



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

SUMILLA.- Son nulas las sentencias emitidas por las instancia de mérito que no respetan el derecho al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa, por no valorar medios probatorios admitidos, meritar un medio probatorio expresamente rechazado y no pronunciarse sobre argumentos planteados que sustentan la defensa de las partes.

Lima, ocho de enero de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número dos mil cuarenta – dos mil diecisiete; de lo expuesto en el Dictamen Fiscal número 93-2017-MP-FN-FSC (fojas 52 de cuadernillo de casación) y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por **Haroldo Heikki Miranda Sosa** (folios 1132), contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro, de fecha treinta de marzo de dos mil diecisiete (folios 1116), expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, la cual: **(a)** Confirmó en parte la sentencia apelada contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis (folios 831), que declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa sobre reconocimiento de tenencia y alimentos, e infundada la demanda interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado sobre reconocimiento de tenencia y alimentos; y, **(b)** Revocó la sentencia apelada en el extremo que señaló que las visitas que debe realizar Haroldo Heikki Miranda Sosa a su hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro deberán ser realizadas con externamiento, reformándola en ese extremo se dispone que las visitas



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

deberán llevarse a cabo en el día y hora señalados en la sentencia, y se realizarán en la sala de encuentros familiares de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna con la supervisión del Equipo Multidisciplinario del Juzgado de Familia, estableciéndose la forma cómo se efectuarán dichas visitas.

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

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha doce de junio de dos mil diecisiete [folios 47 del cuadernillo de casación], ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales:

a) Infracción normativa material del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; se señala que la magistrada conocedora de la causa en primera instancia no ha tomado en cuenta la opinión y el parecer del menor, pese a haberlo requerido formalmente el demandado por escrito y en forma reiterada; haciéndose caso omiso, infringiéndose el principio del interés superior del niño y del adolescente, fallando a favor de la demandante, sin tener en cuenta que obran medios de prueba de mucho interés para el beneficio del menor, hechos nuevos y relevantes que corroboran la violencia física y psicológica ejercida por la demandante contra el menor, motivo por el cual se ha rehusado a vivir con la accionante; que no se ha tomado en cuenta el parecer del niño pese a que existen diferentes medios de prueba que demuestran que el menor ha declarado su deseo de vivir con su padre, rehusándose a ser entregado a la madre;

b) Infracción normativa procesal de los incisos 3, 5 y 14 artículo 139 de la Constitución Política del Perú; normas referentes a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias y el derecho a no ser privado de defensa en ningún estado del proceso;



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

c) Infracción normativa material por inaplicación del artículo 84 literales a y c del Código de los Niños y Adolescentes; al haber negado el derecho del menor de seguir viviendo con su padre y negar el derecho al recurrente a que siga teniendo contacto con su hijo, sin ningún tipo de restricciones;

d) Infracción normativa material de los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; porque habiéndose advertido la situación de peligro que corre el menor, debe declararse la nulidad de la recurrida a fin de que se emita nuevo pronunciamiento, valorando todos los medios de prueba existentes en el expediente, para no seguir afectando ni trasgrediendo los derechos del menor, de acuerdo a los artículos 81 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes;

e) Infracción normativa material del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes; porque se está privando al recurrente de su derecho a que pueda tener contacto con el menor libremente, más aún cuando el menor ha vivido con el padre toda una vida, donde ha compartido tristezas y alegrías;

f) Infracción normativa material del artículo 472 del Código Civil, modificado por el artículo 101 del Código de los Niños y Adolescentes; porque se ha excluido el concepto “habitación” del conjunto de elementos que contiene la expresión jurídica “alimentos”, de lo cual fluye que se otorga doble beneficio a la demandante y doble perjuicio al demandado, obligándole al pago de mil soles (S/.1,000.00), a sabiendas de que la demandante es solvente económicamente, al poseer una constructora que le genera ingresos superiores a los del demandado, prueba existente en el expediente que no fue valorada; y,

g) Infracción normativa material del artículo 481 del Código Civil; porque la sentencia de vista deviene en arbitraria, por no existir una explicación lógica en el monto fijado de mil soles (S/.1,000.00) provenientes de los ingresos del demandado, pues en el caso concreto se ha determinado la ruptura de las relaciones personales entre ambas partes; es más, no se ha tomado en cuenta



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

que el demandado cuenta con dos hijas que se encuentran bajo su cuidado, además de sus ancianos padres.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación examinado, es necesario hacer un recuento de lo acontecido en el presente proceso, a fin de poder evaluar si efectivamente se incurrieron en las infracciones normativas denunciadas.

A) DEMANDA DE MARIANELLA YUNI MONTENEGRO HURTADO:

Marianella Yuni Montenegro Hurtado con fecha dieciocho de noviembre de dos mil trece interpone **demanda de tenencia y alimentos** (folios 42) contra Haroldo Heikki Miranda Sosa a fin de que se le otorgue el reconocimiento judicial de tenencia de su menor hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro, y se acuda a este último con una pensión de alimentos ascendente a siete mil soles (S/.7,000.00) mensuales (Expediente número 02712-2013-0-2301-JR-FC-02, del Segundo Juzgado de Familia – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Tacna). Al respecto señala concretamente que con Haroldo Heikki Miranda Sosa ha mantenido una relación sentimental y convivido desde el año dos mil seis, producto de la cual han procreado a su hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro, siendo que el día quince de noviembre de dos mil trece – *tres días antes de la interposición de su demanda*– fue agredida físicamente por Haroldo Heikki Miranda Sosa y forzada a retirarse del hogar junto a su hijo, quien desde su nacimiento siempre ha estado bajo el cuidado de su persona en tanto que el padre se dedicaba más a sus trabajos, y en tal sentido sostiene que como niño siempre ha estado con la madre, esa situación no debe cambiar, por lo cual pide que se le reconozca dicha tenencia. En cuanto a la pretensión de alimentos Marianella Montenegro Hurtado sostiene que el padre del menor tiene capacidad económica por ser Gerente General de las



