como es la angustia al verse separada de su madre con quien vivió desde su nacimiento y, adicionalmente a ello de su hermana menor y la aflicción al incorporarse a un nuevo grupo familiar y educativo, variando sus costumbres y su ritmo de vida, más aún si está próxima a cumplir la mayoría de edad, por lo que, debe primar el interés superior de la niña, privilegiando su estabilidad emocional y su bienestar familiar, por consiguiente, no puede argumentarse la omisión de dicha disposición sustantiva, cuando ésta ha sido la base de la pretensión y de la Resolución de Vista cuestionada, por lo que, los argumentos sobre los cuales reposa la infracción que se denuncia, carecen de asidero.-----

18.1. Abunda sobre el particular que a efectos de salvaguardar y afianzar la relación de la menor Marysol Chu Carty con su padre, la Sala Superior ha dictado las medidas necesarias a efectos que padre e hija mantenga comunicación, estableciendo que la demandada debe facilitar este

acercamiento ya sea por vía telefónica, cámara web, Skype y/o cualquier otro medio de tecnología, incluyendo visitas al Perú previa coordinación con el demandante, lo que finalmente coadyuvará a afianzar la relación que mantenía con su hija.-----

IV. DECISIÓN:

Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Alfredo Mario Chu Morales** (folios 1418); **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad, en los seguidos por Alfredo Mario Chu Morales contra Heddy Elena Carty Cam sobre Variación de Tenencia; y *los devolvieron*. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

DE LA BARRA BARRERA