

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

TÍTULO: “Variación de tenencia”

SUMILLA: “De conformidad con el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, la resistencia al régimen de visitas podrá originar la variación de la tenencia, sin embargo, ello no constituye una regla absoluta, pues conforme a una interpretación literal de la misma norma se advierte que el verbo “podrá”, implica una facultad del Juez, por lo que, de conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Civil, correspondía a las instancias de mérito evaluar dicha conducta de manera conjunta con otros elementos de análisis relevantes para determinar la tenencia de la menor, como son, contar con la opinión de la menor conforme el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, asimismo, aplicar el texto modificado del artículo 81 del mismo Código, que establece que la tenencia compartida es la regla y la tenencia monoparental o exclusiva la excepción, retrotrayéndose el proceso hasta la etapa probatoria para que el juez disponga las actuaciones correspondientes, con el apoyo del equipo multidisciplinario en caso de ser necesario, a fin de establecer la real situación de la menor (salud física y psicológica), sus condiciones familiares específicas, conocer su proceso de desarrollo en forma integral, cómo desempeña sus distintas actividades, curriculares, extracurriculares, de recreación, entre otros aspectos, antes de decidir sobre la variación de la tenencia”.

TRES PALABRAS CLAVES: Interés Superior del Niño – Tenencia compartida – Debida motivación.

“La humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle”. Declaración de Ginebra, 1924.

Lima, 04 de julio de 2024.-

Mediante Resolución Administrativa N.º 000056-2023-CE-PJ del 26 de enero de 2023, se creó la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema a partir del 1 de abril de 2023, y se propuso a la Sala Plena de la Corte Suprema la distribución de causas de materia civil.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Mediante Resolución Administrativa de Sala Plena N.º 000010-2023-SP-CS-PJ del 12 de mayo de 2023, se dispuso que la Sala Civil Permanente remita a la Sala Civil Transitoria los expedientes ingresados con número impares, desde el más antiguo al menos antiguo, y que, a partir del 1 de junio, la Sala Civil Permanente recibirá los nuevos ingresos con número pares y la Sala Civil Transitoria aquellos con número impares.

Mediante Oficio N.º 0050-2023-SCP-P-CS-PJ del 7 de junio de 2023, la Presidencia de la Sala Civil Permanente comunica a la Presidencia de esta Sala, que la entrega de los expedientes la efectuará su jefe de Mesa de Partes.

Mediante Resolución Múltiple N.º 2 del 9 de junio de 2023, esta Sala dispuso la recepción de todos los expedientes remitidos por la Sala Civil Permanente, aun cuando no cumplan con los lineamientos establecidos en el Oficio Múltiple N.º 001-2023-EBO-SCT-SC-PJ.

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

VISTA la causa número cuatro mil ochocientos once, guion dos mil veintiuno LIMA NORTE, en audiencia pública llevada a cabo el día de la fecha; con el expediente principal físico digitalizado, y producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada **Tania Karin Mejía Miralles** de fecha 05 de marzo de 2021¹, contra la sentencia de vista emitida mediante resolución número 18 de fecha 15 de febrero de 2021², que

¹ De fojas 484 a 497.

² De fojas 421 a 427.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

confirma la sentencia apelada emitida mediante resolución N.º 10 de fecha 19 de junio de 2020³, que declaró **fundada** la demanda y, en consecuencia, ordena la variación de la tenencia de la menor de iniciales I.K.R.M. que se había ordenado en el Expediente N.º 9214-2015-0-0901-JR-FC-01 y que favorecía a doña Tania Karin Mejía Miralles, siendo que dicha tenencia es variada, y se ordena que la tenencia de la menor I.K.R.M. es a favor del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y se fija el régimen de visitas para la madre Tania Karin Mejía Miralles para que visite a su hija I.K.R.M. el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 9 de la mañana con retorno al hogar paterno a las 15 horas del mismo día, en el cumpleaños de la madre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con el padre demandante siempre que no interfiera con los horarios de estudio o de descanso de la menor.

II. CAUSALES DEL RECURSO:

Mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2023⁴, se ha declarado **procedente** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Tania Karin Mejía Miralles**, por las causales de:

- i) Infracción de los incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil;***
- ii) Infracción de los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; y,***
- iii) Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil.***

En ese sentido, corresponde a este Colegiado Supremo verificar la fundabilidad o no de dichas causales, teniendo en cuenta que el recurso de casación tiene

³ De fojas 267 a 274.

⁴ De fojas 49 a 52 del cuadernillo de casación.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

como fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29364, aplicable al caso de autos por razón de temporalidad.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Antecedentes del Proceso.

A fin de contextualizar el análisis y respuesta judicial a las causales de casación declaradas procedentes, este Supremo Colegiado considera oportuno dar cuenta de los antecedentes del proceso en la forma siguiente:

1.1 Demanda: Por escrito del 26 de noviembre de 2018⁵, don Iván Salvador Ramírez Chiroque, interpone demanda de variación de tenencia en contra de Tania Karin Mejía Miralles, a fin de que se varíe la tenencia de su menor hija de iniciales I.K.R.M. otorgada anteriormente a la demandada, y se disponga ahora la entrega de la menor a su favor.

Como fundamentos de su demanda, señala principalmente lo siguiente:

- i)** Que la demandada Tania Karin Mejía Miralles inició un proceso judicial en su contra por tenencia y régimen de visita, Expediente N.º 9214-2015, tramitado ante el Juzgado Civil de Carabaylo;
- ii)** Inicialmente en dicho proceso se dictó una medida cautelar, mediante resolución del 30 de marzo de 2016, concediendo un régimen de visitas los días sábados desde las 11:00 hasta las 15:00 horas *sin externamiento* en el domicilio materno;
- iii)** Posteriormente, en el mismo proceso judicial se expidió sentencia de primera instancia del 03 de octubre de 2017, a través de la cual se

⁵ De fojas 23 a 34.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

declaró fundada la demanda y se otorgó la tenencia de su menor hija de iniciales I.K.R.M. a favor de su madre Tania Karin Mejía Miralles, fijándose un régimen de visitas para el padre, de la siguiente manera: *sin externamiento* durante los seis primeros meses, todos los sábados de 08:00 hasta las 18:00 horas, y a partir del séptimo mes *con externamiento*, consistente en que el padre recoja y devuelva a la menor del domicilio materno, el segundo y cuarto sábados y domingos de cada mes, el día de cumpleaños del padre, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día, y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo, intercalados anualmente con la demandante, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día;

- iv) Dicha sentencia de primera instancia fue confirmada mediante sentencia de vista del 27 de junio de 2018, en cuando a la tenencia a favor de la madre y el régimen de visitas para el padre, *revocándola* únicamente en el extremo que se dispuso el régimen de visitas *sin externamiento* durante los primeros seis meses, lo cual se declaró improcedente;
- v) Sin embargo, desde el momento en que fue notificado con la sentencia de vista, no ha podido ejercer su derecho al régimen de visitas debido a que la demandada se opone a tal cumplimiento de la sentencia, pues cuando ha acudido a ver a la menor en los días correspondientes, la demandada estaba ausente o se oponía al cumplimiento del mandato judicial, y pese a encontrarse incluso acompañado por personal policial.

1.2 Rebeldía de la demandada Tania Karin Mejía Miralles: Mediante resolución N.º 04 del 17 de julio de 2019⁶, se resolvió declarar Rebelde a la demandada Tania Karin Mejía Miralles, al no haber cumplido con contestar la demanda dentro del plazo otorgado, pese a encontrarse debidamente notificada.

1.3 Dictamen del Fiscal Provincial: Con fecha 10 de diciembre de 2019, la Segunda Fiscalía Provincial Civil y Familia de Carabayllo, emitió el Dictamen N.º

⁶ De fojas 137 a 138.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

130-2019⁷, a través del cual Opinó que se declare Fundada la demanda interpuesta por Iván Salvador Ramírez Chiroque en contra de Tania Karin Mejía Miralles sobre variación de tenencia de menor, por considerar que de las constataciones policiales que obran en autos, se advierte que la demandada no ha permitido al demandante ver a la menor conforme al régimen de visitas establecido por mandato judicial.

1.4 Sentencia de primera instancia: por Sentencia emitida mediante resolución N.º 10 de fecha 19 de junio de 2020⁸, el Juzgado Civil Transitorio de Carabayllo, declaró **fundada** la demanda y, en consecuencia, ordena la variación de la tenencia de la menor de iniciales I.K.R.M. que se había ordenado en el Expediente N.º 9214-2015-0-0901-JR-FC-01 y que favorecía a doña Tania Karin Mejía Miralles, siendo que dicha tenencia es variada, y se ordena que la tenencia de la menor I.K.R.M. sea a favor del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y se fija el régimen de visitas para la madre Tania Karin Mejía Miralles para que visite a su hija I.K.R.M. el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 9 de la mañana con retorno al hogar paterno a las 15 horas del mismo día, en el cumpleaños de la madre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con el padre demandante siempre que no interfiera con los horarios de estudio o de descanso de la menor.

Como principales fundamentos señala los siguientes:

- i) Del acta de nacimiento de la menor de iniciales I.K.R.M., se advierte que sus padres son el demandante Iván Salvador Ramírez Chiroque y la demandada Tania Karin Mejía Miralles, teniendo la menor siete años de edad;
- ii) La demandada ha señalado a través de su escrito del 23 de julio de 2019, que vino dando las facilidades al demandante para que cumpla su

⁷ De fojas 245 a 250.

⁸ De fojas 267 a 274.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

régimen de visitas conforme a lo ordenado en el Expediente N.º 9214-2015, pero que, sin embargo, a partir del 11 de noviembre de 2018 fecha en la que el demandante se presentó en su domicilio acompañado de la policía, su menor hija entró en pánico y se asustó, a partir de lo cual tiene miedo a esas situaciones, además, que el actor ha realizado visitas no contempladas en la sentencia acudiendo al centro de estudios de la menor;

- iii) De las fotografías que obran en autos, se advierte que no hay miedo ni temor de la menor de pasar momentos gratos de vinculación con su padre, e incluso la constatación policial del 11 de noviembre de 2018, donde la policía da cuenta que la menor se encontraba llorando al interior de un vehículo y habría querido ir al lado de su padre, sino conjuntamente con su madre, no evidencia un rechazo categórico de la menor hacia su padre, y no podría haberlo porque el actor habría ejercido visitas sin externamiento por tres años, por lo que, la menor lo conoce y ha estado vinculada a él;
- iv) Asimismo, el demandante ha acreditado encontrarse laborando en un cargo de dirección, así como encontrarse cumpliendo con sus obligaciones alimenticias para con la menor, no habiendo queja de la demandada al respecto, no habiéndose acreditado que el actor tenga descalificación laboral, penal o social, que le impida ejercer la tenencia de su menor hija;
- v) Que el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia;
- vi) De conformidad con la sentencia de vista del 27 de junio de 2018, emitida en el Expediente N.º 9214-2015, se ordena un régimen de visitas con externamiento a favor de Iván Salvador Ramírez Chiroque para que visite a su menor hija de iniciales I.K.R.M., el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

día, así como en el cumpleaños del padre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con la demandante, siempre que no interfiera con sus horarios de estudio o descanso;

- vii)** Según las constataciones policiales de fechas 27 de octubre de 2018, 29 de octubre de 2018, 10 de noviembre de 2018, la policía dio cuenta que la demandada Tania Karin Mejía Miralles se negó a que el demandante Iván Salvador Ramírez Chiroque vea o retire a su menor hija, asimismo, según la constatación policial del 11 de noviembre de 2018 la policía dio cuenta que la menor se encontraba al interior de un vehículo negándose a ir con su padre, pero indicando que sí saldría con su papá y su mamá, y, finalmente, con las constataciones policiales del 24 y 25 de noviembre de 2018, la policía da cuenta que al llegar al domicilio de la demandada, nadie recibió al demandante; y,
- viii)** Con la documentación policial antes citada, se encuentra probada la conducta reiterada, permanente y dolosa de la demandada de no acatar los mandatos judiciales ordenados en la sentencia de vista del 27 de junio de 2018, cortando la libertad de su menor hija quien tiene derecho a ser feliz con sus dos padres, al impedirle en forma arbitraria tener vinculación personal y familiar con su padre, y con su familia paterna, contraviniendo los derechos a la libertad y a crecer y desarrollarse en familia de la menor, previstos en los artículos 5 y 8 del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que la pretensión del actor debe ser estimada en todos sus extremos, fijándose además un régimen de visitas para la parte demandada.

1.5 Dictamen del Fiscal Superior: Con fecha 13 de noviembre de 2020, la Fiscalía Superior en lo Civil y de Familia del distrito judicial de Lima Norte, remitió el Dictamen N.º 381-2020⁹, a través del cual Opinó que se declare Nula la sentencia de primera instancia, resolución N.º 10 del 19 de junio de 2020, por

⁹ De fojas 350 a 359.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

considerar que si bien se ha acreditado la conducta de la demandada de no cumplir con el régimen de visitas del actor, sin embargo, ello no constituye una razón lógica jurídica para la variación de la tenencia, y, en ese sentido el Juez de primera instancia habría emitido su decisión basándose sólo en circunstancias que acontecen entre las partes, y no ha recabado medios probatorios a fin de conocer la real situación física y/o psicológica de la menor en aplicación del Interés Superior del Niño, menos aún ha conocido su opinión, pues dispuso el juzgamiento anticipado del proceso sin audiencia, aplicando erradamente las reglas del proceso sumarísimo, contraviniendo los artículos 160 y 170 del Código de los Niños y Adolescentes que establecen que el presente caso se tramita como proceso único y que la audiencia es inaplazable.

1.6 Sentencia de segunda instancia: La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante Sentencia de vista contenida en la resolución N.º 18 del 15 de febrero de 2021¹⁰, resolvió **confirmar** la sentencia apelada emitida mediante resolución N.º 10 de fecha 19 de junio de 2020, que declaró **fundada** la demanda sobre variación tenencia de menor.