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

empresas Enobra Sociedad Anónima Cerrada y Mirso Sociedad Anónima Cerrada, percibiendo remuneración e ingresos como accionista principal, además de contar con estudios de administración de empresas, y ser propietario de varios inmuebles y vehículos, percibiendo un ingreso mensual aproximado mínimo de treinta mil soles (S/.30,000.00), mientras que ella no tiene ingresos fijos por haberse dedicado a apoyarlo, en los trámites de sus empresas, así como mantener la unidad familiar al cuidado de su hijo y velar porque tuvieran un hogar armonioso pese a sus múltiples ocupaciones;

B) CONTESTACIÓN DE HAROLDO HEIKKI MIRANDA SOSA:

Haroldo Heikki Miranda Sosa contestó la demanda (fojas 157) interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado señalando principalmente, en cuanto al pedido de reconocimiento de tenencia, que tras la separación mantuvieron una tenencia compartida conforme a la cual, tres días de la semana él tenía a su menor hijo y los días siguientes lo tenía la madre, y que en otras ocasiones, una semana completa lo tenía él y otra semana se encargaba la madre, no existiendo una definición exacta de cuántos días lo debe tener cada uno, lo que debe ser dilucidado judicialmente porque les ha venido generando problemas y malos entendidos; sostiene que la madre del menor viaja constantemente y deja a su hijo al cuidado de los otros hijos maternos, cuando el padre es la persona más idónea para tenerlo en su ausencia; asimismo, con relación a los alimentos, afirma no entender por qué se solicita alimentos cuando han tenido una tenencia compartida, ambos trabajan independientemente y tienen suficiente solvencia económica, siendo ella una abogada y empresaria, propietaria de la empresa Del Monte Sociedad Anónima Cerrada, dedicada al rubro de construcciones, habiendo ganado últimamente una licitación del mantenimiento del Puerto Grau – Tacna, percibiendo un ingreso mensual de treinta mil soles (S/.30,000.00); asimismo, sostiene que él en ningún momento ha descuidado sus obligaciones alimentarias, siendo la madre quien más bien



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

ha descuidado a su menor hijo, ya que reiteradamente ella tiene que viajar durante muchos días, motivo por el cual él también solicita la tenencia del menor.

C) DEMANDA DE HAROLDO HEIKKI MIRANDA SOSA:

Por su parte, Haroldo Heikki Miranda Sosa (fojas 175) con fecha uno de agosto de dos mil catorce ha interpuesto demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado a fin de que se le otorgue la tenencia legal de su menor hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro y se le asigne una pensión alimenticia ascendente a mil soles (S/.1,000.00) mensuales (Expediente número 01716-2014-0-2301-JR-FC-01 del Primer Juzgado de Familia – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Tacna). Al respecto sostiene que la separación se debió a la infidelidad de la madre, siendo que durante el tiempo de la separación siempre ha tenido un contacto permanente con su hijo, pues él lo llevaba siempre a su casa todos los fines de semana y feriados, esto es, desde el jueves, viernes, sábado y domingo, y que el menor vive con la madre los otros días, es decir, se alternaban de común acuerdo con la responsabilidad de la crianza; asimismo, indica que durante la permanencia del menor con la madre, se encuentra descuidado debido a que ella se encuentra viajando fuera de la ciudad y lo deja a cargo de su otro hijo Johan Salas Montenegro, quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas y quien además lo recoge dos horas antes de la salida de la escuela, esto es, a las once y treinta minutos de la mañana, perjudicándolo en sus horas de talleres y no cumpliendo tampoco con llevarlo a sus clases de reforzamiento que tiene todas las tardes, lo cual señala que se encuentra corroborado con la constatación del Juez de Paz del Centro Poblado Menor Francisco Bolognesi; agrega que debe tenerse en cuenta la voluntad del menor quien desea quedarse bajo su tutela, por lo cual ha pedido que se fije su residencia solo en su domicilio, dejando a salvo el derecho de la demandada



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

para que pueda visitar a su menor hijo las veces que lo estime conveniente en su domicilio. En cuanto a la pretensión de alimentos sostiene que se debe presumir el estado de necesidad de su menor hijo, poniendo en conocimiento que la madre es una próspera empresaria y abogada, quien es propietaria de la empresa Del Monte Sociedad Anónima Cerrada, dedicada al rubro de construcciones, percibiendo un ingreso promedio mensual de diez mil soles (S/.10,000.00).

D) CONTESTACIÓN DE MARIANELLA YUNI MONTENEGRO HURTADO:

Marianella Yuni Montenegro Hurtado (fojas 203) contesta la demanda planteada en su contra señalando que jamás ha descuidado a su menor hijo, quien no presenta problemas de desnutrición o salud, no negando que a veces por motivos de trabajo tiene que viajar y que si ha sido retirado del colegio temprano, en las oportunidades que así ha sido, es por causas totalmente justificadas, siendo que el acta de constatación que presenta para acreditar su dicho no se ajusta a la verdad; agrega que Haroldo Heikki Miranda Sosa jamás ha tenido inconvenientes para ver a su hijo, habiéndose alternado de común acuerdo con la responsabilidad de la crianza, y en cuanto a su otro hijo, Johan Salas Montenegro refiere que el mismo fue internado por sugerencia de Haroldo Miranda Sosa, quien presentó problemas de conducta debido al divorcio de su primer esposo, pero que actualmente viene demostrando responsabilidad y constancia, siendo la persona quien recoge a su menor hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro cuando ella no puede realizarlo.

E) ACUMULACIÓN DE PROCESOS:

Por Resolución número diez, de fecha doce de noviembre de dos mil catorce (folios 212) el Segundo Juzgado de Familia – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Tacna, resolvió acumular el Expediente número 01716-2014-0-2301-JR-FC-01 (correspondiente a la demanda de reconocimiento de tenencia



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

y alimentos interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado) al Expediente número 02712-2013-0-2301-JR-FC-02 (correspondiente a la demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa).

F) SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis (fojas 831) el **Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna**, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa, sobre reconocimiento de tenencia y alimentos, y en consecuencia, se reconoce a favor de la madre del menor el derecho de ejercer la tenencia de Haroldo Enrique Miranda Montenegro, fijándose un régimen de visitas a favor del padre para los días domingos con externamiento y una pensión de alimentos a su cargo por la suma de mil soles (S/.1,000.00); asimismo, se declaró infundada la demanda interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado, sobre reconocimiento de tenencia y alimentos. Se sustentó la decisión indicando concretamente:

- a) Que conforme al artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) Que existiendo un proceso de violencia familiar seguido por el Ministerio Público contra ambos padres, el mismo no cuenta con sentencia consentida o ejecutoriada, por lo que no se puede asumir que existieron los hechos de violencia física y psicológica que se atribuye a Marianella Montenegro Hurtado;
- c) Que de acuerdo a la Evaluación Psicológica número 005-2015-PS-01



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Marianella Montenegro Hurtado no presenta indicadores (síntomas clínicos) compatibles a trastornos de personalidad o desórdenes psíquicos que afecten su percepción de la realidad, presentando una fuerte tensión por la separación con su hijo desde el mes de diciembre de dos mil catorce;

d) Que conforme a la Evaluación Psicológica número 009-2015/Ps.01 Haroldo Heikki Miranda Sosa no presenta alteraciones del pensamiento, y teniendo a su hijo en su domicilio lo ha mantenido privado del contacto materno y con sus hermanos mayores, demostrando no tener la madurez, el autocontrol emocional y equilibrio psicológico necesario para asumir su tenencia; pronunciamiento que concuerda con el Protocolo de Pericia Psicológica número 011095-2013-PSC-VF que concluye que presenta personalidad con rasgos principales de inseguridad e inmadurez emocional;

e) Que conforme a la Evaluación Psicológica número 031-2015/Ps.01 el menor Haroldo Enrique Miranda Montenegro venía atravesando una profunda crisis debido al intenso nivel de conflicto existente entre los padres, aunado a la privación del contacto materno desde el mes de diciembre de dos mil catorce, no dando cuenta dicha evaluación de maltratos psicológicos por parte de la madre hacia el niño;

f) Que durante la Audiencia el menor declaró en forma armónica y persistente que quería vivir con ambos padres y sus hermanos, lo que desestima preferencia por el padre o rechazo por la madre o sus hermanos del lado materno;

g) Que de los Informes Psicológicos a fojas quinientos setenta y uno y quinientos setenta y tres, ratifican el deseo del niño de estar con su padre y madre, señalando el mismo menor que eso no puede ser “porque su mamá le dijo que su papá está influenciado por otra persona” y además que “tiene que irse con su mamá para que su papá no se vaya a la cárcel”, siendo que en dichos informes se recomienda poner los cuidados necesarios para su educación y crianza considerando que la figura paterna es de primordial



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

importancia en el desarrollo de los hijos y que el niño debe vivir al lado del padre debido a la identificación y necesidad que tiene que ver con la masculinidad desde la función padre-hijo y desarrollo emocional, sin pronunciarse sobre el rol de la madre en el caso particular, observándose que estos dos informes tampoco dan cuenta de que el niño fuera objeto de maltrato psicológico por parte de *la madre*;

h) Que la Asistente Social del Equipo Multidisciplinario visitó los domicilios de los padres, siendo que en tal oportunidad el niño volvió a manifestar su deseo de vivir con ambos, recomendándose un diálogo entre ellos y una tenencia compartida;

i) Que conforme al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, el juez debe priorizar el otorgamiento de la tenencia al padre que mejor garantice el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor, lo que no se verifica respecto del padre, dado que durante el cumplimiento de un acuerdo conciliatorio adoptado por las partes con posterioridad a la concesión de una medida cautelar de tenencia provisional a favor de la madre, Haroldo Heikki Miranda Sosa retuvo al menor, habiéndosele impuesto multa y siendo posteriormente condenado por los delitos de Desobediencia a la Autoridad y Sustracción de Menor, manteniendo al menor privado del contacto con la madre;

j) Que Haroldo Heikki Miranda Sosa no conducía al menor cuando era citado para tomar su declaración referencial, según indicó, porque el menor se negaba a ir;

k) Que el padre afirma que la madre tiene constantes viajes fuera de la ciudad, dejando al niño al cuidado de su otro hijo mayor de edad Johan Salas Montenegro, quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas, adjuntando una Constancia de Internamiento, conforme al cual dicha persona siguió un proceso de rehabilitación física, mental y espiritual por problemas de adicción al alcohol y drogas, sustento probatorio que no constituye un peligro