Como fundamentos señala básicamente los siguientes:

- i) Que la madre de la menor de iniciales I.K.R.M., doña Tania Karin Mejía Miralles, en efecto, no ha cumplido con la decisión de la Sala Civil que ordenó visitas con externamiento del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y, por el contrario ha formulado dos solicitudes de garantías personales que le fueron denegadas en segunda instancia, y también ha denunciado en dos oportunidades al actor por violencia familiar en agravio de ella y de su menor hija, y en las dos ocasiones tanto el Fiscal como el Juez han desestimado su denuncia;
- ii) Asimismo, la demandada ha solicitado la variación del régimen de visitas para dejar sin efecto el externamiento, pedido que también ha sido

¹⁰ De fojas 484 a 497.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

desestimado por el Juez, y, en esa ocasión también la exhortaron a cumplir con las visitas ordenadas judicialmente;

- iii) Que, el incumplimiento del mandato judicial de visitas con externamiento, por parte de la demandada, se encuentra acreditado, no sólo con su conducta procesal antes descrita, sino también con varias constataciones policiales que hizo el demandante para acreditar el incumplimiento de la madre, así como con la orden de detención por 24 horas por resistencia a cumplir con las visitas, motivos por los cuales la variación de la tenencia ha sido dispuesta conforme lo dispone el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes;
- iv) No obstante, ello, la variación de la tenencia deberá hacerse de forma progresiva y con asesoría del equipo multidisciplinario, conforme lo dispone el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes;
- v) Las afirmaciones de la demandada en el sentido que el demandante habría incumplido las visitas, que asistía a horas inconvenientes a visitar a la menor quien le rechazaba, y que no cuenta con soporte familiar, no se encuentran acreditadas objetivamente, y tampoco desvirtúan el hecho de que la demandada se resistió a cumplir con el régimen de visitas, por lo que dichas alegaciones deben desestimarse; y,
- vi) Finalmente, se debe considerar que el presente caso es sobre variación de tenencia por resistencia de la madre a cumplir con el régimen de visitas dispuesto judicialmente, y, por ello, no es necesario analizar el mayor tiempo de convivencia de la madre o la opinión de la menor que vive bajo el control de aquella, como se pretende en la apelación.

1.7 Dictamen del Fiscal Supremo: Con fecha 05 de junio de 2023, la Fiscalía Suprema de Familia, remitió el Dictamen N.º 35-2023-MP-FN-FSF¹¹, a través del cual Opinó que debe declararse Infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada Tania Karín Mejía Miralles, contra la sentencia de vista del 15 de febrero de 2021, por considerar que el presente caso versa sobre variación

¹¹ De fojas 59 a 70.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

de tenencia, siendo de aplicación el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes que contempla como causa para disponer la variación, la resistencia al cumplimiento del régimen de visitas lo cual ha sido imputado a la demandada, y, en ese sentido, no resultaba necesario analizar el mayor tiempo de convivencia de la madre o la opinión de la menor que vive bajo el control de aquella; asimismo, que no se podría dar una valoración distinta a las constataciones policiales respecto a la voluntad de la menor, pues ello implicaría una revaloración de pruebas que no es objeto del recurso de casación.

SEGUNDO.- Sobre el recurso de casación.

2.1 El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que sólo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que este medio impugnatorio tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, su fundamentación por parte del recurrente debe ser clara, precisa y concreta indicando ordenadamente cuál o cuáles son las infracciones normativas que se denuncian y, en su caso, el precedente judicial del que se aparta la impugnada.

2.2 De conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29364: “El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”, asimismo, de acuerdo al artículo 386 del mismo Código: “El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”.

2.3 La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación de las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución,

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

originando con ello que la parte que se considere afectada pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el artículo 386 del Código Procesal Civil, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo, además, la contravención de normas de carácter adjetivo.

TERCERO.- Solución del caso.

3.1 Habiéndose declarado procedentes, tanto denuncias sustentadas en infracciones de normas procesales como en infracciones de normas materiales, corresponde en principio, efectuar el análisis del error procesal, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto del denunciado error material, referido al derecho controvertido en la presente causa.

3.2 Cabe precisar, que estando al carácter extraordinario y eminentemente formal del recurso de casación, el análisis del mismo se circunscribirá únicamente a las causales que han sido denunciadas y declaradas procedentes en el auto calificadorio del recurso, no correspondiendo emitir pronunciamiento respecto a infracciones normativas o apartamientos inmotivados del precedente, no denunciados en el recurso.

CUARTO.- Análisis de las causales invocadas

Con relación a las causales de *Infracción normativa de los incisos 3 y 4 del artículo 122 y del artículo 197 del Código Procesal Civil, y de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.*

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

4.1 El artículo 139 inciso 3) de nuestra Constitución Política del Perú consagra como principio rector, dentro del ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional. El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, permite a toda persona acceder al órgano jurisdiccional solicitando que se ampare una determinada pretensión, y que, a través de un proceso justo, se obtenga una sentencia fundada en derecho que, de ser el caso, pueda ser eficazmente cumplida.

4.2 La exigencia de que las decisiones judiciales sean debidamente motivadas, prevista en el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado, en concordancia con los incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, garantiza que los Jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Impartir Justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley. En ese sentido, debe verificarse la observancia del principio de congruencia en las resoluciones judiciales, el cual constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida, impidiéndosele fallar sobre puntos que no han sido objeto de litigio.

4.3 Sobre el derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional en la STC N.º 01126-2012-PA/TC ha señalado lo siguiente: *“10. El derecho a la prueba es un derecho complejo cuyo contenido, (...), está determinado: (...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia”*,

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

asimismo, sobre la valoración de la prueba, el artículo 197 del Código Civil, establece que: *“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”*.

4.4 Cabe señalar, que, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, Casación N.º 4664-2010-Puno, la Corte Suprema estableció como precedente vinculante 1., 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, (...)”*.

Argumentos de la recurrente respecto a sus causales procesales de casación.

4.5 Respecto a las causales procesales denunciadas, la recurrente **Tania Karin Mejía Miralles** alega básicamente lo siguiente:

- i) Que se ha contravenido el deber de motivación al no haberse explicado por qué se considera que lo señalado en la constatación policial del 11 de noviembre de 2018, no constituye un rechazo categórico de la menor hacía su padre, cuando en dicha oportunidad señaló que no quería ir con su padre;

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

- ii) Se ha vulnerado también el deber de motivación al haberse concedido la variación de tenencia a favor del demandante sin haber mediado prueba alguna que considere la real situación física y/o psicológica de la menor, y sin aplicar el interés superior del niño, teniendo en cuenta que la variación de tenencia implica desarraigarla causándole daño emocional, más aún que el demandado no podrá cuidarla personalmente ya que se encuentra trabajando en un horario extenso;
- iii) Asimismo, tampoco se motivó respecto al Informe Psicológico N.º 005-19-PSI-CSJLN-PJ-CT del 08 de enero de 2019, que acreditó el rechazo total de la menor hacia su padre, ni respecto del Informe Psicológico N.º 731-2016-PSI-CSJLN-PJ, en el cual se indica que el demandante debe someterse a una terapia psicológica, lo cual nunca acató;
- iv) Tampoco se dispuso que el equipo multidisciplinario se pronuncie sobre la situación de su menor hija, y de ambos padres, ni se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, conforme al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes; y,
- v) No se han valorado conforme al artículo 197 del Código Procesal Civil, los medios probatorios que presentó como las constancias y certificados de curso de verano, clases de natación, de matrículas y de estudios.

Sobre la protección de la familia como derecho constitucional

4.6 Con relación al deber de protección a la familia como derecho constitucional, esta Sala Suprema ha señalado en la **Casación N.º 2439-2019-Loreto**¹², lo siguiente: *“4.10 La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*¹³. *La protección de la familia como derecho fundamental, se justifica en función a su propia naturaleza, como*

¹² De fecha 18 de abril de 2024.

¹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16 numeral 3.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

aquel espacio en el que toda persona es protegida, obtiene sus primeros aprendizajes, empieza a formar su identidad y desarrolla sus primeras experiencias, que lo prepararán para entrar en contacto con la sociedad, lugar en donde la familia continuará siendo su soporte a lo largo de toda su vida, asimismo, la importancia de la familia para la sociedad radica en que es el lugar donde se transmiten de generación en generación los valores y tradiciones propios de cada sociedad, es decir, donde se forma y se refuerza la propia identidad social, en ese sentido, la importancia de la familia no radica únicamente en la formación de individuos, sino que se extiende a todo el entramado social, y es por ello, que todos compartimos la responsabilidad de protegerla”.

4.7 También se ha indicado que, la protección de la familia como derecho fundamental, se encuentra reconocida además en otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”¹⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶; asimismo, que es una creación social y espontánea, donde sus integrantes están unidos por lazos afectivos, se procuran cuidados mutuos y comparten responsabilidades para su sostenimiento, por lo que, su importancia trasciende al individuo y se consagra como célula básica de la sociedad¹⁷.

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”: “Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

¹⁷ En la STC N.º 06572-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional ha señalado: “10. (...) la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, “su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional”, es pues, “agente primordial del desarrollo social”.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

4.8 En ese sentido, nos reafirmamos en que, conforme al marco constitucional, jurisprudencial y supranacional mencionado, se desprende, un correlativo y especial deber de protección de la familia por parte del Estado, a través de todas las instituciones que lo conforman, y respecto de todos los ámbitos que involucran a la familia, que constituyen un mandato de optimización de dicho derecho y que configura propiamente aquello que venimos a denominar el **interés superior de protección de la familia**.

Sobre la protección de los derechos del niño como derecho constitucional

4.9 La protección de los derechos del niño tiene reconocimiento tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno, como a través de importantes instrumentos internacionales, de los cuales el Perú es parte. **La Declaración de los Derechos del Niño** aprobada por las Naciones Unidas en 1959, establece a través de diez Principios, un conjunto de derechos fundamentales inherentes a todos los niños sin distinción alguna, de los cuales resulta pertinente citar los siguientes: Principio 2: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*; Principio 6: *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...)”*; y, Principio 7: *“(...) 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”*.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

4.10 Asimismo, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** adoptado por las Naciones Unidas en 1966, establece en sus artículos 23 y 24, lo siguiente: “1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.* 2. *Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. (...).* 4. (...). *En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos*”; y, “1. *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (...)*”. Además, en el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** aprobado por las Naciones Unidas el mismo año, se estableció en su artículo 10, lo siguiente: “(...) 1. *Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (...)* 3. *Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición*”.

4.11 Posteriormente, en la **Convención sobre los Derechos del Niño** aprobada por las Naciones Unidas en 1989, se señala, que en el convencimiento de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias, así como, reconociendo 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, y establece un conjunto de derecho y garantías a favor de los niños, resultando pertinente citar las siguientes artículos: “*Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los*

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (...); “Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (...). 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o 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, “Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

4.12 En nuestro país, el **artículo 4 de la Constitución Política del Estado**, consagra que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...). También protegen a la familia (...);* con relación a este derecho constitucional, el **Tribunal Constitucional** en la STC N.º 01817-2009-PHC/TC¹⁸, ha señalado que: *“6. (...) el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone*

¹⁸ De fecha 07 de octubre de 2009.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. 7. En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. (...)”.

4.13 Asimismo, el **artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, establece lo siguiente: *“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”*; con relación al interés superior del niño, el **Tribunal Constitucional** en la STC N.º 02079-2009-PHC/TC¹⁹ ha señalado 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. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es*

¹⁹ De fecha 09 de setiembre de 2010.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, (...)”.

4.14 En ese sentido, existe un especial deber de protección de los derechos del niño, reconocido constitucional y convencionalmente, que ha sido desarrollado a través de la jurisprudencia constitucional nacional, como del sistema internacional de defensa de los derechos humanos. Conforme a dicho marco normativo, el niño merece una especial protección en principio por parte de sus padres, como también por parte del Estado y de la sociedad en general, ello se debe a su estado de gran vulnerabilidad y su insipiente desarrollo, que no le permiten ejercer por sí mismo sus derechos, ni oponer aquellos agravios que pueda sufrir, más aún, teniendo en consideración que los traumas y problemas de la infancia tienen el potencial de afectar todo su desarrollo, así como su vida adulta, lo cual redundará finalmente en perjuicio de la misma sociedad.

Sobre el concepto del interés superior del niño

4.15 Ciertamente, el **interés superior del niño**, es un concepto jurídico indeterminado, pues el ordenamiento jurídico no contempla toda aquella variedad de circunstancias generales y particulares que puedan afectar a un niño, ni qué medidas específicas deben adoptarse en todos y cada uno de esos distintos casos para salvaguardar el interés superior del niño, más aún, teniendo en consideración que en un mundo en constante cambio, los peligros a los que

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

pueden exponerse los niños pueden ser muy diversos y complejos²⁰. Sin embargo, el interés superior del niño, como se pasará a explicar, no es una simple declaración de intenciones²¹, es un derecho realizable, un principio y una norma de procedimiento, que debe ser establecido, aplicado y explicado en cada caso concreto.

4.16 Los elementos esenciales del concepto interés superior del niño, han sido definidos por el **Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas**, a través de la **Observación general N.º 14** sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la CDN) del 29 de mayo de 2013, en dicho documento, se desarrolla el concepto, de la siguiente manera:

“6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.*
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que*

²⁰ “11. El interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución”. **Observación general N.º 14** sobre el derecho del niño. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Párrafo 11. 29/05/13.

²¹ **Casación N.º 3009-2016-ICA** del 22/06/17: “**Segundo.**- (...) el Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente; principio que está recogido en los artículos 3.1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual no es una simple declaración de intenciones, de carácter abstracto e indeterminado, sino constituye una regla jurídica de aceptación universal y de obligatorio cumplimiento, por parte de los estados aceptantes, la sociedad, la comunidad y la familia, a fin de lograr la mayor cautela de los derechos de los más vulnerables, más aún, si estos derechos son de conocimiento de los órganos jurisdiccionales”.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

- c) *Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.*

4.17 En nuestro ordenamiento jurídico, la **Ley N.º 30466**²² estableció los *parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*, en el marco de lo señalado por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la antes citada Observación General 14, y lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes²³. Dicha Ley precisa en su artículo 2, que: *“El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y*

²² Publicada el 17/06/16.

²³ **Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. “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”.*

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

adolescentes, garantizando sus derechos humanos". Asimismo, en su Reglamento aprobado por **Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP**²⁴, se desarrolla la regulación de los respectivos parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

4.18 En ese sentido, el interés superior del niño constituye aquello que más conviene al menor dentro de sus particulares circunstancias, lo cual sólo se puede determinar a partir de un adecuado conocimiento del estado en que se encuentra el niño (salud física y psicológica), de sus condiciones familiares específicas (con quienes vive, quien lo atiende, si tiene o no contacto con su familia extensa, etc), conocer su proceso de desarrollo en forma integral²⁵, cómo desempeña sus distintas actividades (curriculares, extracurriculares, de recreación, entre otros), conocer su propia opinión en función a su edad y grado de madurez, entre otros aspectos relevantes, y, frente a ello, aplicar las soluciones pertinentes, con el debido grado de creatividad y flexibilidad²⁶ que permitan alcanzar tanto la protección como el pleno desarrollo del niño.

De la tenencia monoparental a la tenencia compartida

4.19 De conformidad con el **artículo 418 del Código Civil**, *"Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores"*, asimismo, el **artículo 423 inciso 5)** del mismo Código señala que: *"Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (...) 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario"*; en ese

²⁴ Publicado el 01/06/18.

²⁵ "12. (...). El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como "concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño". **Observación general N.º 5** sobre el derecho del niño. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Párrafo 12. 03/10/03.

²⁶ "34. La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil". **Observación general N.º 34** sobre el derecho del niño. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Párrafo 11. 29/05/13.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

sentido, la tenencia de los hijos menores de edad es un atributo de la patria potestad, que a su vez corresponde a cada uno de los padres.

4.20 La **tenencia** se encuentra regulada de manera especial en el Capítulo II del Libro Tres del **Código de los Niños y Adolescentes**, sin embargo, dicha regulación ha seguido un proceso de modificaciones que resulta pertinente describir. Inicialmente, la tenencia era únicamente *monoparental*, es decir, recaía en uno sólo de los padres, excluyendo al otro a quien se le fijaba un régimen de visitas, lo cual se determinaba por acuerdo entre ambos padres tomando en cuenta la opinión del niño, o, en su defecto, por decisión del juez especializado (artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes texto original²⁷).

4.21 Posteriormente, a través del artículo 1 de la **Ley N.º 29269**²⁸ del 17 de octubre de 2008, se **modificó el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, incorporándose la *tenencia compartida* como una facultad del juez en caso de no existir acuerdo entre los padres, o en caso que el acuerdo resulte perjudicial para los hijos, sin embargo, la *tenencia monoparental* seguía siendo la regla. Finalmente, mediante el artículo 2 de la **Ley N.º 31590**²⁹ del 26 de octubre de 2022, se **modificó nuevamente el artículo 81 del Código de los**

²⁷ **Código de los Niños y Adolescentes. “Artículo 81 (texto original). Tenencia.-** Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”.

²⁸ **Código de los Niños y Adolescentes. “Artículo 81 (modificado por el art. 1 de la Ley N.º 29269 del 17/10/08).- Tenencia.-** 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”.

²⁹ **Código de los Niños y Adolescentes. “Artículo 81 (modificado por el art. 2 de la Ley N.º 31590 del 26/10/22). Tenencia compartida.** Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.

Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial. De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente”.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Niños y Adolescentes, estableciéndose, esta vez, como regla la *tenencia compartida*, es decir, que la tenencia de los niños y adolescentes es asumida por ambos padres, excepto cuando ello no fuera posible, o resulte perjudicial para el menor, correspondiendo a ambos padres determinar la tenencia compartida, tomando en cuenta el parecer del menor, y sólo en caso de no existir acuerdo, el Juez deberá otorgar como primera opción la tenencia compartida, siendo excepcional la tenencia monoparental o exclusiva de uno de los padres, salvaguardándose en todo momento el interés superior del niño.

4.22 Cabe hacer presente, que mientras la *tenencia monoparental* fue la regla, el conflicto jurídico sobre la tenencia, giró en torno a los intereses de ambos padres, y, en ese sentido, básicamente toda la actuación probatoria desarrollada en el proceso, se orientaba a desacreditar a la contraparte buscando desconocer sus aptitudes como padre o madre, deslegitimándose mutuamente con el fin de obtener la tenencia, incrementándose la conflictividad en perjuicio del propio menor, todo ello, en lugar de centrar el proceso en lo que era realmente su objeto, es decir, el bienestar del menor.

Sobre la tenencia compartida

4.23 La *tenencia compartida* o *coparentalidad* a nivel de la doctrina, es entendida como aquella en la cual: “(Varsi) ... *ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera **alternativa y temporal** con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable*³⁰, asimismo, hay otros autores, que consideran que la tenencia compartida, significa: “(Lathrop)... *que los hijos pueden convivir*

³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia, Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2012. P. 375.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

*con sus progenitores por periodos **alternos o sucesivos**, en cuyo lapso de tiempo ejercen sin exclusión los derechos y funciones que deriven de la autoridad parental. Bajo esta doctrina, únicamente se encuentra en discusión con qué progenitor residirá el hijo y cuál de ellos le brindará de forma continua o diaria los cuidados personales³¹, además, otros conceptos sobre la tenencia compartida, la consideran como: “(Sánchez) ... la situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus progenitores y que tiene por **objeto**, el cuidado, la educación y la formación integral de aquel por parte de este o estos³², o, “(Bermudez) ... el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la **autoridad parental** respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos³³, también que: “(Ochoa) ... tiene la **finalidad** de permitir a los hijos menores de edad seguir **manteniendo comunicación** con sus progenitores indistintamente. Asimismo, permite a los progenitores ejercer su responsabilidad parental, así como mantener comunicación con sus hijos, participando de la crianza y educación de los mismos³⁴, y que es: “(Bravo) ... el ejercicio conjunto de todos los atributos que conforman la patria potestad, con la diferencia que los padres se encuentran separados (de hecho, o legal), reconociendo a ambos padres (padre y madre) el **derecho de tomar decisiones** respecto de sus hijos e hijas, **distribuir equitativamente** sus recursos, posibilidades, responsabilidades y deberes como si compartieran una vida en común. De otro lado, la tenencia compartida privilegia el derecho de los niños, niñas y adolescentes de **mantener inalterables las relaciones cercanas e inmediatas con ambos padres** (padre y madre) a pesar de la separación³⁵, asimismo, que: “(Domínguez, Fama y Herrera) ... es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y **distribuir***

³¹ OCHOA ESTRADA, Julia. Corresponsabilidad y coparentalidad en la tenencia compartida”. En Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura. Vol. 4, N.º 6, enero – junio, 2022. Pag. 20.

³² OCHOA. Op. Cit. P. 22.

³³ OCHOA. Op. Cit. P. 22.

³⁴ OCHOA. Op. Cit. P. 22.

³⁵ BRAVO SOTO, Danaye Anyel. La Tenencia Compartida: ¿Problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes?. En Revista Sapientia & Justitia. FDPC Universidad Católica Sedes Sapientiae. Año 3, N.º 6. 2022. P.114.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales³⁶.

4.24 Como puede apreciarse, no existe en la doctrina una unidad de criterio respecto a qué debe entenderse por tenencia compartida, en algunos casos, la idea gira en torno a considerarla como la vivencia alternativa o temporal del menor con cada uno de sus padres, en forma secuencial o sucesiva, y en otros, la idea de tenencia compartida se centra en el objetivo de la misma que viene a ser el dotar de cuidados a los menores que se encuentran bajo el contexto de la separación de sus padres, el concepto también está referido a la coparentalidad o corresponsabilidad parental, esto es, que ambos padres en situación de separación sigan ejerciendo sus derechos y obligaciones de la patria potestad a través de una distribución equitativa de funciones, y, también se considera que la tenencia compartida tiene por finalidad que los menores tengan el derecho a mantener comunicación y mantener inalterables sus relaciones cercanas con ambos padres, a pesar de la separación. Sin embargo, términos como la alternatividad o temporalidad de la tenencia, el ejercicio compartido de las funciones de ambos padres, la comunicación y la conservación de las relaciones familiares, necesitan que se les dote de contenido, sentido y alcances, para poder entender mejor a la tenencia compartida.

4.25 En ese sentido, nosotros consideramos que la tenencia compartida se constituye como una expresión de la corresponsabilidad paterna que se ejerce de manera funcional a través de la activa participación de ambos progenitores en

³⁶ BRAVO. Op. Cit. P. 115.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

el reparto de tareas y cumplimiento de actividades destinadas a alcanzar el adecuado desarrollo integral del menor, y, al mismo tiempo, hacer posible que ambos padres puedan ejercer plenamente todos los atributos de la patria potestad, contemplados en el artículo 423 del Código Civil³⁷ y 74 del Código de los Niños y Adolescentes³⁸, precisándose que, un adecuado análisis de la idea de distribución de funciones entre ambos padres, nos permite apreciar que las distintas funciones que puedan ejercer no se excluyen entre sí, sino que por el contrario se complementan, a través de una participación activa en el cuidado y en todos los aspectos de la vida del menor.

4.26 Como se podrá comprender, cuando los padres están separados, sus funciones no se pueden dar de manera simultánea, sin embargo, la tenencia compartida se deberá construir como si los padres se encontrarán presentes, o acercarse lo más posible a dicha situación, pues la única diferencia que se debería derivar de la separación, es que las funciones diarias se distribuyen entre ambos padres, para continuar con la rutina diaria de los menores, como por ejemplo su traslado a su centro educativo, el control de las tareas, sus

³⁷ **CÓDIGO CIVIL. “Artículo 423.-** *Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:*

1.- *Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.*

2.- *Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.*

3.- **Numeral derogado** por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30403, publicada el 30 diciembre 2015.

4.- *Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.*

5.- *Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.*

6.- *Representar a los hijos en los actos de la vida civil.*

7.- *Administrar los bienes de sus hijos.*

8.- *Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004”.*

³⁸ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. “Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.-** *Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:*

a) *Velar por su desarrollo integral;*

b) *Proveer su sostenimiento y educación;*

c) *Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;*

d) *Literal derogado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30403, publicada el 30 diciembre 2015.*

e) *Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;*

f) *Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;*

g) *Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;*

h) *Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y*

i) *Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil”.*

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

atenciones médicas, citas de los padres al colegio, tal como ocurriría con cualquier pareja de padres que aún viven juntos, pues la relación con sus hijos se debe mantener inalterable, tanto más, si regularmente, en las familias tanto padres como hijos se encuentran fuera del hogar para cumplir sus respectivas labores (educativas y laborales), consecuentemente, la tenencia compartida implica tanto una distribución de funciones como el ejercicio de la corresponsabilidad parental, esto es, de los deberes y derechos y de los padres en la formación de sus menores hijos. La situación particular de cada familia, sus capacidades y posibilidades, son las que determinarán el diseño final del régimen de tenencia compartida, el mismo que se deberá ajustar a lo que sea más beneficioso para el menor.

4.27 La participación activa de ambos padres, se debe dar dentro de una relación de respeto de los padres para con sus hijos, y de mutuo respeto entre ambos padres, de la siguiente manera:

a) Relación de respeto entre ambos padres con sus hijos. La relación de ambos padres con sus hijos, debe permanecer libre y ajena a cualquier elemento del conflicto que haya motivado la separación de los padres, es decir, exenta de cualquier agente de conflictividad de la expareja, que pueda dañar el ejercicio de una sana relación entre padres e hijos durante el ejercicio de la tenencia compartida. El respeto hacia los hijos también se manifiesta con la activa participación de ambos padres en el diseño y ejecución del régimen de la tenencia compartida. Asimismo, implica la proscripción del Síndrome de Alienación Parental (SAP), y, en caso de incurrirse en dicha conducta, ello implicaría un comportamiento grave dentro del régimen de tenencia compartida, que puede dar lugar a una variación de dicho régimen.

b) Relación de mutuo respeto entre ambos padres. Las razones de la separación de ambos padres no deben repercutir en el ejercicio de la tenencia

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

compartida, ni en el trato respetuoso que debe mantenerse entre los progenitores del menor; en ese sentido, las comunicaciones entre ambos padres deberán estar referidas exclusivamente a asuntos relacionados al menor, y dichas comunicaciones no se podrán hacer de cualquier forma o en cualquier momento, sino que de manera consensuada ambos padres podrán establecer reglas de comunicación que deberán respetarse, como puede ser un horario, un medio de comunicación oficial o un aviso previo, salvo en casos de emergencias relativas al menor.

4.28 Por lo dicho hasta aquí, debe señalarse, que lo que se debe pretender con el ejercicio del régimen de la tenencia compartida es que la situación vivencial del menor, cuyos padres se han separado, se acerque lo más posible a la de una familia que no haya sufrido dicha ruptura, pues a partir de la activa participación de los padres, el mutuo respeto entre ellos y para con sus hijos, así como, teniendo claro el objetivo de dotar al menor de aquello que más le beneficie, dicha ruptura no tendría que afectarle en su relación de convivencia con ambos padres, pues no debemos olvidar que la separación se ha dado entre ambos padres, pero no entre estos y sus hijos, por lo que la familia subsiste, y se debe procurar su conservación y protección.

4.29 Además de lo establecido por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 31590, la tenencia compartida también encuentra sustento jurídico en los **artículos 18 numeral 1. y 27 numeral 2. de la Convención sobre los Derechos del Niño**³⁹, que contienen el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen

³⁹ **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:**

*“Artículo 18 .1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres tienen obligaciones comunes** en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.*

*“Artículo 27. (...) 2. **A los padres** u otras personas encargadas del niño **les incumbe la responsabilidad primordial** de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”. (El resaltado es nuestro).*

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, y, que incumbe a ambos la responsabilidad primordial de proporcionar en la medida de sus posibilidades, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño; además, en el **artículo 7** de la misma Convención⁴⁰ que establece el derecho del niño a ser cuidado por sus padres; asimismo, encuentra concordancia con lo establecido por los **artículos 8 y 74 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes**⁴¹, que establecen, entre otros, el deber de los padres de velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

4.30 El artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes⁴², establece que el padre o la madre que desee determinar la forma de tenencia compartida o exclusiva, lo puede hacer vía judicial adjuntando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento del menor y las pruebas pertinentes, asimismo, dispone la posibilidad de solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o exclusiva en respeto de los derechos del niño y la familia. Cabe señalar, que de conformidad con el **artículo 87** del mismo Código⁴³, el progenitor que no tenga el

⁴⁰ **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:**

“Artículo 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos**”. (El resaltado es nuestro).

⁴¹ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:**

“Artículo 8.- A vivir en una familia.- El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”.

“Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

a) Velar por su desarrollo integral; (...)”. (El resaltado es nuestro).

⁴² **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:**

“Artículo 83. Petición (artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 31590, publicada el 26 octubre 2022) El padre o la madre que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en respeto a los derechos del niño y la familia, el Juez debe resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada la medida cautelar”.