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

para su entorno, siendo que el menor refirió su deseo de vivir junto a ambos padres y a sus hermanos, lo que desestima una apreciación negativa por parte del niño respecto al indicado hermano por el lado materno, quien por cierto tampoco vive en el domicilio de la madre;

l) Que debe ampararse la demanda de tenencia respecto a la madre porque el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, sin perjuicio de fijar un régimen de visitas a favor del padre; y,

m) Que el padre debe proveer alimentos a su menor hijo, quien por su edad no se halla en posibilidad de atender sus propias necesidades, debiendo considerarse que no se ha probado que tenga un ingreso mensual aproximado de treinta mil soles (S/.30,000.00) que afirma la madre del menor y desestimándose además el ingreso de dos mil soles que afirma percibir mensualmente el padre, no siendo necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.

G) SENTENCIA DE VISTA:

Mediante Sentencia de segunda instancia contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro, de fecha treinta de marzo de dos mil diecisiete (fojas 1116) expedida por la **Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna**, confirmó en parte la sentencia contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis, en cuanto declaró fundada en parte la demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado e infundada la demanda de reconocimiento de tenencia interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa; asimismo, se revocó la apelada en cuanto al régimen de visitas otorgado con externamiento, disponiendo que se realicen en la sala de encuentros familiares de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Justicia de Tacna, estableciendo además reglas progresivas para posibilitar el externamiento. Se fundamentó la decisión señalando concretamente:

a) Que, conforme a los informes psicológicos efectuados a los padres se tiene que la madre está en mejores condiciones emocionales para hacerse cargo del menor, además de haber puesto de manifiesto su disposición de no impedir el contacto del menor con su padre, por el contrario este último ha retenido al menor indebidamente en dos ocasiones, desconociendo los mandatos judiciales e impidiendo el contacto del niño con su madre, lo cual permite concluir que por el momento no estaría garantizado otorgarse una tenencia compartida, correspondiendo confirmar la recurrida en cuanto declara fundada la demanda de reconocimiento de tenencia a favor de la madre;

b) Que, estando a la conducta mostrada por el padre en el transcurso del proceso no resulta razonable por el momento permitir que el régimen de visitas dispuesto a su favor sea con externamiento o que las visitas se lleven al interior de la casa materna dada las diferencias existentes entre los padres, debiendo llevarse a cabo en la sala de encuentros familiares de los Juzgados de Familia, los primeros tres meses todos los domingos, siendo que al vencimiento el equipo multidisciplinario deberá emitir informe, y de ser favorable el *A-quo* podrá disponer que el cuarto mes el padre podrá externar al menor una vez y continuar con la modalidad indicada las tres semanas posteriores, el quinto mes podrá externarlo dos veces al mes, al sexto mes podrá externarlo tres veces y al sétimo mes podrá externarlo todos los domingos, requiriéndose del informe del equipo multidisciplinario en cada ocasión; y,

c) Que, en cuanto a la pensión de alimentos fijada en mil soles (S/.1,000.00) a cargo del padre, se considera que se debe confirmar dicho monto dado que se presume el estado de necesidad del niño por tener ocho años de edad, requiriendo lo necesario para cubrir sus necesidades básicas de habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación; asimismo, se tuvo en cuenta que no se había



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

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

determinado que el padre perciba como ingresos la suma de treinta mil soles que se afirmaba en la demanda de alimentos planteada en su contra, aunque tampoco recibiría los ingresos mensuales de dos mil soles que él ha manifestado, dada su condición de propietario y accionista de dos empresas (Enobra Sociedad Anónima Cerrada y Mirso Sociedad Anónima Cerrada), además de haber reconocido que sólo por gastos de colegio y profesora particular acude a su menor hijo con mil quinientos soles, debiendo considerarse también el Informe Social número 079-2015 emitido por la Asistente Social del Equipo Multidisciplinario conforme al cual se constata que domicilia en una vivienda de tres pisos, de material noble, que cuenta en el primer piso con sala, comedor, cocina, área de jardín y una piscina en construcción, lo que permite inferir que tiene ingresos que superan los indicados dos mil soles, valorándose a su vez que tiene obligaciones para con sus otras dos hijas y que la madre del menor Haroldo Enrique Miranda Sosa también trabaja, siendo Gerente General de la Empresa Montenegro Sociedad Anónima Cerrada, desprendiéndose su capacidad económica para coadyuvar con el sostenimiento del menor.

SEGUNDO.- Habiéndose declarado la procedencia de la casación por causal de infracción normativa de carácter procesal que de ampararse, de acuerdo al artículo 396 del Código Procesal Civil modificado por Ley número 29364, impediría emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, corresponde resolverse, en primer término, la alegada causal, y en caso de ser desestimada, recién procedería resolver las causales de infracción normativa material.

TERCERO.- Se ha declarado la procedencia la casación por infracción normativa de carácter procesal de los incisos 3, 5 y 14 del artículo 139 de la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Constitución Política del Perú, por lo que corresponderá analizarse las indicadas normas a fin de evaluar si efectivamente han sido infringidas, o no.