⁴³ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:**

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

hijo bajo su custodia podrá solicitar la tenencia provisional, sin embargo, dicha acción no procede como medida cautelar fuera de proceso. Asimismo, el **artículo 85** del Código de los Niños y Adolescentes, establece que el Juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

4.31 Estando al marco jurídico precedentemente citado, consideramos que la mejor forma de establecer un régimen de tenencia compartida adecuado a los fines legales, constitucionales y convencionales que pretende alcanzar (interés superior del niño, ejercicio de la patria potestad de ambos padres y protección de la familia), y que permita el pleno ejercicio de la coparentalidad, debe pasar por entender que, como se ha señalado, se debe procurar que el menor siga manteniendo con sus padres una convivencia normal que se acerque lo más posible a la vivencia de un menor cuyos padres no se han separado, y también pasa por involucrar principalmente y desde un inicio a **ambos padres**, en el **diseño y propuesta del régimen de la tenencia compartida** del menor, para lo cual, se deberán tener en cuenta los siguientes pautas:

1. La activa participación de ambos padres en el diseño del régimen de tenencia compartida, debe estar **enfocada única y exclusivamente en el interés superior del niño**, esto, es, en lo que le resulte más beneficioso al menor, y tendrá como **objetivo establecer una distribución de roles y funciones específicas** asignadas a cada uno de ellos, que puedan ejercer de manera conjunta o individual. Ambos padres son importantes en la vida del menor, y su participación activa es imprescindible para alcanzar el objetivo de protección y cuidado del menor, dentro del marco de comunicación y respeto mutuo.

“Artículo 87.- Tenencia provisional.-

Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en los plazos de veinticuatro horas.

En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.

No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso”.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

2. La propuesta sobre el régimen tenencia compartida deberá ser elaborada de común acuerdo por ambos padres, y de no ser ello posible, lo decidirá el Juez sobre la base de sus propuestas presentadas de forma separada.
3. En ambos casos, lo propuesto deberá ser evaluado por el juez de la causa, quien podrá realizar los cambios o ajustes que considere pertinentes antes de resolver, previo conocimiento del Ministerio Público, en atención a las pruebas actuadas y a los informes del equipo multidisciplinario, y, luego de oír al menor, de ser ello posible.
4. Si alguno de los padres no cumple con presentar su propuesta de régimen de tenencia compartida, ello implicará el quiebre de la regla de participación activa de ambos padres que impone el régimen de la tenencia compartida en su elaboración, y, en ese caso, el juez decidirá si a pesar de ello, procederá a dictar un régimen de tenencia compartida o, de ser el caso, disponer la tenencia monoparental o exclusiva.
5. El régimen de tenencia compartida funciona en tanto ambas partes mantengan su voluntad de participar en llevarlo adelante, y se quiebra con la no participación o ausencia de colaboración de los padres. La participación activa de ambos padres, es, además, una manifestación del debido respeto de los progenitores para con sus hijos, así como entre ambos, en el ejercicio de la coparentalidad.

4.32 Asimismo, se debe tener claro que la **tenencia** de menores en el derecho de familia y bajo el enfoque del interés superior del niño, no puede estar dirigida únicamente, ni agotarse en determinar en qué domicilio va a vivir el menor, sino que dicha institución jurídica debe ser apreciada en forma integral, por lo que el régimen de tenencia compartida del menor, debe ser establecido considerando toda la experiencia vivencial del menor, sus relaciones con sus padres y hermanos, con su familia extendida, abuelos, tíos y primos, su rutina diaria, sus actividades educativas y de recreación, entre otras, y, muy especialmente, el cuidado de su bienestar, físico, mental, espiritual y el pleno desarrollo de su

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

identidad personal, familiar y dentro de su comunidad, es decir, todo aquello que tenga que ver con su adecuado desarrollo integral, debiendo tenerse presente en todo momento que el interés de los padres está supeditado al interés superior del niño.

Críticas en el Perú a la tenencia compartida

4.33 Diversas críticas se han planteado alrededor de la aplicación del régimen de tenencia compartida, entre las principales se ha aludido al estado de desigualdad de las mujeres en el país, quienes en muchos casos no generan recursos económicos en la familia, por lo que los hijos preferirían estar con los padres, que para que su aplicación sea exitosa se debe contar con el consenso de ambos padres, o en su defecto con la intervención de un conciliador especializado en temas de familia⁴⁴. Asimismo, que se ha indicado que se debe tener en cuenta la realidad del Perú, pues es posible que la tenencia compartida funcione eficazmente en otros países, pero se trata de un contexto diferente⁴⁵. También se ha señalado que aun cuando el régimen de tenencia compartida prevé que el hijo debe pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores, en base a la igualdad de derechos y deberes de ambos padres, podría entenderse que el menor debe pasar la mitad del tiempo (de una semana o de un mes) con

⁴⁴ El profesor de Derecho de Familia, **Benjamín Aguilar Llanos**, señala lo siguiente: “No se ha tomado en cuenta, la situación del país; donde existe desigualdades no solo en lo económico, sino también en lo social; (...), en los lugares apartados de la capital, esta desigualdad existe solo en el papel, (...), considerando la posición del varón, como dominante de la mujer, es una realidad, y entonces bajo esa perspectiva cómo podría aplicarse la tenencia compartida; por otro lado la posición de la mujer con una sola función, la de cuidar el hogar e hijos, siendo el varón el proveedor de los recursos para atender al hogar, entonces ante un distanciamiento de la pareja, el hijo/a, al vivir con el padre, que es quien tiene los recursos, y luego trasladarse a vivir con la madre, que no genera recurso alguno, obviamente ese menor preferirá quedarse a vivir con el padre. Nuestro parecer no se decanta por descartar la tenencia compartida, siempre y cuando esta venga con una propuesta consensuada de las partes, la cual debería someterse a consideración de un conciliador especializado en temas de familia o, si fuera el caso, a un juez de familia, para la aprobación del régimen de tenencia compartida; pero si no es así, considerando las desigualdades de todo orden que existen en el país no es recomendable que venga como una imposición del juez, y que los padres e hijos tengan que resignarse a cumplirla, distanciando más a los padres, y posiblemente con efectos negativos para el hijo/a”. PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. Tenencia compartida. Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. Pp. 106 a 107.

⁴⁵ Las profesoras **Maricela Gonzáles Pérez de Castro y Patricia Anahí Lescano Feria**, consideran que: “Los países tienen diferentes realidades. En algunos resultará mejor la aplicación de la tenencia compartida como regla, pero en otros, como Perú, es obligatorio analizar el contexto y decidir acorde al caso en concreto”. PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. El interés superior del niño y la tenencia compartida en el Perú. Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. Pp. 165.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

cada progenitor, lo cual podría resultar ser perjudicial para el menor pues le generaría inestabilidad que le afectaría su desarrollo psicosocial⁴⁶.

4.34 Sin duda se trata de preocupaciones hasta cierto punto atendibles, que nos llaman a la reflexión respecto a cuál debería ser la mejor forma de interpretar y aplicar la nueva regulación sobre la tenencia compartida, de forma tal que responda a las particularidades propias de nuestra realidad nacional, y al mismo tiempo se proteja el interés superior del niño, así como el derecho del niño y el de los padres a mantener sus vínculos familiares, atendiendo a la satisfacción de las necesidades del menor, protegiendo su desarrollo integral, y procurando el cumplimiento de los deberes de ambos padres, teniendo en consideración además, que dichos lazos familiares merecen protección de la sociedad y del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

4.35 Sin embargo, el mandato constitucional de protección a la familia, no significa que los órganos jurisdiccionales deban aplicar en forma automática las nuevas modificaciones normativas, como ha venido sucediendo en la jurisdicción de familia con la dación de la Ley N.º 31590, que establece al régimen de tenencia compartida como regla, pues se ha venido disponiendo dicho régimen de forma preferente sólo porque así se encuentra ahora establecido legislativamente, tal como se aprecia, por ejemplo, en la sentencia de vista del 14 de diciembre de 2022, emitida en el Expediente N.º 01321-2021-0-1308-JR-

⁴⁶ La profesora **Elouise Calonge Aguilar**, considera que: “El inciso a) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes señala: “El hijo deberá pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores”; cuestión que nos preocupa al no haberse adoptado límites para su aplicación, pues de la forma como se encuentra previsto se puede entender que una semana es partida o dividida en dos partes, y el menor podría permanecer media semana con un progenitor y la otra media semana con el otro progenitor. Este razonamiento podría convertir al niño, niña y adolescente, cuya tenencia compartida se encuentra sub litis, en lo que Tornello define como un niño maleta, detonando en él los males de la figura jurídica: inseguridad, inestabilidad y sufrimiento; poniendo en riesgo o hasta vulnerando su derecho a la integridad personal (art. 4 del CNA)”. PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. ¿Tenencia compartida o tenencia partida?: una modificación normativa para garantizar el principio del interés superior del niño. Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. Pp. 196 a 197.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

FC-02⁴⁷, donde se establece un régimen de tenencia compartida dividido por periodos entre ambos padres en forma sucesiva, e incluso, se dicta un régimen de visitas para el progenitor que no viva con la menor en dichos periodos, sin tomarse en consideración, que el mandato constitucional de protección al menor y a la familia, encuentra sustento en principios y valores superiores que lo dotan de contenido, y que están establecidos en los distintos instrumentos internacionales que conforman el sistema de protección de los derechos humanos, especialmente aquellos referidos a la protección del menor, la corresponsabilidad parental y el derecho del menor a mantener los vínculos familiares con ambos padres, y a vivir en un ambiente sano y equilibrado, por lo que, se debe evitar lo que viene ocurriendo, esto es, que se aplique la tenencia compartida, como una tenencia exclusiva secuencial o alternada, y siguiendo la misma lógica de conflicto propia del momento en que la tenencia exclusiva era la regla, es decir, sobre la base de los intereses enfrentados de ambos padres, y no bajo una lógica de participación y colaboración de ambos progenitores, enfocada en el interés superior del niño y la coparentalidad, conforme se ha explicado en el punto 4.21 de la presente resolución, ni teniendo en cuenta el doble respeto de los padres hacia sus hijos, y entre los mismos padres, desarrollado en el punto 4.22.

Experiencia internacional sobre la aplicación de la tenencia compartida

4.36 En **España**, la tenencia compartida, denominada ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, se encuentra regulado por el artículo 95 del Código Civil, modificado por Ley 15/2005, en el cual se establece que ambos padres podrán acordar en el convenio regulador de su separación o divorcio el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, o cuando así lo acuerden de manera consensuada durante el transcurso del procedimiento de divorcio, requiriéndose que antes de su aprobación el Juez recabe el informe del

⁴⁷ Fuente SIJ del Poder Judicial.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Ministerio Fiscal, de considerarlo necesario se oiga a los menores, se valoren las alegaciones y pruebas recabadas, así como la relación que los padres tengan entre sí y con sus hijos, siendo que, excepcionalmente, cuando no haya acuerdo entre las partes, sea el Juez a instancia de uno de ellos, quien podrá disponer la guarda o custodia compartidas, previo informe del Ministerio Fiscal, fundamentando dicha decisión en que sólo de esa forma se protege el interés superior del menor.

Como puede apreciarse, en España se ha previsto que sean los propios padres concedores de sus propias y particulares circunstancias quienes definan su propio régimen de tenencia compartida, y sólo en caso de no hacerlo ellos lo hará el Juez, asimismo, no se aprecian mayores reglas o criterios sobre cómo debe establecerse dicho régimen compartido, estableciéndose sí reglas de procedimiento como es el caso que antes de su aprobación se deba recabar el informe del Ministerio Público, oír a los menores de considerarse necesario, y valorar las alegaciones y pruebas, así como valorar la relación familiar de los padres entre ellos y sus hijos; cabe agregar que en dicho país se prohíbe expresamente la tenencia compartida cuando cualquiera de los padres se encuentre procesado penalmente contra la vida o integridad del otro padre o de los hijos, o cuando existan indicios fundados de violencia familiar.

En cuanto a su aplicación, en España se vienen aplicando instrumentos que permiten gestionar de la mejor forma el conflicto entre los padres que deben ejercer la tenencia compartida de sus hijos menores de edad, entre los cuales se encuentran los siguientes: i) el Plan de Parentalidad, que viene a ser el acuerdo pacífico entre ambos padres que tiene como objetivo delimitar de mejor forma, todos los detalles relativos al ejercicio de la guarda y custodia del menor, como por ejemplo el lugar donde el menor vivirá habitualmente, las responsabilidades específicas de cada padre, la forma en la que se realizarán los traslados del menor, la forma de comunicación cuando los padres no se encuentren

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

físicamente en contacto con el menor, las estancias del menor en los periodos vacacionales, el tipo de educación, actividades extracurriculares, la transparencia entre ambos padres sobre la información concerniente al menor, la forma de adoptar decisiones, entre otras, además se trata de un plan que puede adaptarse a los cambios y a las nuevas necesidades que puedan surgir durante las diversas etapas de desarrollo del menor⁴⁸. Como podrá apreciarse, el Plan de Parentalidad resulta viable en el caso de padres que tengan entre sí un nivel de conflictividad bajo y de mutuo respeto medio o elevado; y, ii) Coordinador Parental, se recomienda su aplicación en los casos en que exista un alto nivel de conflictividad entre ambos padres, y se da a través de la participación de un profesional psicólogo, abogado o trabajador social con experiencia en mediación, para que asista a ambos padres a poder implementar su Plan de Parentalidad, ayudándolos a resolver sus diferencias en atención a las necesidades del menor

⁴⁸ Con relación al **Plan de Parentalidad**, la profesora española **Esther Alba Ferré**, ha señalado lo siguiente: “Se puede definir el plan de parentalidad como “... otro tipo de instrumentos de pacto específicos, como complemento o sustituto del convenio regulador, dirigidos a consensuar todos los detalles del ejercicio de la guarda y custodia, es decir, del régimen de estancias de los hijos con sus progenitores”. Este plan permitirá concretar de forma muy precisa cómo se ejercerán las responsabilidades parentales con los menores. (...). El Plan de parentalidad es un claro ejemplo del ejercicio de los principios de corresponsabilidad, de coparentalidad y principio contradictorio. (...)” (...), ha sido el Tribunal Supremo el encargado de introducir y recomendar a los progenitores elaborar un plan contradictorio sobre la forma en que se iba a ejercer la custodia, ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas (STS 29 noviembre 2013), (...). Serpa premisa necesaria para la adopción del sistema de custodia compartida y para la elaboración de un plan de parentalidad que los progenitores adopten “... una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario” según STS 11 febrero 2016. Se aboga por la mínima intervención judicial, salvo que se detecte daño al menor. A este respecto es muy clara la STS 14 febrero 2005 en lo que refiere al valor de los convenios entre los padres en relación a regular las relaciones paterno filiales, al reconocer un amplio campo de libertad en el ejercicio de la patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos, “... cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesiones o ponga en peligro al menor. (...). La doctrina del Tribunal Supremo mantenida en STS 26 octubre 2016, STS 5 diciembre 2016 y reiterada en STS 9 mayo 2017, ha determinado que la obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio. (...). Los planes pueden prever ... la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diversas etapas de la vida de los hijos y en realidad estos pactos se suelen modificar o extinguir ... por mutuo acuerdo, cuando cambien las circunstancias por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones (...), entre otras razones. En el plan contradictorio estamos estableciendo una verdadera propuesta de la custodia compartida, evitando cualquier tipo de inseguridad o desprotección del menor en lo que atañe a su cuidado y escolarización, ya que estarán precisados todos los posibles aspectos que le puedan afectar”. EL PLAN DE PARENTALIDAD Y EL COORDINADOR PARENTAL: HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/7026831>. Pp. 118 a 122.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

y conforme a las pautas establecidas por el Juez, quien es el que dispone su aplicación⁴⁹.