CUARTO.- El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú contempla como principio y derecho de la función jurisdiccional, a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia¹, el derecho a un debido proceso es un derecho continente que contiene otros derechos fundamentales, tanto de orden procesal como material, siendo que precisamente entre los derechos de orden procesal que contiene se encuentra el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales así como el derecho a la defensa, los mismos que están contemplados en los incisos 5 y 14, respectivamente, del citado artículo 139.

QUINTO.- Al momento de resolver las controversias, los jueces están en la obligación de pronunciarse no solo respecto al petitorio demandado sino que para hacerlo deberán analizar las circunstancias fácticas y jurídicas invocadas como sustento, los medios probatorios de respaldo, y en base a ello fundamentar la decisión que se adopte; asimismo, deben evaluar también los argumentos esgrimidos por la parte contraria, incluyendo, los medios

¹ En el Fundamento número 3 de la Sentencia recaída en el Expediente número 03433-2013-PA/TC se señala: «3.3.1) El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.” (STC 7289-2005-AA/TC, FJ 5).

3.3.2) Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.” (STC 9727-2005-HC/TC, FJ 7).

3.3.3) Dicho lo anterior y atendiendo al petitorio de la demanda, se procederá a analizar si, en el caso concreto, se ha producido algún tipo de afectación del derecho fundamental al debido proceso alegado por el recurrente, que en su dimensión procesal comprende, entre otros, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, en su dimensión sustantiva, supone que toda decisión judicial debe ser razonable y proporcional.»



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

probatorios en que se sustenta su defensa, lo cual permitirá obtener una resolución que se encuentre debidamente fundamentada. Conforme se puede apreciar de lo aquí indicado, la debida fundamentación de la decisión no solo exige el análisis de los hechos sino también la evaluación de los medios probatorios incorporados al proceso, y en tal sentido, adquiere relevancia el derecho a probar, que es parte del derecho a un debido proceso, que coadyuva al ejercicio de una defensa real y que incluye el derecho a ofrecer los medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, a que sean adecuadamente actuados, a asegurar la producción o conservación de la prueba a partir de su actuación anticipada, y a que sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida². Por tanto, no se garantiza el derecho a la defensa y a la debida motivación, y tampoco el derecho a un debido proceso, si permitiéndosele a las partes argumentar y así como ofrecer y actuar pruebas, esos argumentos y pruebas no son analizados al momento de adoptarse la decisión sobre la controversia, obviando el pronunciamiento sobre medios probatorios que las partes han considerado relevantes, o efectuando sobre ellos una fundamentación que es aparente, insuficiente, incoherente, incongruente o se encuentra inmersa en algún otro vicio de la motivación.

SEXTO.- Precisamente, los cuestionamientos que se plantean en el recurso de casación que se resuelve giran en torno a vicios que afectan la debida motivación de las decisiones contenidas en las sentencias de primera y de segunda instancia, al declarar fundada en parte la demanda de reconocimiento de tenencia y de alimentos planteada por Marianella Yuni Montenegro Hurtado, sin considerar, para la resolución de la controversia y específicamente para el análisis de los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, los argumentos que esgrimió Haroldo Heikki Miranda Sosa en sus escritos de

² Fundamento N°6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°03997-2013-PHC/TC.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

demanda y contestación, ni evaluar diversos medios probatorios que acreditarían sus afirmaciones, principalmente, en cuanto a la determinación de la tenencia del menor y a la obligación alimentaria.

SÉTIMO.- De acuerdo a la sentencia de primera instancia, un primer hecho asumido por la señora Juez de Familia para resolver la tenencia a favor de la madre del menor es que sería la persona con la cual el menor ha convivido mayor tiempo, subsumiendo tal hecho en el supuesto del artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta, entre otros, que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; sin embargo, tal afirmación contenida en el sétimo y décimo tercer considerando (parte final) de la sentencia de primera instancia no se encuentra suficientemente motivada puesto que, por un lado, se cita el dicho de la madre en el sentido de que el menor siempre ha convivido con ella desde su nacimiento, y por otro lado, se alude a la declaración y aclaración brindada por el padre en Audiencia Única, respecto a que el menor también vivió con él, y sobre la base de ambas versiones, sin mayor análisis, se concluye que la madre fue la persona que ha convivido más tiempo con el menor. Sobre este punto cabe resaltar que no se consideraron todas las declaraciones que sobre este hecho los padres han brindado durante el proceso respecto a cómo se había venido llevando a cabo, de facto, la tenencia del menor hasta la fecha de interposición de la primera demanda el dieciocho de noviembre de dos mil trece, no analizándose dichos contenidos en los escritos de demanda y de contestación de ambos padres –*declaración asimilada*– en tanto indicaron que convivieron juntos incluso desde antes del nacimiento del menor, quien nació durante la convivencia que se mantuvo hasta el día quince de noviembre de dos mil trece –*tres días antes de la interposición de la primera demanda de reconocimiento de tenencia y*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

alimentos– fecha en la cual Marianella Yuni Montenegro Hurtado dejó el hogar conyugal, llevándose al niño, afirmando además *–la madre*– que desde la separación se alternaban de común acuerdo con la crianza del menor, y *–el padre*– que existió una tenencia compartida ejercida de hecho; por tanto, no se observa que en la sentencia de primera instancia se haya efectuado una fundamentación suficiente que permita concluir que el menor ha convivido más tiempo con la madre, a efectos de optar por la aplicación del artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes.

OCTAVO.- Con relación a lo indicado en el considerando precedente debe tenerse en cuenta que de acuerdo a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes número 03943-2006-PA/TC³ (Caso Juan de Dios Valle Molina) y número 00728-2008-PHC/TC⁴ (Caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares), el vicio de motivación insuficiente se refiere: *«al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo».*

NOVENO.- Otro vicio en la motivación que debe tenerse en cuenta para resolver la controversia es el referido a la motivación aparente, siendo que según la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número 01939-2011-PA/TC: *«Existe motivación aparente cuando una determinada*

³ Fundamento número 4 literal d).

⁴ Fundamento número 7 literal d).



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

resolución judicial si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión» (Fundamento número 26).

DÉCIMO.- Las deficiencias por motivación insuficiente y aparente se advierte en la sentencia de primera instancia cuando se pronuncia sobre los argumentos del padre del menor, Haroldo Heikki Miranda Sosa respecto a que Marianella Yuni Montenegro Hurtado viaja constantemente por razones de trabajo, teniendo que ausentarse por muchos días, habiendo descuidado a su hijo y dejándolo bajo el cuidado de sus otros hijos, entre ellos, Johan Salas Montenegro, quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas y quien lo había venido recogiendo dos horas antes de la salida de la escuela, perjudicándolo en sus horas de talleres e incumpliendo con llevarlo a sus clases de reforzamiento que tenía en las tardes, conforme a la constatación efectuada por el Juez de Paz del Centro Poblado Menor Francisco Bolognesi. Sobre este punto tenemos que en la sentencia de primera instancia se señala concretamente que: *«[...] el demandado no adjunta sustento probatorio que permita acreditar las reiteradas ausencias denunciadas, pues habiendo solicitado el demandado se oficie a la empresa LAN, admitido dicho medio de prueba, se prescindió del mismo mediante Resolución número 28»⁵ y que «[...] Aduciendo el demandado que la demandante debido a sus constantes viajes fuera de la ciudad, deja al niño Haroldo Enrique al cuidado de su otro hijo mayor de edad Johan Salas Montenegro quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas, adjuntado como sustento probatorio la Constancia de Internamiento a fojas 173, conforme al cual dicha persona siguió un proceso*

⁵ Parte final del Sexto Considerando de la Sentencia de primera instancia.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

de rehabilitación física, mental y espiritual por problemas de adicción a sustancias psicoactivas (alcohol/drogas), dicho sustento probatorio de modo alguno permite inferir que aquél constituye un peligro para su entorno, es así que el niño al prestar su declaración refirió su deseo de vivir junto a ambos padres y a sus hermanos, lo que desestima una apreciación negativa del niño respecto a su citado hermano materno, quien por cierto tampoco vive en el domicilio de la demandante, como se tiene de la visita social efectuada al domicilio de la madre»⁶.

DÉCIMO PRIMERO.- Sobre lo expuesto precedentemente observamos que la sentencia de primera instancia adolece de serias deficiencias en su fundamentación, por motivación insuficiente y aparente, dando por acreditados o desvirtuados diversos hechos sin tener en cuenta los medios probatorios obrantes en el expediente judicial; así tenemos:

1. Que, se ha considerado que el padre del menor no ha podido acreditar las reiteradas ausencias de la madre porque no se ofició a la empresa LAN a efectos de que informe sobre sus viajes, al haberse prescindido de tal medio probatorio; observándose al respecto que no se trata del único medio de prueba ofrecido para dilucidar dicho hecho, sino que se omitió efectuar el análisis sobre otros medios probatorios importantes, como la propia declaración de la madre del menor respecto a los viajes y la información contenida en un acta de constatación realizada en sede judicial que había sido admitida como medio de prueba de Haroldo Heikki Miranda Sosa. En efecto, en la sentencia de primera instancia no se valoró el dicho de la madre del menor sobre las alegadas ausencias, a pesar que su versión consta en su escrito de contestación a la demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos presentada en su contra por Haroldo Heikki Miranda Sosa; el Juzgado tampoco

⁶ Décimo Tercer Considerando de la Sentencia de primera instancia.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

valora el Acta de Constatación del veintiuno de julio de dos mil catorce en donde constan las declaraciones de dos profesoras del menor Haroldo Enrique Miranda Montenegro respecto a las ausencias y descuidos atribuidas a Marianella Yuni Montenegro Hurtado y, sobre la responsabilidad asignada por esta última a Johan Salas Montenegro *hermano materno del menor*.

2. Precisamente, en cuanto a la presencia del hermano materno del menor, Johan Salas Montenegro, a quien Haroldo Heikki Miranda Sosa cuestiona por ser la persona que quedaría a cargo de su menor hijo y quien, según asegura, sería una persona adicta a sustancias psicoactivas, en la sentencia de primera instancia se afirma que de la Constancia de Internamiento a fojas ciento setenta y tres, se apreciaría que dicha persona siguió el proceso de rehabilitación física, mental y espiritual por problemas de adicción a sustancias psicoactivas (alcohol y drogas); respecto a dicho documento cabe resaltar que se efectuó una evaluación incompleta respecto a ese medio probatorio que había sido expresamente rechazado conforme se observa del Acta de Audiencia Única correspondiente al día veintiséis de noviembre de dos mil catorce⁷, lo que evidentemente lo excluyó del debate procesal entre las partes respecto a su contenido y sus efectos para el hecho que se pretende probar, esto es, si efectivamente el indicado Johan Salas Montenegro había culminado, o no, los dos procesos de rehabilitación por adicción a sustancias psicoactivas a que estuvo sujeto. Independientemente de si este Colegiado concuerda, o no, con la decisión de rechazar por impertinente un medio probatorio destinado a acreditar que el menor se encontraba expuesto a peligro por haber sido dejado bajo responsabilidad de una persona que sería adicta a sustancias psicoactivas (drogas y alcohol), lo cierto es que, desde una óptica procesal, evaluar dicho documento a pesar de su rechazo expreso dispuesto durante la Audiencia Única, constituye una afectación del derecho a un debido proceso y a la

⁷ Según se puede observar de fojas 220, al momento de calificarse los medios probatorios ofrecidos por Haroldo Heikki Miranda Sosa en el Expediente acumulado número 1716-2014, se rechazó el medio probatorio número 3, consistente precisamente en la Constancia de Internamiento del joven Johan Salas Montenegro (ofrecido como medio probatorio a folios 177).