4.37 En **Italia**, la custodia compartida es la regla general mientras que la monoparental es la excepcional, en su artículo 155 del Código Civil italiano establece que el menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de sus padres, y a recibir sus cuidados y protección, además a conservar su relación con los integrantes de su familia extensa, con tal fin el juez, atendiendo al interés moral y material del menor, evaluará que en forma prioritaria el menor permanezca con ambos padres, o establece quien tendrá la tenencia del menor, determinando los tiempos y la forma en que tendrá contacto con ambos padres, así como la forma en que cada uno de ellos contribuirá al sostenimiento y cuidado del menor, contemplando además los acuerdos celebrados por ambos padres al respecto, en especial si se logró a través de un proceso de mediación familiar, se precisa, además, que las decisiones sobre el menor se adoptan de común acuerdo por ambos padres teniendo en cuenta la capacidad y aspiraciones del menor, y sólo en caso de

⁴⁹ Respecto al Coordinador Parental, la profesora española **Esther Alba Ferré**, ha señalado lo siguiente: “La coordinación de parentalidad es un proceso de resolución de disputas centrada en los hijos en virtud del cual un profesional de la salud mental, del ámbito jurídico o un trabajador social con formación y experiencia en mediación (el coordinador parental), asiste a los progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver sus disputas, educándolos con respecto a las necesidades de sus hijos con el consentimiento previo de las partes y/o del juzgado y tomando decisiones en base a los términos o condiciones establecidos en la resolución judicial.

Esta intervención deberá ser ordenada por el juzgado o acordada por los padres separados o divorciados en los que concurra un alto grado de conflicto o litigio con los hijos y por ello, está centrada en los hijos que se encuentren en riesgo, producido por la exposición a los conflictos presentes entre sus padres. Es aquí “... donde no alcanzan otros mecanismos como las terapias familiares, los puntos de encuentros o las intervenciones en seguimiento de los equipos psicosociales o de los servicios sociales, en donde se muestra eficaz la intervención en Coordinación de Parentalidad” (...).

Será la jurisprudencia la que sienta las bases mínimas relacionadas con el coordinador parental al considerarlos como una medida de auxilio judicial en asuntos donde existe un elevado conflicto interparental que coloca al menor en riesgo. (...). La STSJ de Cataluña 26 febrero 2015, que será considerada referente en esta materia, en su fundamento cuarto aclara el plano jurídico del coordinador parental presentándolo como “... un auxiliar o colaborador del juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de una nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas. En algunos casos el coordinador parental puede tomar decisiones vinculantes para la familia. Se organiza bajo los principios de especialidad, neutralidad y confidencialidad salvo la información que deba darse al tribunal”. Op. Cit. Pp. 124 a 126.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

desacuerdo la decisión corresponderá al juez⁵⁰, teniéndose mucho en cuenta que el menor tenga una residencia estable, por lo que se procura que viva en casa de uno de los padres sin que ello afecte el contacto con el otro.

4.38 En **Francia**, la Ley 2002-305 que modificó el Código Civil francés, estableció como regla general la custodia compartida y la convivencia alternativa del menor con los padres aun en caso de desacuerdo entre ellos, en su artículo 373-2 se establece que los padres deben conservar relaciones personales con el menor y respetar los vínculos con el otro padre, excepcionalmente podrá disponerse el uso de la fuerza pública para ejecutar lo acordado por las partes o lo dispuesto por el juez, asimismo, que el cambio de residencia de uno de los padres deberá ser informado al otro por tener incidencia en el ejercicio de la patria potestad, y la custodia exclusiva es excepcional y solo en atención al interés superior del menor⁵¹.

4.39 En **Argentina**, a la tenencia compartida se le denomina cuidado personal compartido⁵², asimismo, conforme a lo establecido por los artículos 649 y 650 del Código Civil argentino, cuando los padres no conviven, el cuidado personal del menor puede ser asumido por uno de ellos o por ambos, y, cuando es compartido puede ser a su vez alternado o indistinto, y será alternado cuando el

⁵⁰ Sobre la tenencia compartida en **Italia**, las profesoras **Maricela Gonzáles Pérez de Castro y Patricia Anahí Lescano Feria**, señalan lo siguiente: "(...), en el procedimiento el juez adoptará las medidas relativas a los hijos con exclusiva referencia a su interés. Evalúa, en primer lugar, la posibilidad de que los hijos menores queden confiados a ambos progenitores o establece a cuál de ellos los encomienda. Determina el tiempo y la modalidad de la estancia con cada padre, estableciendo además la forma de contribución al mantenimiento, cuidado, instrucción y educación de los hijos. Toma nota de los acuerdos alcanzados entre los padres, si no son contrarios al interés de los hijos, en particular si se alcanzan tras un proceso de mediación familiar. Adopta cualquier otra disposición relativa a los hijos, en caso de imposibilidad temporal de confiar el menor a uno de los padres.

La responsabilidad parental la ejercen ambos progenitores. Las decisiones de mayor interés para los hijos son de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta sus capacidades y aspiraciones. En caso de desacuerdo, la decisión queda en manos del juez también evaluará esta conducta a los efectos de modificar el régimen de custodia". Op. Cit. Pp. 157 a 158.

⁵¹ Maricela Gonzáles Pérez de Castro y Patricia Anahí Lescano Feria. Op. Cit. Pp. 159.

⁵² Con relación al **cuidado personal compartido**, **Gianella Santos Avellaneda**, cita la definición propuesta por **Neylio Abboud Castillo**, formulada en los siguientes términos: "Un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales". PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA. Tenencia compartida ¿a quién se busca beneficiar? Instituto Pacífico. Primera edición. Abril 2024. Lima. P. 315.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

menor pasa periodos de tiempo con cada uno de los padres según la organización y posibilidades de la familia, y será indistinto cuando el menor reside de manera principal en el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones sobre el menor y se distribuyen de modo equitativo las labores de su cuidado, además, el artículo 651 del mismo código establece que, sea a pedido de uno o ambos padres, o de oficio, el juez debe otorgar como primera alternativa el cuidado compartido del menor con la modalidad indistinta, a no ser que ello no fuera posible o resulte perjudicial al menor; se advierte además, que en el artículo 655 del mismo código, se contempla que los padres pueden presentar el plan de parentalidad relativo al cuidado del menor, que contenga los siguientes aspectos: a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada padre, b) responsabilidades que asume cada padre, c) el régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia, y, d) el régimen de relación y comunicación del menor cuando éste reside con uno de los padres, se indica también que el plan de parentalidad puede ser modificado por los progenitores en función a las necesidades de la familia y el niño en sus diferentes etapas, y que ambos padres deben procurar la participación del menor en el diseño del plan de parentalidad y en su modificación, finalmente, el artículo 656 del código civil argentino establece que si no existiera acuerdo o no se haya homologado el plan de parentalidad, será el juez quien debe fijar el régimen de cuidado del menor priorizando la modalidad compartida indistinta, excepto que sea más beneficioso para el menor el cuidado unipersonal o alternado, considerando además que cualquier decisión sobre el cuidado del menor deberá considerar aquellas conductas concretas de los padres que puedan lesionar su bienestar, encontrándose proscrita cualquier tipo de discriminación⁵³.

⁵³ Con relación a la tenencia compartida en **Argentina**, el profesor **Benjamín Aguilar Llanos** señala lo siguiente: *“Los padres pueden presentar al Juez un plan de Parentalidad (art. 651), es decir un acuerdo al que hayan llegado en el cual se prevé también la participación de los hijos afectados, respecto al lugar y tiempo que pasará el menor con cada uno de ellos (tanto en las fechas ordinarias como en los días festivos) las responsabilidades a la que se compromete cada progenitor, y el régimen de visitas o comunicación que se establecerá entre el niño o adolescente y ascendiente con el cual no conviva (cuando se haya convenido un cuidado personal unilateral)”*. Op. Cit. Pp. 107 a 108.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

4.40 En **México**, por la complejidad de su ordenamiento jurídico -existen 32 Códigos Civiles, uno por cada entidad federativa-, existen distintas posiciones respecto al establecimiento de la guarda y custodia compartida, así se puede señalar, que en el CC del Distrito Federal (artículos 282 y 283) las disposiciones sobre la tenencia de menores se dan de común acuerdo en forma provisoria o en la sentencia definitiva de divorcio, según el CC del Estado de Jalisco (artículo 415), la guarda y custodia compartida es la regla, según lo acordado por ambos padres, lo cual será revisado y aprobado por el Juez en salvaguarda del interés superior del niño, y según el CC de Puebla (artículo 452), en caso que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida, el juez en la sentencia de divorcio deberá garantizar que los padres cumplan con sus obligaciones de crianza.

4.41 Con relación a dicha regulación normativa mexicana, la profesora Gisela María Pérez Fuentes señala que dicho contexto normativo tiene como principio rector el interés superior del niño, y que para la permanencia de los menores con ambos padres -guarda y custodia compartida- se debe tener en cuenta: la situación familiar, la relación entre ambos padres, las circunstancias que dieron origen a su separación, la conducta de los padres con los menores, su residencia, la escuela del menor, las facilidades para el traslado y demás actividades del menor, asimismo, que la decisión sobre la tenencia del menor no debe atender a lo que le resulte menos perjudicial, sino que se debe buscar una solución que sea la más benéfica para él; respecto a las modalidades de guarda y custodia compartida señala las siguientes: a) que el menor permanezca en el que era el domicilio familiar antes de la separación, y que los padres tengan contacto con el menor en distintos momentos acudiendo a dicho domicilio, y, b) que ambos progenitores mantengan sus domicilios separados y sea el menor

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

quien cambie de domicilio en forma constante para que sus padres se hagan cargo de su cuidado⁵⁴.

4.42 La misma profesora Pérez Fuentes, citando el trabajo del profesor Cesare Massimo Bianca denominado *“La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida: primeras reflexiones”*, ha señalado que los beneficios de la tenencia compartida son los siguientes: *i)* las decisiones de mayor interés para los hijos son adoptadas por ambos padres; *ii)* garantizar el derecho a la identidad familiar en el crecimiento del menor, y, *iii)* escuchar al menor; y que, con relación al sostenimiento del menor por parte de ambos padres se deben considerar los siguientes elementos: *a)* las actuales exigencias del menor, en atención al principio de progresividad, *b)* el desarrollo de la vida del menor durante la convivencia con ambos padres, *c)* el tiempo de permanencia con cada progenitor, *d)* los recursos económicos de ambos padres, y, *e)* el valor económico de las tareas domésticas y de cuidado asumidos por cada padre⁵⁵.

Criterios para la aplicación de la tenencia compartida en el Perú conforme al Código de los Niños y Adolescentes

4.43 El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes⁵⁶, se establece, que en caso el Juez disponga la **tenencia compartida**, deberá tener en cuenta

⁵⁴ PÉREZ FUENTES, Gisela María. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN MÉXICO. UNA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. En: Actualidad Jurídica Iberoamericana N.º 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, Pp. 1434-1463. <https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/61.-Gisela-Ma.-Perez-pp.-1434-1463.pdf>.

⁵⁵ PÉREZ FUENTES. Op. Cit. Pp. 1438 y 1439.

⁵⁶ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:**

“Artículo 84. Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida (Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N.º 31590, publicada el 26 octubre 2022) *En caso de disponer la tenencia compartida, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:*

a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;
b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;
d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;
e. Las vacaciones del hijo y progenitores;

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

los siguientes **criterios**: **a.** el hijo deberá pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores, **b.** los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto de la educación, crianza, formación y protección del menor, **c.** la distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero será considerada, **d.** el hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna, **e.** las vacaciones del hijo y sus progenitores, **f.** las fechas importantes en la vida del menor, y, **g.** la edad y la opinión del menor, precisándose que la forma de tenencia compartida podrá ser modificada en función de las necesidades del hijo; además que, en caso el Juez decida por la tenencia exclusiva, dispondrá un régimen de visitas para el otro progenitor.

4.44 Si bien es cierto los mencionados criterios para la aplicación del régimen de la tenencia compartida, están dirigidos al supuesto en el cual el Juez disponga el régimen de tenencia compartida, sin embargo, como se ha indicado precedentemente, una vez que el Juez ha establecido que lo que más beneficia al menor es el régimen de tenencia compartida, se debe procurar que dicho régimen sea diseñado y establecido de manera conjunta por ambos padres, y sólo en caso de falta de acuerdo, sea el Juez quien defina lo pertinente. En tal sentido, consideramos que, en cada caso concreto, corresponde a los padres en principio, o al juez en forma supletoria, dar forma, contenido, alcances y límites a cada uno de los criterios establecidos por el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

4.45 Para ingresar al análisis de cada uno de los criterios en mención, corresponde precisar, que la tenencia compartida debe ser entendida y aplicada desde una perspectiva funcional o de cumplimiento de actividades por parte de

f. Las fechas importantes en la vida del menor; y

g. La edad y opinión del hijo.

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el Juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.

La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo”.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

ambos padres, orientadas a lograr el desarrollo integral del menor, bajo el contexto del desarrollo y protección de la familia; en ese sentido, el compartir la tenencia, implica que ambos padres podrán estar presentes en forma indistinta en todas las etapas del desarrollo del menor, la tenencia se convierte entonces en la posibilidad real para ambos padres de participar en la formación del menor ejerciendo sus deberes y derechos, en donde a través del diálogo y el respeto mutuo puedan tomar las decisiones concernientes a la vida del menor, compartiendo y repartiéndose las labores de su cuidado, más que con criterios equitativos, con una vocación común de lograr el bienestar del hijo.

4.46 Con relación al criterio referido a que el menor debe pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores, bajo el contexto antes descrito, este criterio no debe ser entendido en el sentido que el niño deba desplazarse periódicamente del domicilio de uno de los padres hacia el domicilio del otro, pues de ser este el sentido interpretativo de la norma, sólo se trataría de una tenencia monoparental secuencial, alternada y temporal, pero igual de exclusiva y excluyente entre ambos padres, ubicada dentro de la lógica del conflicto de los progenitores, y no orientada a procurar lo que más beneficie al menor, subordinándose de esta forma el interés superior del niño a los intereses particulares o comodidades de ambos padres, es decir, una interpretación que no se encontraría acorde a los principios constitucionales y convencionales de protección del menor y de la familia, y que en la práctica acarrearía inestabilidad en la vida del menor, como ha ocurrido en el presente caso, en donde por decisión de la Sala Superior sobre la tenencia de la menor, la misma deberá pasar de vivir en el domicilio de la madre - lugar en el que ha venido viviendo desde que nació hasta la actualidad en que cuenta con siete años- a vivir en el del padre, ocasionando un nivel de desarraigo con su entorno y su vida diaria. Por ello consideramos que este criterio referido a que el menor debe pasar igual periodo de tiempo con ambos padres, debe ser interpretado como la **posibilidad real de que ambos padres, en forma funcional, puedan ejercer sus deberes y derechos parentales, y**

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

puedan atender las necesidades y requerimientos de su menor hijo en el momento en que así se requiera, sea de manera presencial o incluso virtual o remota, en la forma que establezcan ambos padres en forma igualitaria, de modo consensuado y flexible, o en la forma que establezca el juzgado en caso de no haber acuerdo, teniéndose presente en ambos casos, el interés superior del niño, **independientemente del lugar donde se decida que debe vivir el menor.**

El perjuicio para el menor por tener que trasladarse de un domicilio a otro de manera constante, le generaría además de inestabilidad emocional, incertidumbre respecto al desarrollo cotidiano de sus diversas actividades. Más aún, si debe considerarse que tratándose de la tenencia compartida de un menor, en los términos que debe ser interpretada, la misma idea del tiempo resulta ser relativa, pues aun cuando un menor se encuentre físicamente en el domicilio de uno de sus padres, simultáneamente podría encontrarse desatendido en la satisfacción de sus necesidades diarias, por diversos motivos, ya sea la indiferencia de dicho padre o madre, o que por motivos del horario laboral, no pueda estar presente en su día a día, entre otras razones; así también, es probable que el progenitor con el que no vive el menor, le esté dando un tiempo de mejor calidad respecto del otro, por lo que, resulta más beneficioso y realista para el menor que ambos padres tengan la posibilidad de atender sus necesidades en el momento que se requiera, ejerciendo al mismo tiempo la coparentalidad, en lugar de pretenderse idealmente que el menor deba estar en presencia de ambos padres por igual periodo de tiempo, lo cual no resulta materialmente posible, ni tampoco resulta deseable por el bien del menor como ya se ha explicado.

En ese sentido, atendiendo a estas realidades y a fin de hacer viable la participación activa de ambos padres en la crianza del menor (coparentalidad), corresponde que ambos padres muestren un elevado compromiso para

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

establecer y mantener un canal de comunicación idóneo como whatsapp, teléfono, correo electrónico, o el que consideren más adecuado, que les permita hacer las coordinaciones pertinentes, única y exclusivamente referidas al debido y oportuno cumplimiento sus funciones como padres en beneficio del menor, y no en temas personales como ex pareja, así como para atender emergencias o cualquier eventualidad sobre el menor, o situaciones análogas.

Asimismo, corresponde a ambos padres, y de forma supletoria al Juez, acordar o decidir cuál debe ser el domicilio del menor, el cual podrá ser variado en atención al interés superior del niño. Mientras no haya acuerdo de las partes o decisión del juez, el menor deberá continuar viviendo en el domicilio en el que ha venido viviendo. Sin perjuicio de ello, los padres deberán ponerse de acuerdo respecto al uso del tiempo libre del menor, como fines de semana y vacaciones, como puede ser, por ejemplo, que pase dos fines de semana con cada uno de ellos en forma alternada, o que la mitad de las vacaciones las pase con cada uno de ellos, siempre y cuando no se le ocasione perjuicio de algún tipo.

El régimen de tenencia compartida, deberá ser diseñado con la mayor libertad posible considerando las verdaderas posibilidades de ambos padres, en base a reglas de convivencia flexibles y no inmutables, que permitan a ambos padres tener la posibilidad de atender cualquier necesidad del menor en forma inmediata, superando cualquier inconveniente que se pudiera presentar, como por ejemplo, coordinar entre ambos padres quién debe llevarlo y recogerlo del colegio, a sus consultas médicas, o actividades extracurriculares, compras de última hora, emergencias, resolver imprevistos, y en general cualquier actividad relacionada con su rutina diaria. Todo ello podrá encontrarse plasmado en un Plan de Parentalidad que será explicado más adelante.

En base a estas consideraciones, el criterio de la igualdad del periodo de tiempo del menor con ambos progenitores, como ha sido explicado, encuentra un

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

sentido interpretativo que permite realizar de forma más plena el interés superior del niño, así como el derecho del menor a crecer en un ambiente sano, armonioso, seguro, protegido y equilibrado, conforme a las normas legales, constitucionales y convencionales que han sido citadas, además, que dicha flexibilidad guarda concordancia con la parte final del **artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes** en el sentido que la forma de tenencia compartida podrá ser modificada en función de las necesidades del hijo.

4.47 Con relación al criterio de que los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto de la educación, crianza, formación y protección del menor, debe señalarse que el ejercicio de dicha igualdad de derechos de ambos padres para la toma de decisiones, debe estar orientado a la satisfacción de las verdaderas necesidades del menor, y de ninguna manera pueden servir como un instrumento que genere mayor conflictividad, o que tenga como objetivo obstruir o limitar el contacto de uno de los padres con el menor, así por ejemplo, respecto a la educación, los padres que tengan diferencias sobre las características del centro educativo (religioso o laico, etc), o qué religión profesará el menor, entre otras diferencias similares, deben respetar el derecho del otro padre en la toma de decisión, y, atendiendo al interés superior del niño, deberán adoptar una decisión consensuada considerando principalmente lo que más convenga al menor, y no sólo según sus propias y particulares convicciones, lo cual también deberá ser observado por el Juez en caso de no haber acuerdo de los padres; y lo mismo aplica respecto a las posibles diferencias que podrían surgir respecto a los principios de crianza y formación, así como respecto a la protección del menor, en su cuidado diario, seguros de salud, entre otros aspectos similares. Cabe señalar, que estos derechos igualitarios de ambos padres, no son ilimitados, siendo que su límite se encuentra en el bienestar del menor y en el mutuo respeto que se deben ambos padres, y que ambos le deben al menor.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

4.48 Con relación al criterio de que la distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma, debe indicarse que por distintos motivos, de residencia, laborales, entre otros, es posible que los padres del menor no vivan cerca uno del otro, sin embargo, bajo el régimen de tenencia compartida, la distancia del domicilio de los padres no puede constituir un impedimento para su ejercicio, pues considerando dicha circunstancia los padres deben acordar la mejor manera en que el menor pueda mantener el contacto con ambos, y en caso de no haber acuerdo lo deberá decidir el Juez; cabe tener en cuenta que aún en familias en los que los padres no se encuentran separados, se da el caso que uno de ellos por motivos laborales se debe ausentar por varios días, o incluso meses, del hogar, como podría ser en el caso del trabajo en Mina, o trabajo por temporada, entre otros, lo cual demuestra que la distancia no es un impedimento para conservar y mantener los vínculos familiares, así como para el normal desempeño de las funciones parentales, tanto más, si hoy en día las relaciones familiares no se limitan a la presencialidad, sino que, gracias a la tecnología, las familias también pueden estar en contacto en forma virtual y en tiempo real (audio y video), siendo una realidad que la virtualidad es un elemento presente -y necesario- en la convivencia, la cotidianeidad y el control parental al interior de las familias.

4.49 Con relación al criterio de que el hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna, debe señalarse que dicho criterio guarda concordancia con lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N.º 14 del año 2013⁵⁷, considerando 70. *“la conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y las tías (...), y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes”*; en ese sentido, bajo un régimen

⁵⁷ Observación general N.º 14 del 29/05/13, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

de tenencia compartida, ambos padres deben establecer, en el marco de la mayor flexibilidad posible y por el interés superior del niño, espacios para que el menor pueda integrarse con los demás miembros de la familia materna y paterna, así por ejemplo, en caso que el menor ya viva con la familia extendida materna, se podrá establecer que determinados fines de semana del mes los pueda pasar con la familia extendida paterna, y lo mismo puede establecerse respecto a las fechas u ocasiones especiales, como por ejemplo pasar la víspera de navidad en casa de la familia paterna y el día de navidad en la materna, y lo mismo con ocasión del año nuevo, y así, dicha alternancia puede darse en otras fechas especiales dependiendo de la religión que se profese o costumbres de la familia, en la medida que no se afecten las actividades curriculares y extracurriculares del menor, o que no le sea posible por motivos de salud u otras circunstancias, siempre teniendo presente en sus decisiones el interés superior del menor.

4.50 Con relación al criterio de considerar las vacaciones del hijo y progenitores, cabe indicar que al diseñarse el régimen de tenencia compartida la prioridad debe ser las vacaciones del menor, es decir, cuando no se encuentre desarrollando actividades educativas, y los padres deben procurar hacer coincidir sus vacaciones o parte de ellas en dichas fechas, acordando de manera consensuada las actividades vacacionales que podrán realizar con el menor, además, cabe tener en cuenta que existen disposiciones normativas como el Decreto Legislativo N.º 1405 que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familiar, que además modifica el artículo 17 del Decreto Legislativo N.º 713⁵⁸ que establece que el disfrute del periodo vacacional puede ser fraccionado.

⁵⁸ Que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

4.51 Con relación al criterio de tener en cuenta las fechas importantes en la vida del menor, debe señalarse que en un régimen de tenencia compartida es importante que como parte del ejercicio de la coparentalidad, y en la medida de sus posibilidades, ambos padres puedan estar presentes en las fechas importantes en la vida del menor como es el caso de eventos religiosos como bautizo, primera comunión, confirmación, etc; eventos académicos como graduaciones, competencias, premiaciones, actuaciones o participaciones artísticas, etc, entre otro tipo de actividades análogas de importancia en la vida del menor, pues se trata de eventos trascendentes en su formación.

4.52 Con relación al criterio de tener en cuenta la edad y opinión del niño, cabe indicar que ello guarda concordancia con lo establecido por el artículo 12 numeral 1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*, además, con el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: *“El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”*; en ese sentido, de acuerdo a la edad y madurez del menor se deberá escuchar o tomar en cuenta su opinión al momento en que ambos padres de manera consensuada, o el Juez en su defecto, diseñen y establezcan el régimen de tenencia compartida.

4.53 Con relación a estos criterios, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que la forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del menor, por tal motivo, el régimen de tenencia diseñado por los padres o por el juzgado no puede ser considerado rígido e inamovible, sino por el contrario flexible, ello con la finalidad de superar cualquier desavenencia entre los padres que pueda surgir en su ejecución. Debe recordarse, que en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Precedente 1.) se estableció

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

que en los procesos de familia, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se deben flexibilizar algunos principios y normas procesales en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, que en el caso de los procesos de tenencia es el menor, de conformidad con los artículos 4 de la Constitución Política del Estado.

4.54 Finalmente, consideramos, que aun cuando no están contempladas en nuestra legislación figuras como el Plan de Parentalidad y el Coordinador Parental -de experiencia en otros países-, resulta necesario proponer su aplicación en nuestro país para los casos en que exista baja o alta conflictividad, respectivamente, entre ambos padres al momento de determinar el régimen de la tenencia compartida. Como se ha indicado precedentemente, en los procesos de familia, como el de tenencia, el juez tiene facultades tuitivas y las normas de procedimiento deben flexibilizarse, con el fin de proteger al menor.

Sobre el Plan de Parentalidad: está constituido por un conjunto de disposiciones y reglas mínimas y esenciales para el ejercicio de la tenencia compartida del menor, que será de obligatorio cumplimiento por ambos padres. El Plan deberá ser inicialmente propuesto por cada uno de los padres en la etapa postulatoria (demanda y contestación), y se pondrá en conocimiento de la contraparte, invitándose a ambos para que presenten una Plan conjunto acordado y consensuado, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de conocidas ambas propuestas. De no presentarse el acuerdo conjunto, el Juez evaluará: a) si decide el Plan sobre la base de las propuestas presentadas, o, b) en caso lo considere necesario, disponer que previamente un Coordinador Parental (psicólogo o trabajador social integrante del equipo multidisciplinario), actúe como mediador o facilitador entre ambas partes para ayudarlos a elaborar el Plan, quien deberá reunirse con ambos padres y presentar su Informe final en un plazo de quince (15) días hábiles. En la etapa de audiencia y resolutoria, el Juez

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

evaluará la propuesta de Plan, conjuntamente con lo actuado en el proceso, y, de ser el caso, luego de haber oído al menor, asimismo, hará las modificaciones o ajustes que considere necesarios y lo aprobará como parte de la Sentencia. Sin perjuicio de ello, si las partes están de acuerdo en un Plan conjunto el mismo podrá ser objeto de Conciliación al interior del proceso, el cual se aprobará, de ser el caso, previo control jurisdiccional. En caso alguna de las partes no presente su propuesta de Plan de Parentalidad, el juez decidirá si a pesar de ello, dispone el régimen de tenencia compartida, o, de ser el caso, el de tenencia monoparental o exclusiva.