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

defensa, puesto que como consecuencia de su rechazo por haberse considerado impertinente, la discusión respecto a dicho medio probatorio quedó excluida del proceso y no obstante aparece siendo meritado en la Sentencia. Por tanto, encontramos que sobre tal punto la motivación es aparente por sustentarse en el análisis de un medio probatorio que, por razones procesales –*su rechazo expreso*– no es idóneo para sustentar la decisión; y,

3. Asimismo, este Colegiado advierte que la Juez de primera instancia desvió la discusión respecto a la alegada exposición del menor a un peligro por haberse asignado responsabilidad en su cuidado, al menos parcialmente, a un hermano que sería adicto a sustancias psicotrópicas, puesto que descarta dicho riesgo indicando que el referido hermano ya no domicilia en el inmueble de la madre, cuando el cuestionamiento del padre no se centra en si el hermano en mención continúa viviendo, o no, en el hogar materno, sino específicamente respecto a que, en ausencia de la madre por razones laborales, se le habrían asignado responsabilidades que incumplía sobre el cuidado del menor y el riesgo de colocar a este último bajo su cuidado debido a la adicción a sustancias psicotrópicas que se le atribuye. También se observa que la alegada situación de riesgo habría sido desvirtuada porque el niño ha manifestado que desea vivir con ambos padres y hermanos, asumiendo en principio que un niño puede entender y decidir sobre el peligro al que pueda estar expuesto al ser dejado bajo el cuidado de una persona adicta y, sobretodo, sin identificar algún medio probatorio que permita observar que al menor siquiera se le haya preguntado específicamente respecto a la relación con su hermano Johan Salas Montenegro, observándose sobre este punto, que la motivación de la sentencia de primera instancia es aparente e insuficiente.

DÉCIMO SEGUNDO.- Otro argumento que tampoco ha sido suficientemente analizado conforme a los medios probatorios admitidos en el expediente, está



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

referido a la madre del menor, de quien el padre afirma ser una persona mitómana y violenta, y ha ofrecido como medio probatorio el expediente judicial correspondiente a un proceso de violencia familiar seguido por el Ministerio Público contra ambos progenitores⁸; las copias recabadas de dicho litigio obran en este expediente (folios 454 a 523) y contiene una serie de instrumentales (incluyendo manifestaciones, actas, pericias, certificaciones médicas, entre otros) que no han sido evaluadas por la juez de primera instancia, quien se ha limitado a señalar que se trata de un proceso que no cuenta con sentencia firme y que por tanto no se ha definido judicialmente la existencia de violencia familiar en ese caso o que la madre del menor sea una persona que tenga mal carácter o que sea mitómana o violenta, sin considerar los medios probatorios obrantes en dicho proceso, cuyo examen precisamente podrían servir para ayudar a dilucidar la presente controversia.

DÉCIMO TERCERO.- El padre recurrente también cuestiona que no se haya tenido en cuenta el dicho de su menor hijo en cuanto señala con quién quiere vivir, puesto que habría declarado por un lado por querer vivir con ambos progenitores y, posteriormente, con el padre, en tanto que se ha resuelto porque la tenencia sea ejercida solo por la madre, por ser la persona que supuestamente habría convivido más tiempo con el menor y la que mejor garantizaría que el niño mantenga contacto con el otro progenitor, argumento que no puede subsistir frente a los vicios en la motivación descritos, específicamente, en tanto inciden sobre la premisa referida al progenitor con quien el menor convivió más tiempo y sobre los riesgos en la tenencia otorgada, mientras no se esclarezca debidamente la violencia y descuidos atribuidos a la madre y la colocación bajo el cuidado de persona adicta a sustancias psicoactivas.

⁸ Medio Probatorio número 7 presentado en el escrito de contestación de demanda a fojas 160 y admitido durante la Audiencia Única, según se observa de fojas 220.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

DÉCIMO CUARTO.- La decisión adoptada en estos términos respecto al reconocimiento de tenencia a favor de la madre del menor, que se encuentra viciada por haber sido determinada con vulneración al derecho a una debida motivación de las resoluciones judiciales y con respeto a los derechos a la defensa y al debido proceso, incide sobre la regulación de la obligación alimentaria, la cual evidentemente será definida en razón de cuál es el padre al que se le reconozca la tenencia, incluso si es otorgada de manera compartida.