El Plan de Parentalidad -propuesto por las partes o aprobado por el Juez-, debe ser presentado con el siguiente formato:

PLAN DE PARENTALIDAD		
1	Nombre del Padre	
2	Nombre de la Madre	
3	Nombre del/los menor(es)	i. _____ Edad: _____ ii. _____ Edad: _____ iii. _____ Edad: _____
Ambos padres acuerdan suscribir el presente Plan de Parentalidad a fin de ejercer el régimen de tenencia compartida a favor de su(s) menor(es) hijo(s):		
4	Domicilio elegido donde vivirá el/los menor(es)	i. Ubicado en: _____ _____ Correspondiente a: () La Madre () El Padre ii. Otras personas con quienes compartirá el domicilio: 1. _____ 2. _____ 3. _____ 4. _____
5	Medio de	() Teléfono N.º _____

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

	comunicación oficial entre ambos padres. *Para ser utilizado en asuntos referidos al menor	() WhatsApp N.º _____ () Correo electrónico _____ @ _____ () Otros – Precisar: _____
6	Medio de comunicación oficial de cada uno de los padres con sus hijos	PADRE () Teléfono N.º _____ () WhatsApp N.º _____ () Correo electrónico _____ @ _____ () Otros – Precisar: _____ MADRE () Teléfono N.º _____ () WhatsApp N.º _____ () Correo electrónico _____ @ _____ () Otros – Precisar: _____
7	Obligación de compartir información sobre el menor	ACEPTA: Sólo a través del medio de comunicación oficial: (SI) (NO) Marcar los días autorizados para comunicación oficial: L (), M (), Mi (), J (), V (), S (), D () Rango horario para comunicación oficial: Los días indicados, desde las _____ hrs hasta las _____ hrs. Fuera ese rango, sólo para casos de emergencia: (SI) (NO)
8	Funciones y/o tareas a cargo de cada progenitor:	A CARGO DE: PADRE / MADRE i. Cuidado diario del menor en el domicilio. () () ii. Controles y atenciones médicas. () () iii. Gastos en alimentos () ()

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

		<p>iv. Gastos en vestimenta () ()</p> <p>v. Gastos de recreación () ()</p> <p>vi. Gastos educativos () ()</p> <p>vii. Gasto en actividades extracurriculares () ()</p> <p>viii. Gastos de seguro médico () ()</p> <p>viii. Otros – especifique: _____</p> <p>_____</p>
9	Actividades educativas	<p>i. Nombre del Colegio o Centro Educativo del menor: _____</p> <p style="text-align: right;">ACEPTA</p> <p>ii. El Colegio deberá comunicarse con ambos padres (SI) (NO)</p> <p>iii. Ambos padres serán convocados a las reuniones (SI) (NO)</p> <p>iii. Control de las tareas y aprovechamiento:</p> <p>(a) Padre</p> <p>(b) Madre</p> <p>(c) Ambos</p>
	Actividades extracurriculares	<p>i. Actividades extracurriculares que desarrollará el menor:</p> <p>(a) Deportes - precisar: _____</p> <p>(b) Idiomas - Precisar: _____</p> <p>(c) Artísticas - Precisar: _____</p> <p>(d) Otros - Precisar: _____</p>
10	Sobre el traslado del menor a sus actividades educativas y extracurriculares	<p>i. El traslado del menor al colegio estará a cargo de:</p> <p>(a) Madre</p> <p>(b) Padre</p> <p>(c) Movilidad</p> <p>(d) Otros _____</p> <p>ii) El traslado del menor a sus actividades extracurriculares está a cargo de:</p> <p>(a) Madre</p> <p>(b) Padre</p> <p>(c) Movilidad</p>

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

		(d) Otros _____
11	Fines de semana	Precisar con quién pasará el menor los fines de semana: (a) Madre (b) Padre (c) Alternado
12	Periodo vacacional del menor	Precisar cómo será el reparto del periodo vacacional del menor: (a) Vacaciones escolares de verano: i. Con el Padre desde _____ hasta _____ ii. Con la Madre desde _____ hasta _____ (b) Vacaciones escolares de medio año: i. Con el Padre desde _____ hasta _____ ii. Con la Madre desde _____ hasta _____
13	Feriados y días festivos:	Precisar qué días festivos pasará el menor con cada progenitor: i. Semana Santa (a) Padre (b) Madre (c) Alternado ii. Fiestas patrias (a) Padre (b) Madre (c) Alternado iii. Navidad (a) Padre (b) Madre (c) Alternado iv. Año nuevo (a) Padre (b) Madre (c) Alternado v. Otros días festivos Precisar: (a) Padre (b) Madre (c) Alternado

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

14	Fechas especiales del menor.	u del	Precisar con cuál de los progenitores el menor pasará las siguientes ocasiones especiales: i. Cumpleaños (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ ii. Ceremonias religiosas: bautizo, primera comunión, confirmación, entre otros, dependiendo del credo que se profese. (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ iii. Eventos académicos: graduaciones, actuaciones o participaciones artísticas, eventos deportivos, entre otros. (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ iv. En actividades extracurriculares: competencias, premiaciones, entre otros. (a) Ambos (b) Alternado – Precisar: _____ v. Otros – Precisar: _____					
Ambos padres suscribientes se comprometen al estricto cumplimiento de las reglas que contienen el presente Plan de Parentalidad. Sin perjuicio de ello, ambos padres dentro del marco de la más amplia funcionalidad, flexibilidad y en aras del bienestar del menor, podrán realizar los ajustes y/o las modificaciones que se consideren pertinentes, siempre y cuando las mismas se encuentren justificadas en el interés superior del menor.								
<table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 45%; border: none;">PADRE</td> <td style="width: 10%; border: none;"></td> <td style="width: 45%; border: none;">MADRE</td> </tr> <tr> <td colspan="3" style="border: none; text-align: center; padding-top: 20px;">JUEZ</td> </tr> </table>			PADRE		MADRE	JUEZ		
PADRE		MADRE						
JUEZ								

Sobre el Coordinador Parental: es un profesional psicólogo o trabajador social, integrante del equipo multidisciplinario y especializado en mediación familiar, que, en caso de disponerlo el juez de la causa, intervendrá en los procesos de tenencia o variación de tenencia para ayudar a los padres que presenten alta conflictividad, a elaborar el Plan de Parentalidad, reuniéndose con ellos a fin de

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

identificar y resolver aquellos aspectos en los cuáles mantengan sus diferencias. Luego de su designación tiene un plazo de quince (15) días hábiles para reunirse con ambos padres y presentar al Juzgado su informe final.

4.55 Con relación al uso e incorporación del Plan de Parentalidad y del Coordinador Parental, como herramientas destinadas a hacer viable la aplicación del régimen de tenencia compartida en el Perú, consideramos pertinente **remitir dicha propuesta al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial** para su correspondiente evaluación por las instancias pertinentes, a fin que se contemple la posibilidad de emitir un Protocolo de uso o normativa correspondiente para su implementación y aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales del área de Familia. En tanto se evalúe y/o apruebe normativamente su uso y aplicación, se debe **recomendar** a los Jueces del área de Familia que en los casos de tenencia y variación de tenencia, se tomen en cuenta la posibilidad de aplicar las herramientas de Plan de Parentalidad y Coordinador Parental a fin de optimizar la aplicación del régimen de la tenencia compartida, asimismo, se **recomienda** a los abogados que intervengan en estos casos, para que en la etapa postulatoria del proceso recomienden a sus patrocinados que propongan el Plan de Parentalidad para el ejercicio del régimen de la tenencia compartida, a fin de hacerlo más viable.

Sobre la variación de la tenencia

4.56 Los acuerdos y las decisiones judiciales emitidas con relación a la tenencia de menores, tal como sucede en otros procesos de familia, no tiene el carácter de permanente, sino que, bajo determinadas circunstancias que lo justifiquen en atención al interés superior del niño, puede disponerse su variación.

4.57 La variación de la tenencia de menores, se encuentra regulada por el **artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes**, y también ha sido objeto

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

de modificación. Su texto original disponía de manera genérica, que en caso de ser necesaria la variación de la tenencia, el Juez podía disponerlo con asesoría del equipo multidisciplinario⁵⁹ en forma progresiva, o excepcionalmente, en caso de peligro para el menor, se podía disponer su cumplimiento en forma inmediata.

4.58 Posteriormente, el **artículo 82** del Código de los Niños y Adolescentes⁶⁰, fue **modificado** por el artículo 2 de la **Ley N.º 31590**⁶¹, estableciéndose que la tenencia compartida o exclusiva establecida por conciliación extrajudicial o sentencia firme, podía ser variada por una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado, señalando además que para la variación de la tenencia el Juez deberá tomar en cuenta la conducta del progenitor que estuviera al cuidado del niño, específicamente si su conducta estuvo dirigida a dañar o destruir la imagen del menor hacía el otro progenitor, en forma continua, permanente o sistemática, si no permitió de manera injustificada la relación entre

⁵⁹ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:**
"EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO.

Artículo 149.- Conformación.-

El Equipo Multidisciplinario estará conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales. Cada Corte Superior de Justicia designará a los profesionales de cada área, los que ejercerán sus funciones en forma obligatoria en cada Juzgado que ejerza competencia en niños y adolescentes.

Artículo 150.- Atribuciones.-

Son atribuciones del Equipo Multidisciplinario:

- a) Emitir los informes solicitados por el Juez o el Fiscal;
- b) Hacer el seguimiento de las medidas y emitir dictamen técnico, para efectos de la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes; y
- c) Las demás que señale el presente Código".

⁶⁰ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:**

"Artículo 82. Variación de la Tenencia. (modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 31590, publicada el 26/10/22)

Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.

Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, haya realizado las siguientes conductas:

- a. Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.
- b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.
- c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.

En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño.

El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.

Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato".

⁶¹ *De fecha 26/10/22, la misma ley que modificó el artículo 81 del CNA estableciendo el régimen de tenencia compartida como regla, y la tenencia exclusiva o monoparental como excepción".*

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

ellos, y si no respetó los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas, lo cual guarda concordancia con el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes⁶²; asimismo, se establece que en caso de haber la imposibilidad que uno de los progenitores tenga contacto físico con el menor, se pueda disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, de la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental, siempre que no perjudique el interés superior del niño, finalmente, se establece que la variación de tenencia debe darse en forma progresiva y con la asesoría del equipo disciplinario, salvo que por circunstancias que así lo ameriten, y por decisión motivada, se deba disponer su cumplimiento en forma inmediata.

4.59 Bajo ese contexto normativo, debe señalarse que dentro de un enfoque constitucional de protección al menor -explicado anteriormente-, cuando se encuentre vigente un régimen de tenencia compartida, el pedido de variación de tenencia no debe implicar únicamente el retorno a una tenencia exclusiva por parte de uno de los padres, debiendo el juez considerar las siguientes opciones:

1. Conservar el régimen de tenencia compartida con modificaciones.

Cuando se pretenda la variación de un régimen de tenencia compartida ya existente, el Juez designará un Coordinador Parental (profesional psicólogo o trabajador social, integrante del equipo multidisciplinario y especializado en mediación familiar), para que se reúna con ambos padres e identifique previamente cuáles son los problemas o desavenencias de los padres, así como las nuevas necesidades del menor, u otras circunstancias, que vengán dificultando el ejercicio normal del régimen de tenencia compartida fijado, luego de lo cual presentará un informe al juez con las posibles opciones de modificación del Plan de

⁶² **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:**

“Artículo 91.- Incumplimiento del Régimen de Visitas.- El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso”.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Parentalidad fijado dentro del régimen de tenencia compartida, ello a fin de procurar no someter al menor a cambios innecesarios en su rutina o en su entorno, que puedan afectar su normal desarrollo, y, siempre y cuando no se ponga en peligro con ello la seguridad o el bienestar del menor, lo cual será evaluado por el juez en su sentencia, conjuntamente con los medios probatorios e informes recabados en autos, y, de ser el caso oír al menor, con previo conocimiento del Ministerio Público.

2. Disponer la tenencia exclusiva a favor de uno de los padres. Si dentro del mismo régimen de tenencia compartida, por el bienestar del menor, no fuera posible realizar los ajustes que permitan su conservación, y siempre en atención al interés superior del niño, recién el Juez podrá considerar disponer su variación a uno de tenencia exclusiva, previa evaluación de los medios probatorios e informes recabados en autos, de ser el caso oír al menor, y previo conocimiento del Ministerio Público. En este caso, el Juez deberá tener en cuenta lo establecido por el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 31590, respecto a la conducta del progenitor que estuviera al cuidado del niño, el uso en forma provisional de medios digitales para mantener el vínculo parental, y la progresividad de la variación de la tenencia con la asesoría del equipo disciplinario, salvo que se deba disponer su cumplimiento en forma inmediata por la seguridad y el interés superior del niño.

Solución de las causales procesales denunciadas

4.60 Se tiene como **antecedentes**, que doña Tania Karin Mejía Miralles inició un proceso de Tenencia de menor en contra de Iván Salvador Ramírez Chiroque, **Expediente N.º 9214-2015**, respecto de su menor hija de iniciales I.K.R.M., respecto al cual el Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de Carabayllo,

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

emitió sentencia de primera instancia del 03 de octubre de 2017⁶³, declarando **fundada** la demanda, **otorgándose la tenencia y custodia** de la menor a favor de su madre **Tania Karin Mejía Miralles**, fijándose un régimen de visitas para el padre, de la siguiente manera: *sin externamiento* durante los seis primeros meses, todos los sábados de 08:00 hasta las 18:00 horas, y a partir del séptimo mes *con externamiento*, debiendo el padre recoger y devolver a la menor del domicilio materno, el segundo y cuarto sábados y domingos de cada mes, el día de cumpleaños del padre, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día, y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo, intercalados anualmente con la demandante, desde las 09:00 hasta las 15:00 horas del mismo día; dicha sentencia fue apelada por el demandado únicamente en el extremo correspondiente al régimen de visitas, por lo que la tenencia a favor de la madre de la menor quedó firme.

Asimismo, la Sala de Familia Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte de fecha 27 de junio de 2018, **confirmó** la sentencia en el extremo apelado que dispuso fijar un régimen de visitas para el padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, pero la **revocó** en el extremo que se dispuso el régimen de visitas *sin externamiento* durante los primeros seis meses, lo cual se declaró **improcedente**. En dicha sentencia de vista, también se *exhortó* a los padres de la menor a resolver de forma prudente, flexible y madura lo concerniente al régimen de visitas de la menor, indicándose que, si bien dicho régimen ya ha sido establecido, ello no impide que, en atención al interés superior de la menor, decidan lo mejor para su niña dejando de lado posturas personales que en nada benefician su normal desarrollo personal, físico y social.

4.61 Posteriormente, el demandante Iván Salvador Ramírez Chiroque inició en contra de la demandada Tania Karin Mejía Morales, un proceso sobre **variación de régimen de visitas**, **Expediente N.º 26549-2018**, el mismo que **concluyó a**

⁶³ Fuente: Consulta de Expedientes Judiciales – CEJ, página web del Poder Judicial.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

través de un acuerdo conciliatorio entre ambas partes, por el cual, el demandante se obliga a **no acudir con policías a la casa de la demandante** y tampoco llevar a la fuerza a la menor, y la demandada **se obliga a brindar todas las facilidades para que el demandante cumpla su régimen de visitas** ordenado en el Expediente N.º 9214-2015; dicho acuerdo fue aprobado en audiencia única del 14 de mayo de 2019⁶⁴, exhortándose a las partes el fiel cumplimiento de lo acordado.

4.62 En el caso de autos, el demandante **Iván Salvador Ramírez Chiroque**⁶⁵ interpone **demanda** solicitando la **variación de tenencia** de su menor hija de iniciales I.K.R.M. que fue otorgada a favor de la madre Tania Karin Mejía Morales en el Expediente N.º 9214-2015; como fundamentos de su pretensión señala básicamente que, a pesar de lo ordenado por sentencia judicial firme del 27 de junio de 2018 emitida en dicho proceso, no ha podido ejercer el régimen de visitas debido a que la demandada se ha opuesto reiteradamente a su cumplimiento. Si bien la demandada Tania Karin Mejía Miralles, fue declarada rebelde en el presente proceso⁶⁶, cabe señalar que a través de su escrito del 23 de julio de 2019⁶⁷ señaló que sí vino brindado las facilidades al demandante para ejercer el régimen de visitas, acordando que su acercamiento sea en forma progresiva, pero que el 11 de noviembre de 2018, su menor hija se asustó porque el accionante se presentó a su domicilio acompañado de la Policía, y la menor no quería ir con él.

4.63 Mediante **sentencia** emitida por el Juzgado Civil Transitorio de Carabayllo, mediante resolución N.º 10 del 19 de junio de 2020, se declaró **fundada** la demanda, y en consecuencia, se ordena la **variación de la tenencia** de la menor de iniciales I.K.R.M. que se había ordenado en el Expediente N.º 9214-

⁶⁴ Copiada a fojas 386 y 387.

⁶⁵ Con fecha 28 de noviembre de 2018

⁶⁶ Mediante resolución número 04 del 17 de julio de 2019 de fojas 137 a 138.

⁶⁷ De fojas 186 a 194.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

2015-0-0901-JR-FC-01 y que favorecía a doña Tania Karin Mejía Miralles, siendo que dicha tenencia es variada, y se ordena que la tenencia de la menor I.K.R.M. sea a favor del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, y se fija el **régimen de visitas** para la madre Tania Karin Mejía Miralles para que visite a su hija I.K.R.M. el segundo y cuarto sábado y domingo de cada mes desde las 9 de la mañana con retorno al hogar paterno a las 15 horas del mismo día, en el cumpleaños de la madre y los días de cumpleaños de la menor, navidad y año nuevo intercalados anualmente con el padre demandante siempre que no interfiera con los horarios de estudio o de descanso de la menor. Dicha decisión fue apelada por la demandada Tania Karin Mejía Miralles. Como fundamentos, el juez de la causa señaló básicamente que con la documentación policial presentada por el padre, se encontraría probada la conducta reiterada, permanente y dolosa de la demandada de no acatar los mandatos judiciales ordenados en la sentencia de vista del 27 de junio de 2018, cortando la libertad de su menor hija a ser feliz con ambos padres, impidiéndole en forma arbitraria tener vinculación personal y familiar con su padre, y con su familia paterna, contraviniendo los derechos a la libertad y a crecer y desarrollarse en familia de la menor, previstos en los artículos 5 y 8 del Código de los Niños y Adolescentes.

4.64 La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante **Sentencia de Vista** contenida en la resolución N.º 18 del 15 de febrero de 2021, resolvió **confirmar** la sentencia apelada, que declaró **fundada** la demanda sobre variación de tenencia de menor; como principales fundamentos el *Ad quem* señala que la madre de la menor de iniciales I.K.R.M., doña Tania Karin Mejía Miralles, en efecto, no habría cumplido con el régimen de visitas con externamiento del padre Iván Salvador Ramírez Chiroque, que fue ordenado en el Expediente N.º 9214-2015-0-0901-JR-FC-01, lo cual se encontraría acreditado, no sólo con su conducta procesal (pedidos de garantías, denuncias por violencia familiar y variación de régimen de visitas desestimados), sino también con diversas constataciones policiales que prueban su

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

incumplimiento, por lo que la variación de la tenencia a favor del padre en la sentencia apelada, ha sido debidamente dispuesta conforme lo dispone el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; asimismo, se precisa que en el presente caso la variación de tenencia se dispone por resistencia de la madre a cumplir con el régimen de visitas dispuesto judicialmente, y que, por ello, no resulta necesario analizar el mayor tiempo de convivencia de la madre o la opinión de la menor que vive bajo el control de aquella, como se pretende en la apelación. En ese sentido, se aprecia, que el *Ad quem* dispuso la variación de tenencia, únicamente considerando lo establecido por el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, y sin tomar en consideración, ni pronunciarse en forma fundamentada, respecto al Dictamen del Fiscal Superior del 13 de noviembre de 2020, a través del cual Opinó que se declare Nula la sentencia de primera instancia, por considerar que si bien se habría acreditado la conducta de la demandada de no cumplir con el régimen de visitas del actor, sin embargo, ello no constituye una razón lógica jurídica para la variación de la tenencia, y, en ese sentido el Juez de primera instancia habría emitido su decisión basándose sólo en circunstancias que acontecen entre las partes, y no ha recabado medios probatorios a fin de conocer la real situación física y/o psicológica de la menor en aplicación del Interés Superior del Niño, menos aún que haya conocido su opinión, pues dispuso el juzgamiento anticipado del proceso sin audiencia, aplicando erradamente las reglas del proceso sumarísimo, contraviniendo los artículos 160 y 170 del Código de los Niños y Adolescentes que establecen que el presente caso se tramita como proceso único y que la audiencia es inaplazable.

4.65 Con relación a las causales procesales de su recurso de casación, la recurrente **Tania Karin Mejía Miralles** señala básicamente, que se habría vulnerado el deber de motivación de las resoluciones judiciales, así como a la valoración conjunta de los medios probatorios, porque: *i)* no se habrían explicado las razones porque lo señalado por la menor en la constatación policial del 11 de

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

noviembre de 2018, no constituye un rechazo categórico de la misma hacia su padre, *ii)* no se habría actuado ningún medio de prueba respecto a la real situación física y/o psicológica de la menor, ni tampoco si el actor se encuentra en posibilidad de cuidarla en forma personal; *iii)* no se habrían valorado el Informe Psicológico N.º 005-19-PSI-CSJLN-PJ-CT del 08 de enero de 2019, ni el Informe Psicológico N.º 731-2016-PSI-CSJLN-PJ, con los que se acreditaría el rechazo de la menor hacia su padre y que el mismo debe recibir terapia psicológica, y que, asimismo, tampoco se valoraron las constancias sobre los estudios y actividades extracurriculares de la menor; y, *iv)* tampoco se dispuso el pronunciamiento del equipo multidisciplinario respecto a la situación de la menor y de ambos padres, ni tampoco se tuvo en cuenta la opinión de la menor.

4.66 Al respecto, corresponde señalar, que si bien el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que la resistencia al régimen de visitas podrá originar la variación de la tenencia, sin embargo, ello no constituye una regla absoluta, ni el único elemento a tener en cuenta para disponer la variación del régimen de tenencia de un menor, pues conforme a una interpretación literal de la misma norma citada, se advierte el verbo “*podrá*”, implica una facultad del Juez, por lo que, de conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Civil, correspondía que las instancias de mérito evalúen dicha conducta de manera conjunta con otros elementos de análisis relevantes para poder pronunciarse sobre la variación de la tenencia de la menor, y, en ese sentido, sí se verifica la infracción de la norma procesal señalada.

4.67 Asimismo, no se advierte de autos que en el presente proceso se haya contado con la **opinión de la menor** de iniciales I.K.R.M., nacida el 27 de mayo de 2013⁶⁸ y que al momento del inicio del presente proceso contaba con cinco años de edad, y a la fecha cuenta con once años de edad, conforme lo dispone el **artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, en concordancia con

⁶⁸ Según copia de su Documento Nacional de Identidad de fojas 100.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

lo establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual no se realizó debido a que el Juez de la causa dispuso el juzgamiento anticipado del proceso, mediante resolución número 04 del 17 de julio de 2019⁶⁹, vulnerándose de esta forma el debido proceso, por lo que, correspondía disponer que se escuche la opinión de la menor antes de emitir pronunciamiento sobre el pedido de variación de tenencia, tal como lo advirtió el Fiscal Superior en su Dictamen del 13 de noviembre de 2020, y que no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Superior.

4.68 Por otra parte, debe señalarse que la sentencia de vista emitida por la Sala Superior de fecha 15 de octubre de 2021, fue emitida antes de la vigencia de la Ley N.º 31590, publicada el 26 de octubre de 2022, que modificó los artículos 81 a 84 del Código de los Niños y Adolescentes, y que ha establecido un nuevo enfoque respecto al régimen de tenencia de menores, conforme al cual la tenencia compartida se convierte en la regla y la tenencia exclusiva o monoparental sería la excepción. Conforme se ha explicado anteriormente, la tenencia compartida entendida desde la perspectiva funcional de colaboración y reparto de tareas entre ambos padres, atiende de mejor manera al interés superior del niño, y permite a los padres ejercer la corresponsabilidad parental o coparentalidad, objetivos que tienen como sustento las diversas disposiciones de rango legal, constitucional y convencional que han sido citadas, a lo cual, cabe recordar, que el interés superior del niño, viene a ser lo que más conviene al menor en cada caso concreto, mediante un desempeño conjunto de ambos padres en la protección y desarrollo integral del menor. Por lo que, en ese sentido, estando a que la modificatoria legal permite enfocar y analizar el proceso de tenencia de menores, desde una perspectiva constitucional que permite plasmar de mejor manera el interés superior del niño y la coparentalidad, siendo más beneficiosa para el menor, consecuentemente, el nuevo marco legal que regula el proceso de tenencia debe ser aplicado al caso de autos.

⁶⁹ De fojas 137 y 138.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

4.69 En ese sentido, teniendo en consideración que conforme a la modificación legislativa del **artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes**, la tenencia compartida es la regla y la tenencia monoparental o exclusiva la excepción, deberá **retrotraerse** el proceso hasta la etapa probatoria para que el juez disponga las actuaciones correspondientes, con el apoyo del equipo multidisciplinario en caso de ser necesario, con el fin de establecer la real situación de la menor (salud física y psicológica), sus condiciones familiares específicas respecto a su cotidianidad (con quienes vive, quien la atiende, si tiene o no contacto con su familia extensa, etc), conocer su proceso de desarrollo en forma integral, cómo desempeña sus distintas actividades (curriculares, extracurriculares, de recreación), todo ello a fin de establecer si corresponde en el presente caso disponer la tenencia compartida, o, en caso de no ser ello posible, disponer la tenencia monoparental o exclusiva de la menor, debiendo tener en cuenta las conductas descritas en el **artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes**, modificado por Ley N.º 31590.

4.70 De considerar el Juzgador que corresponde en el presente caso, disponer la tenencia compartida de la menor, se deberán tener presentes los criterios previstos en el **artículo 84 del Código de los niños y adolescentes**, modificado por la Ley N.º 31590, así como el análisis sobre los mismos, contenido en la presente resolución.

4.71 Cabe agregar, que en los casos de variación de tenencia, el juez podrá incluso disponer, en uso de las facultades previstas en el **artículo 51 incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil**⁷⁰, la realización de una **audiencia**

⁷⁰ **Código Procesal Civil. "Artículo 51.-** Los Jueces están facultados para:
(...);

2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;

3. Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus Abogados;"

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

complementaria para disipar los temores y dudas que pudieran tener las partes respecto al ejercicio de la tenencia, como ha sucedido en el presente caso, cuando la demandada manifestó su preocupación por el hecho que el accionante habría acudido a su domicilio en reiteradas oportunidades acompañado de policías a visitar a su menor hija, pese a haberse comprometido a no hacerlo en la conciliación llevada a cabo durante la audiencia única del 14 de mayo de 2019, en el Expediente N.º 26549-2018 sobre variación de régimen de visitas, situación que habría ocasionado temor por parte de la menor, circunstancia que debió ser debidamente analizada con relación a la imputación del actor sobre la resistencia al ejercicio de su régimen de visitas, y que fue amparada sin mayor análisis por las instancias de mérito como principal sustento de su decisión.

4.72 Asimismo, puede darse la oportunidad que ambos padres puedan presentar una propuesta, conjunta o separada, respecto a cómo se podría ejercer el régimen de tenencia compartida, lo cual será objeto de evaluación por el Juez, a fin que apruebe alguna de las propuestas o hacerle las modificaciones o ajustes que se requiera, según corresponda, teniendo en consideración lo que sea más beneficioso para el menor.

4.73 Consecuentemente, estando a las omisiones advertidas, se ha verificado la vulneración al derecho al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales -motivación insuficiente- y a la valoración conjunta de los medios probatorios, por lo que corresponde declarar **fundado** el recurso por las causales procesales denunciadas, careciendo de objeto pronunciarse respecto a las causales materiales; asimismo, estando a que los vicios antes señalados se encuentran presentes en los pronunciamientos de ambas instancias, así como en la tramitación del proceso, corresponde declarar nula la sentencia de vista y declarar insubsistente la sentencia apelada de primera instancia a fin de que el a quo, emita nuevo pronunciamiento conforme a lo señalado en la presente resolución.

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

IV.- FALLO:

Por estas consideraciones, y con lo expuesto por el Fiscal Supremo de Familia: declararon:

1. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Tania Karin Mejía Miralles** de fecha 05 de marzo de 2021; y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista emitida mediante resolución N.º 18 de fecha 15 de febrero de 2021, e **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada emitida mediante resolución N.º 10 del 19 de junio de 2020, debiendo el A quo emitir nuevo pronunciamiento conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución;
2. Conforme a lo señalado en el punto 4.49, se resuelve **OFICIAR** al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a fin de poner en conocimiento la propuesta de uso y aplicación del **Plan de Parentalidad** y del **Coordinador Parental**, como herramientas destinadas a hacer viable la aplicación del régimen de tenencia compartida en el Perú, para su correspondiente evaluación por las instancias pertinentes, a fin que se contemple la posibilidad de emitir un Protocolo de uso o normativa correspondiente para su implementación y aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales del área de Familia.
3. **RECOMENDAR**, en tanto se evalúe y/o apruebe normativamente su uso y aplicación, a los Jueces del área de Familia que en los casos de tenencia y variación de tenencia, se tomen en cuenta la posibilidad de aplicar las herramientas de Plan de Parentalidad y Coordinador Parental a fin de optimizar la aplicación del régimen de la tenencia compartida, asimismo, **RECOMENDAR** a los abogados que intervengan en estos casos, para que en la etapa postulatoria del proceso recomienden a sus patrocinados que

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

**CASACIÓN N.º 4811-2021
LIMA NORTE
VARIACIÓN DE TENENCIA**

propongan el Plan de Parentalidad para el ejercicio del régimen de la tenencia compartida, a fin de hacerlo más viable

En los seguidos por Iván Salvador Chiroque Ramírez contra Tania Karin Mejía Miralles sobre Tenencia; **MANDARON** publicar la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”; y, *los devolvieron*. Notifíquese. Integra el colegiado la señora Jueza Suprema Ubillús Fortini por vacaciones del señor Juez Supremo De la Barra Barrera. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Arias Lazarte**.

S.S.

ARIAS LAZARTE

BUSTAMANTE OYAGUE

CABELLO MATAMALA

UBILLÚS FORTINI

ZAMALLOA CAMPERO

Evr/ymmd