DÉCIMO QUINTO.- Cabe resaltar que un reclamo efectuado por el recurrente, desde que se emitió la sentencia de primera instancia, es que no se habrían valorado una serie de instrumentales referidas a la declaración del menor respecto sobre con qué padre desea vivir, a la conducta violenta de la madre y también sobre los actos de violencia que habría sufrido por parte de esta última y del hermano materno Johan Salas Montenegro; observándose al respecto que en efecto, concluida la etapa postulatoria, se han presentado en primera instancia una serie de instrumentales orientadas a acreditar tal situación, las cuales, en un primer momento, dieron lugar a la emisión de diversas resoluciones en las que se decretó que se tengan presentes en su oportunidad y en lo que fuere de ley⁹ y que se tengan presente al momento de resolver el fondo en lo que fuera de ley¹⁰, disponiendo en esos casos que se agreguen a los autos los anexos de los escritos respectivos. La emisión de resoluciones judiciales en tal sentido crea, como es lógico, la expectativa razonable en los justiciables de que llegado al momento de resolver los jueces que conocen su caso se pronuncien sobre dichos medios probatorios presentados y anexados al expediente vía decreto, y es que cuando las partes o terceros legitimados en un proceso acompañan instrumentales a sus escritos, resulta evidente que lo

⁹ Resolución número 31 del 04 de julio de 2016, a fojas 718.

¹⁰ Resolución número 37 del 24 de octubre de 2016 a fojas 801.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

hacen con la intención de acreditar sus afirmaciones y/o contradecir los argumentos de la parte contraria, y en tal sentido, correspondía que al ser presentados en el proceso, el juez los califique y determine si deben ser rechazados o si son incorporados al proceso, conforme lo prevé el artículo 429 del Código Procesal Civil, sujetándolos al contradictorio en caso se disponga su admisión. Una resolución que dispone tener presente el medio probatorio en cuanto al momento de resolver y que dispone que sea incorporado al expediente, constituye una decisión jurisdiccional que no rechaza el medio probatorio y tampoco lo admite expresamente, pero, como se ha indicado, sí genera expectativa legítima de la parte que lo presentó, de que en su oportunidad el órgano jurisdiccional se pronunciará teniendo en cuenta dichos medios probatorios, conforme ha ocurrido en el caso de autos, en donde el padre del menor, reclama que no se han tenido cuenta las instrumentales que presentó, lo que resulta lógico si el Juzgado no los valora y tampoco expone las razones por las cuales no los considera al momento de resolver. Bajo estas circunstancias, la sentencia que se emite contraviene abiertamente los derechos a un debido proceso, a la defensa y a la motivación, dada la falta de pronunciamiento sobre medios probatorios que, en su oportunidad, dispuso tener presente al momento de resolver y respecto a los cuales no se pronuncia para rechazarlos, admitirlos y/o valorarlos.

DÉCIMO SEXTO.- En el recurso de apelación planteado contra la sentencia de primera instancia (folios 852) el padre recurrente cuestionó, precisamente, la afectación de su derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso así como la debida motivación, invocando la afectación del artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú y del artículo 122 numerales 3 y 4 del Código Procesal Civil, cuestionando la errónea y viciada evaluación realizada por la *A-quo* sobre la equívoca identificación del progenitor que convivió más tiempo con menor, sobre la exposición al peligro en que fue colocado al



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

haberse asignado su cuidado a una persona adicta al consumo de drogas, sobre la conducta violenta y descuido atribuido a la madre, y sobre la no consideración de la opinión del menor a efectos de resolver la presente controversia. Así pues, se observa en el acápite II del recurso de apelación que Haroldo Heikki Miranda Sosa expresamente plantea los agravios que le produce la sentencia que apelaba señalando que: *«En principio se ha violado mi derecho a la tutela procesal efectiva y el debido proceso que garantiza el artículo 139 numeral 3 de la Constitución, al haberse expedido una resolución en contra del texto expreso y claro de los numerales 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, por su evidente falta de imparcialidad y por la incongruencia que existe entre la parte considerativa, la norma, los medios probatorios actuados y el fallo»*, para seguidamente describir en el acápite III del recurso de apelación, las afectaciones ya descritas.

DÉCIMO SÉTIMO.- En la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro que es materia de casación, cuyos fundamentos han sido reseñados en el acápite G) del Primer Considerando de la presente Sentencia, se ingresó a resolver directamente el fondo de la controversia, sin pronunciarse sobre los referidos agravios planteados por Haroldo Heikki Miranda Sosa y que giraban en torno a la denunciada afectación del derecho a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, conforme al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú e incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, por lo que en este caso, la omisión de pronunciamiento sobre las indicadas infracciones de carácter procesal, nos permiten observar la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales que contempla el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y específicamente, sobre el Principio de Congruencia Procesal que comprende.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

DÉCIMO OCTAVO.- Siendo amparable la causal de infracción normativa procesal, por infracción del derecho al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y al derecho a la defensa del impugnante, en aplicación del numeral 3 del penúltimo párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley número 29364, corresponderá declararse fundado el recurso de casación planteado, invalidando las sentencias viciadas y adoptando las medidas pertinentes para la renovación de los actos procesales viciados, ordenándose la emisión de nueva sentencia que no incurra en las infracciones observadas, siendo por esta razón que no procede ingresarse a analizar y resolver en esta sede, las causales de infracción normativa material por incidir sobre el fondo de la controversia.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del tercer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **Haroldo Heikki Miranda Sosa** (folios 1132), en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro, de fecha treinta de marzo de dos mil diecisiete (folios 1116), expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, en **insubsistente** la sentencia apelada contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis; **ORDENARON** que en su oportunidad se emita nueva sentencia en primera instancia de conformidad con los derechos al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Marianella Yuni



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa sobre Reconocimiento de Tenencia y otro; y *los devolvieron*. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

ORDOÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA