

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre la Resolución N° Veintinueve emitida por el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 22319-2017

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que presenta:

KARINA JANET SUERO TIPACTI

Asesor:

Christian Alex Delgado Suárez

Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN ALEX DELGADO SUAREZ, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe sobre la Resolución N° Veintinueve emitida por el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N° 22319-2017" , del autor KARINA JANET SUERO TIPACTI, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11 de julio del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> DELGADO SUAREZ, CHRISTIAN ALEX	
DNI: 43234974	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0001-5629-8609">https://orcid.org/0000-0001-5629-8609</a>	

## RESUMEN

El presente informe tuvo como propósito identificar problemas netamente jurídicos en los que incurrió el juzgador del Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima al momento de emitir la Sentencia (Resolución N° Veintinueve); teniendo en cuenta que esta no fue la primera sentencia que había emitido el juzgador en el presente proceso. Para lo que se utilizó una metodología de investigación de enfoque cualitativo, de tipo básica, bajo la teoría fundamentada y un método deductivo, que respalda la doctrina y postura de la autora en lo largo del informe. Llegando a las conclusiones que existieron errores materiales y vicios en la sentencia de primera instancia y que se mantuvieron en la resolución que es menester de investigación en el presente informe. Asimismo, se establecieron los remedios necesarios para subsanar dichos errores, cuidando los requisitos estipulados por la ley, por la jurisprudencia vinculante y los datos doctrinarios recopilados en transcurso de la investigación. Finalmente se emiten recomendaciones propias del autor, dirigidas a la facultad y las posibilidades que tiene el colegiado de instancia superior para identificar, subsanar y pronunciarse sobre los errores materiales o agravios, como en el presente caso, a los principios de congruencia, preclusión o eventualidad en los procesos de familia.

Palabras clave: Tenencia Compartida, Nulidad, Principio de Congruencia, Flexibilidad.

## ABSTRACT

The purpose of this report was to identify purely legal problems incurred by the judge of the Twentieth Specialized Family Court of the Superior Court of Justice of Lima when issuing the Judgment (Resolution No. Twenty-Nine). It is worth noting that this was not the first judgment issued by the judge in the ongoing case. To achieve this, a qualitative research methodology was employed, using a basic approach, grounded theory, and a deductive method that supports the author's doctrine and position throughout the report. The conclusions drawn from the investigation revealed the existence of material errors and flaws in the initial judgment, which persisted in the resolution and necessitated further investigation. In order to rectify these errors, the necessary remedies will need to be implemented, while adhering to the requirements stipulated by law, binding precedent, and the doctrinal data collected during the course of the research. Finally, the author provides recommendations aimed at the authority and the possibilities available to the higher court to identify, rectify, and pronounce upon material errors or grievances, as in the present case, with regard to the principles of congruence, preclusion, or eventuality in family proceedings. It is essential to thoroughly examine the legal issues raised in this report, as they have significant implications for the fairness and effectiveness of the judicial process. By addressing these concerns and implementing the recommended remedies, the court can ensure that its decisions align with legal principles and uphold the rights of the parties involved.

Keywords: Shared Custody, Nullity, Principle of Congruence, Flexibility.

## INDICE

<b>CUADRO DE DATOS PRINCIPALES DEL CASO</b> .....	0
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	1
1.1 Justificación de la elección de la resolución.....	1
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES</b> .....	2
2.1 Antecedentes.....	2
<b>2.2 HECHOS RELEVANTES DEL CASO</b> .....	2
Actos Postulatorios.....	2
Resolución de Primera Instancia.....	4
Resolución de Segunda Instancia.....	6
Resolución Reformulada de Primera Instancia.....	7
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	8
<b>IV. MARCO TEÓRICO/CONCEPTUAL:</b> .....	9
A. Normas:.....	9
B. Conceptos:.....	10
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS:</b> .....	14
A. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:.....	14
B. SEGUNDO PROBLEMA JURIDICO.....	20
C. TERCER PROBLEMA JURIDICO.....	25
D. CUARTO PROBLEMA JURIDICO.....	29
<b>VI. CONCLUSIONES</b> .....	33
<b>VII. PROPUESTAS</b> .....	35
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA:</b> .....	36

## CUADRO DE DATOS PRINCIPALES DEL CASO

<b>No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso</b>	EXPEDIENTE N° 22319-2017/ SENTENCIA N° VEINTINUEVE/ INFORME SOBRE LA RESOLUCIÓN N° VEINTINUEVE DE FECHA 20 DE JUNIO DEL 2022
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	DERECHO DE FAMILIA/ DERECHO PROCESAL CIVIL
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	<b>RESOLUCIÓN N° 24</b> (Expediente N° 22319-2017, <i>EMITIDA POR EL VIGÉSIMO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA</i> ) / <b>RESOLUCIÓN N° 8</b> ( <i>SENTENCIA DE VISTA/ EMITIDA POR LA SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA</i> ) / <b>RESOLUCIÓN N° 29</b> ( <i>SENTENCIA REFORMULADA</i> )/ <b>RESOLUCIÓN N° 32</b> ( <i>DECLARA CONSENTIDA LA SENTENCIA CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN N° 29</i> ).
Demandante / Denunciante	IVONNE ISABEL CALDAS CHAVEZ
Demandado / Denunciado	LUIS FRANCISCO LANDEO GARCÍA
Instancia administrativa o jurisdiccional	VIGÉSIMO JUZGADO ESPECIALIZADO EN FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
Terceros	
Otros	

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1 Justificación de la elección de la resolución**

Es más común en la sociedad peruana vislumbrar familias que se encuentran desintegradas, creando así muchas familias monoparentales, en el cual al menos uno de los padres se encuentra bajo el cuidado de los menores hijos que el matrimonio o la unión de hecho hayan procreado.

Los continuos conflictos que se generan entre los padres para ponerse de acuerdo respecto de quien ejercerá la tenencia legal de los hijos, genera en muchos casos grandes disputas dentro de los fueros judiciales. Ante ello; la justicia peruana publicó la Ley N° 31590, la misma que hace de la tenencia compartida una regla de aplicación general; siendo que antes de la aplicación de la presente ley; la tenencia exclusiva era la regla general, siendo la tenencia compartida la regla de excepción a aplicar por el juzgador dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La resolución No. VEINTINUEVE de fecha 21 de junio del año 2022, emitida por el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente No. 22319-2017, se pronuncia disponiendo que ambos padres ejerzan la Tenencia Compartida de su menor hija. A través de esta resolución el operador de justicia aplica la figura de la Tenencia Compartida como regla general.

El presente informe, tendrá como propósito entonces el poder identificar problemas netamente jurídicos en los que haya incurrido el juzgador del Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima al momento de emitir su Sentencia (Resolución N° Veintinueve); teniendo en cuenta que esta no fue la primera sentencia que había emitido el juzgador en el presente proceso, pese a que el petitorio de la demandante desde el inicio del proceso hasta antes de la emisión de sentencia fue de que se le otorgue la tenencia exclusiva de su menor hija.

Se analizarán los presupuestos procesales aplicables en la presente resolución, medios impugnatorios, decisiones emitidas en segunda instancia e incluso se

vislumbrará los efectos de la nulidad de las resoluciones judiciales. Es por ello que, es correcto señalar que no nos limitaremos a analizar el caso conforme se nos presenta e incluso la decisión judicial; sino también el fondo mismo del caso en concreto, las instituciones procesales y su debida aplicación.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES**

### **2.1 Antecedentes**

El presente proceso judicial tiene como antecedente, un proceso de Variación de Tenencia interpuesto por el señor Luis Francisco Landeo García, quien para el caso en concreto es el demandado. Que, el Décimo Séptimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; mediante Resolución N° Veintiuno de fecha 11 de julio del 2016 (*Expediente N° 6422-2014*), le otorga la tenencia exclusiva al señor Luis Francisco Landeo García y otorgan un Régimen de Visitas en favor de la madre, la señora Ivonne Isabel Caldas Chávez; la misma que fue Confirmada por Sentencia de Vista (Resolución N° 04) de fecha 08 de marzo del año 2017, y que fuera emitida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Transcurrido aproximadamente 07 meses desde que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emitiera su Sentencia de vista en el expediente N° 6422-2014; la señora Ivonne Isabel Caldas Chávez, acude a la justicia para interponer una demanda de Variación de Tenencia respecto de su menor hija Daniela Francisca Landeo Caldas, quien para esa entonces contaba con 09 años de edad.

### **2.2 HECHOS RELEVANTES DEL CASO**

#### **ACTOS POSTULATORIOS:**

Con fecha 31 de octubre del año 2017, la señora Ivonne Isabel Caldas Chávez interpone demanda de Variación de Tenencia en contra del señor Luis Francisco Landeo García, formulando las siguientes pretensiones:

▪ **Pretensión Principal:**

Como pretensión principal solicita que, de una tenencia unipersonal en favor del demandado, con un régimen de visitas (limitado) en favor de la demandante y de sus abuelos de parte de madre, a una unipersonal a su favor en condición de madre con un régimen de visitas totalmente abierto en favor del padre, con externamiento, sin supervisión. Es decir, que solicita se le otorgue la Tenencia Exclusiva de su menor hija Daniela Francisca Landeo Caldas.

La señora Ivonne Isabel Caldas Chávez sustenta su demanda señalando que:

**1)** su hija es una niña de nueve años y que está a punto de entrar en la etapa de la pubertad, edad en la que experimentará la menor cambios a niveles personales, corporales y psicológicos, y a puertas de tener su primer periodo; por lo que se hace de necesario que ella sea el soporte emocional de su hija caso contrario se pondría en riesgo la integridad moral y psicológica de la menor. **2)** El señor Landeo García no cuenta con un puesto laboral seguro, realizando trabajos esporádicos, teniendo por ello que dejar a su menor hija en compañía de terceras personas extrañas a ella, debido a la necesidad del demandado de tener que salir del domicilio. **3)** Señala que su menor hija se encuentra emocionalmente destrozada, ello sustentado en fotografías, mensajes y un informe psicológico de la niña: razón por la cual requiere estar más tiempo con su hija, ya que el padre no permite que ella este más tiempo con su hija, tratando así destrozarse el lazo materno filial. Y finalmente, **4)** que, con las pruebas incorporadas, acredita que su hija se encuentra incómoda con la situación de vivir con el demandado, indicando que éste último no tiene tiempo para ella, que se alimenta en cualquier lugar, que la niña no tiene con quien quedarse en el hogar paterno, no tiene lavada la ropa de la niña, que la menor se baña cada dos días y que en ocasiones ha dejado de bañarse de 4 o 5 días; es decir que no cumple a cabalidad con su rol paterno; siendo este hecho una clara situación de riesgo para su menor hija.

Mediante Resolución N° Dos de fecha 28 de noviembre del año 2017, admiten a trámite la demanda interpuesta por la señora Caldas Chávez, corriendo traslado al señor Landeo García.

- **Contestación de demanda:**

Con fecha 21 de diciembre del 2017 y dentro del plazo conferido por el juzgador, el señor Luis Francisco Landeo García contesta la demanda incoada en su contra, solicitando que la misma sea declarada infundada.

El señor Landeo García sustenta su pedido en los siguientes fundamentos: **1)** Que, la demandante nuevamente ha retomado su situación sentimental y cabe la posibilidad de que vuelva abandonar a su hija para radicar en Escocia, dejando a su hija al cuidado de los abuelos maternos y alejándola de él, vulnerando el vínculo paterno filial que existe entre ellos. **2)** Que, cuando la demandante contaba sólo con la tenencia de hecho de la menor hija de ambos, para él fue casi imposible que tuviera algún acercamiento con su hija, incluso las llamadas vía telefónica fueron muy restringidas, y **3)** Por último, señala que su menor hija se encuentra en excelentes condiciones tanto emocionales, físicas y psicológicas. Que es una de las mejores alumnas de su centro educativo, aprendiendo buenos hábitos y responsabilidades, los mismos que eran ausentes cuando la niña vivía y estaba bajo los cuidados de la señora Caldas Chávez.

- **Fijación de Puntos Controvertidos:**

Con fecha 17 de abril del año 2018 se llevó a cabo la audiencia única ante el Décimo Primer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el cual se fijaron los siguientes puntos controvertidos: **1)** Determinar si corresponde la variación de la tenencia de la niña Daniela Francisca Landeo Caldas en favor de la señora Ivonne Isabel Caldas Chávez; y **2)** Establecer si corresponde un régimen de visitas a favor del señor Luis Francisco Landeo García en caso proceda el petitorio de la demandante.

- **Resolución de Primera Instancia (Sentencia):**

Mediante Resolución No. 24 de fecha 14 de julio de 2021, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima declaró **(1)** Declarar fundada en parte la demanda interpuesta por Ivonne Isabel Caldas Chávez en contra del señor Luis Francisco Landeo

García; y, **(2)** Establece de manera adicional un Régimen de visitas en favor de la madre demandante, la misma que amplía el Régimen de visitas establecido en la sentencia de fecha 11 de julio del año 2016, otorgada por el Décimo Séptimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El Juzgado sustentó su decisión basándose en los resultados de la Entrevista de la niña Daniela Francisca Landeo caldas, la misma que se realizó en Audiencia Única de fecha 17 de abril del año 2018, corroborando con ello que la niña ya venía viviendo con el demandado desde el año 2018, y que la propia niña indicó que se sentía muy bien viviendo con su papá, apreciando el juzgador la buena relación que existe entre la niña y sus progenitores. Acredita también que la niña en ocasiones pernocta con la madre en el hogar materno.

Asimismo, toma en cuenta el protocolo de pericia psicológica N° 945-18-SJR-EM-PSI fechado con 03 de abril del 2018, realizado a la niña; indicando que la menor no puede ser llevada de un lugar a otro ya que podría alterar su estabilidad emocional y psicológica, desprendiéndose de aquí que no es recomendable para el juzgador que la niña Landeo Caldas deba de ser trasladada de un lugar a otro.

Otro instrumento de fundamentación en esta primera instancia es el Informe Social y el Informe Psicológico realizado en el domicilio del demandado; los mismos que acreditan primero, que el ambiente en donde vive la niña Daniela junto a su padre reúne las condiciones adecuadas y que no representa ningún peligro para la integridad en general de la niña; y segundo que el demandado se encuentra en buenas condiciones de poder ejercer su rol paterno.

Mediante escrito de fecha 22 de julio del año 2021, la señora Caldas Chávez interpone recurso impugnatorio de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en el extremo de que establecen un régimen de visitas a la señora caldas Chávez, ampliando así el régimen de visitas ya obtenido en el proceso signado con el expediente No. 6422-2014.

Fundamenta su apelación en tres puntos. El primero de ellos es que el Juez incurrió en error al no haberse pronunciado sobre el petitorio de la variación de tenencia demandada, habiendo el juzgador otorgado una ampliación de régimen de visitas que ella no solicitó. El segundo, es que el juzgado no valoró todos los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante, y que sólo los ha citado de forma literal sin que haya realizado un debido análisis a los mismos; y, tercero, que el juzgador no tomó en consideración la opinión de su menor hija, ya que, según la demandante, era evidente que los derechos de su niña estaban siendo vulnerados.

▪ **Resolución de Segunda Instancia (Sentencia de Vista):**

Antes de la emisión de la sentencia de vista que resuelve el recurso impugnatorio interpuesto por la parte demandante, se lleva a cabo una audiencia complementaria ante la Sala, en la cual nuevamente es entrevistada la hija de las partes procesales.

Mediante Resolución No. Ocho de fecha 22 de noviembre de 2021 (en adelante denominado "*Sentencia de Vista*"), la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró nula la sentencia de primera instancia, reponiendo el proceso al estado en el que el juzgado de primera instancia emita nuevamente sentencia.

La Primera Sala en su Sentencia de Vista señaló que en el proceso se fijaron como puntos *controvertidos* i) *Determinar si corresponde la variación de la tenencia de la menor de iniciales D.F.L.C a favor de su progenitora doña Ivonne Isabel Caldas Chávez de Guzmán;* ii) *Establecer si corresponde un régimen de visitas a favor del progenitor de la menor, don Luis Francisco Landeo García, en caso proceda el petitorio de la demandante, conforme a lo solicitado.*

Asimismo, señala que el juzgador no se pronunció respecto de la Variación de Tenencia solicitada por la señora Caldas Chávez; y que en vez de dicho pronunciamiento otorgó una ampliación de régimen de visitas a favor de la madre, sin que ella lo haya solicitado en su petitorio, por lo que ello evidencia la

***incongruencia entre lo peticionado y lo resuelto***, vulnerando los principios de la adecuada motivación y las garantías del debido proceso.

Determina la sala que la sentencia de primera instancia contiene vicios insubsanables y que la misma debe declararse nula, ello en concordancia con el artículo 171° del Código Procesal Civil, razón por la cual reponen el proceso al estado en que el Juez de primera instancia resuelva teniendo en cuenta lo expuesto en la sentencia de vista.

▪ **Resolución Reformulada de Primera Instancia (Sentencia):**

Mediante Resolución No. 29 de fecha 21 de junio del 2022, el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emite nuevamente sentencia declarando: **1)** Declarando fundada en parte la demanda interpuesta por Ivonne Isabel Caldas Chávez contra Luis Francisco Landeo García sobre variación de tenencia. **2)** Dispone que ambos padres ejerzan la Tenencia Compartida de su menor hija y; **3)** Establece la residencia dividida de la niña Daniela Francisca Landeo Caldas de la siguiente manera: *i) El señor Landeo García continuará ejerciendo la tenencia de su hija conforme se indica en la sentencia 6442-2014 (la que le otorgó la tenencia exclusiva); y, ii) La señora Ivonne Isabel Caldas Chávez ejercerá la tenencia de su hija sólo los días que fueron otorgados como “ampliación de régimen de visitas en favor de la recurrente” señalada en la resolución 24.*

Los fundamentos del juzgador para emitir el resolutorio de la presente sentencia, son los mismos fundamentos que señaló en su primera sentencia recaída en la resolución No. 24 de fecha 13 de julio del 2021. Es decir que mantiene su posición de que no es conveniente el cambio de un lugar a otro de la niña, y que el lugar en donde vive con el señor Landeo García no representa un peligro para ella.

Sin embargo; hace una precisión sobre la entrevista de la niña en la audiencia complementaria realizada en Sala. Señalando finalmente que la niña estaba de acuerdo en que se pueda establecer una tenencia compartida, así podría pasar

más tiempo con la señora Caldas Chávez, pero que se siente bien estando con el señor Landeo García.

Mediante Resolución N° Treinta y dos de fecha 24 de mayo del 2023, el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima resuelve declarar CONSENTIDA la sentencia expedida mediante Resolución N° 29 de fecha 21 de junio del 2022.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

Teniendo en cuenta todos los hechos del caso desarrollado en el numeral anterior, se puede advertir que la resolución No. 29 (Sentencia) emitida por el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, nos permite formular ciertos cuestionamientos respecto del pronunciamiento del juzgador y sobre diversas instituciones procesales, como es el caso del Principio de Congruencia, Principio de Valoración de los Medios Probatorios; Principio de la Motivación de Resoluciones Judiciales, Principio de la Tutela Jurisdiccional Efectiva así como cuales son los Efectos de la Nulidad respecto de las resoluciones judiciales.

En consecuencia, los problemas que se resolverán en el desarrollo del presente informe son los siguientes:

**3.1 Primer Problema Jurídico:** ¿Hasta qué grado el Juez puede flexibilizar el Principio de Congruencia en los procesos de Tenencia; pudiendo fundamentar su decisión aplicando el Tercer Pleno Casatorio?

**3.2 Segundo Problema Jurídico:** ¿La Sentencia (Resolución N° 29) emitida por el Vigésimo Primer Juzgado Especializado de Familia de Lima cumplió con subsanar el defecto material detectado por la Instancia Superior (sentencia de vista)?

**3.3 Tercer Problema Jurídico:** ¿Podría la Instancia Superior detectar, pronunciar y subsanar el extremo señalado, de encontrarse vicios de motivación en la Sentencia?

**3.4 Cuarto Problema Jurídico:** ¿Se cumplió con los efectos de la nulidad declarada por la Sala Superior en contra de la sentencia de primera instancia?

#### IV. MARCO TEÓRICO/CONCEPTUAL:

##### A. Normas:

**4.1. Código de los Niños y los Adolescentes:** Es de suma importancia referirnos al presente cuerpo normativo, toda vez que la pretensión principal (materia controvertida) del presente proceso se encuentra referido a la figura de Variación de Tenencia, y como una pretensión accesoria de la principal tenemos un otorgamiento de Régimen de visitas.

Dentro del Capítulo II del presente cuerpo normativo, para ser exactos, el artículo 82° se regula la Variación de Tenencia, la misma que mediante la Ley N° 31590 publicada el 26 de octubre del año 2022 modificó dicho artículo señalando en el mismo que para que se proceda con la variación de tenencia, el Juez debería de tomar en cuenta la conducta del padre, señalando para ello tres situaciones:

*“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.”*

Cabe señalar que, al momento de la emisión de la Sentencia en el que recae nuestro informe, aún no se encontraba en vigencia dicha modificación del artículo señalado.

**4.2. Código Procesal Civil:** El presente cuerpo normativo es de importante relevancia para la realización del presente informe; ya que en él se encuentran reguladas los principios procesales aplicables en el caso concreto. Y no sólo nos limitaremos, como se indicó en la introducción del presente, en el tema de derecho de familia; sino que, además abordaremos otros temas e instituciones procesales, como es el caso de la nulidad y de sus efectos.

De manera particular, realizaremos un análisis en torno a los siguientes artículos del presente dispositivo normativo: Artículo VII del Título Preliminar, y los artículos referidos a los efectos de la nulidad (Título VI).

**4.3. Protocolo de participación judicial del niño, niña y adolescente:** Aprobado mediante Resolución Administrativa N° 228-2016-CE-PJ. En el presente cuerpo de reglas para la participación del niño y adolescente dentro de los procesos judiciales, reconociendo al niño su derecho a ser oído, teniendo en consideración que los procesos judiciales y el mismo procedimiento en sí no han sido considerados para la presencia de menores ante los fueros judiciales.

No debemos tampoco perder de vista, las grandes barreras judiciales cuando un niño, niña o adolescente se presenta ante un proceso judicial; empezando por el lenguaje complicado que utiliza el propio operador de justicia; el mismo que ha sido utilizado en el presente proceso.

## **B. Conceptos:**

**4.4. Tenencia:** Que, el artículo 81° del Código de los Niños y los Adolescentes no señala un concepto respecto de lo que es la Tenencia y sólo señala que este atributo debe ser asumido por ambos padres siempre y cuando lleguen a un acuerdo; y de no existir el mismo, será el Juez quien determine como primera regla general que la tenencia debe de ser compartida o en su defecto será exclusiva sólo para uno de los progenitores, esto salvaguardando el Interés Superior del Niño.

Ahora bien, partiendo del concepto de Patria Potestad, es aquella Institución Familiar en el cual los padres tienen el derecho y el deber de velar por sus hijos, esto en concordancia con el artículo 418° del Código Civil el mismo que señala *“Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”*. Así entonces, esta patria potestad se encuentra basada en atributos que son otorgados a los padres respecto de sus menores hijos; siendo uno de estos atributos la Tenencia.

Cuando hablamos de tenencia, nos referimos sobre todo a ese derecho que recae en ambos padres y en ocasiones a sólo uno de ellos, esto dependiendo la situación de convivencia o de separación en la que encuentren los padres. Y este derecho tiene como elemento primordial que el menor se encuentra permaneciendo físicamente bajo sus cuidados y protección.

Normalmente; cuando una relación o matrimonio llega a su fin y se encuentran de por medio hijos menores de edad; existe una disputa de quien ostentará la tenencia de los hijos menores; y esta solución lamentablemente en la mayoría de las veces es solucionada en los fueros judiciales.

**4.5. Variación de Tenencia:** La variación de tenencia, más que un atributo de la patria potestad; es un mecanismo para que el progenitor quien no ostenta el cuidado directo de sus hijos por haber sido vencido en un proceso judicial anterior; o porque otorgó la tenencia de los

menores vía Acta de Conciliación extrajudicial; pueda solicitar, valga la redundancia, su variación, con la finalidad de que el padre o madre solicitante pueda ser quien cuide de manera directa a sus menores hijos; otorgándole el juez un régimen de visitas en favor del padre o madre quien, por las nueva circunstancia ya no será responsable del cuidado directo de los hijos. .

Para que la misma sea plausible; el padre o madre deberá de ofrecer nuevos medios probatorios en los cuales pueda fundamentar el pedido de variación de tenencia. Ya el artículo 82° del Código de los Niños y los Adolescentes ha regulado esta figura de la variación de tenencia otorgando al Juez ciertas características en las que debe de incurrir la conducta del progenitor quien ostenta la tenencia legal del menor de edad.

Volvemos a recalcar que; antes de la modificatoria del 26 de octubre del 2022, en nuestro Código de los Niños y los Adolescente no se habían regulado los parámetros a tener en cuenta por parte del operador de justicia respecto de la conducta del padre o madre demandado(a), es decir de quien esté ostentando la tenencia del menor.

Y no sólo señala ciertos parámetros; sino que viabiliza el obtener un “régimen comunicacional” al padre que s encuentre impedido de poder ver al menor de manera física, apoyándose en la tecnología para poder fortalecer el vínculo entre el padre o la madre y el menor.

**4.6. Tenencia Compartida:** Cuando nos referimos a la figura de la tenencia compartida, estamos ante un escenario en el cual ambos progenitores, padre y madre se encuentran residiendo con los menores, compartiendo con ellos en intervalos equitativos de tiempo; lo que comúnmente podríamos llamarlo “coparentalidad”.

Esta coparentalidad, se encuentra referida a como los progenitores van a ejercer de manera conjunta el cuidado de los menores hijos,

aplicando pautas de crianza, apoyo mutuo y continua coordinación, todo ello en beneficio de sus menores hijos.

Para Pacheco Beltrán (2009), señala que:

(...) esta coparentalidad debe ser entendida como parte de las obligaciones que todo padre debe tener respecto de sus hijos y no como una práctica reciente ya que, por las propias características económicas de cada familia y el desenvolvimiento de las mismas, tanto padre como madre deben proveer económicamente el hogar y, de esta forma el ejercicio de la patria potestad no estaría referida solo a uno de los progenitores.

La tenencia compartida, en el Código de los Niños y los adolescentes se encuentra regulada en el artículo 81°, la misma que recientemente fue modificada mediante la Ley N° 31590 publicada el 26 de octubre del año 2022; y que cambia la regla de la tenencia en el Perú.

Si antes de la modificatoria, la tenencia compartida era la excepción que el juez debía de aplicar; ahora, esta figura de la tenencia compartida ha pasado a ser la regla general al momento de que el juez emita su sentencia.

- 4.7. Debida motivación de sentencias:** De manera sucinta, la motivación de una sentencia hace referencia a las razones con las que el juez justifica o fundamenta la decisión adoptada en el fallo (sentencia) de un proceso.
- 4.8.** Con ello, el operador de justicia busca justificar a las partes del proceso cual fue el razonamiento adoptado para arribar a la decisión plasmada en la sentencia; y con el cual trata de buscarle solución a la controversia.

- 4.9.** Según lo arribado en la Casación N° 4006-2014, 2015, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento del debido proceso y; además, se ha considerado como principio y derecho de la función jurisdiccional consagrado en el artículo 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, norma constitucional que ha sido recogida en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el inciso 6 del artículo 50 e incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, y cuya contravención origina la nulidad de la resolución.
- 4.10.** Con lo señalado en el párrafo precedente, la importancia de la motivación en las decisiones judiciales asegurará que los operadores de justicia en todas las instancias puedan explicar los fundamentos legales que respaldan sus resoluciones en un caso, y así poder garantizar que la administración de justicia se realice con todas las garantías en concordancia con la Constitución y las normas legales; además de facilitar el derecho de defensa de las partes involucradas de dicha controversia.
- 4.11.** La motivación implica entonces proporcionar una justificación lógica, fundamentada y en concordancia con las normas constitucionales, así como con los hechos y lo peticionado por las partes involucradas. Por lo tanto, una motivación adecuada y suficiente abarca tanto la fundamentación fáctica como la fundamentación jurídica.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS:**

### **A. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:**

- 5.1.** Partiendo del punto que, el Juzgado de primera Instancia al emitir nuevamente su sentencia, vuelve a fallar respecto de un pedido que no fue solicitado por la demandante; toda vez que el petitorio y los puntos controvertidos del presente proceso fue que se varíe la tenencia de la menor y se otorgue la tenencia exclusiva de la misma a

la madre; además de ello como pretensión accesoria solicitó que se le otorgue un Régimen de Visitas amplio y con externamiento al padre, habiendo el juzgado de primera instancia en una primera sentencia otorgado una ampliación a un régimen de visitas para la madre; y en una segunda sentencia, otorgando una Tenencia Compartida, no habiendo motivado debidamente su decisión y nuevamente fallando por segunda vez sobre un pedido no solicitado por la demandante. Entonces, *¿hasta qué grado el Juez puede flexibilizar el Principio de Congruencia en los procesos de Tenencia; pudiendo fundamentar su decisión aplicando el Tercer Pleno Casatorio?*

- 5.2. Para ir a más profundidad respecto al tema; ya la Instancia Superior había detectado la vulneración al principio de congruencia procesal, indicando en su fundamentación que el juzgador no se había pronunciado sobre el petitorio de la demandante, generando así que la sentencia contenga vicios de nulidad insalvables y, por ende, debía de pronunciarse explícitamente sobre lo peticionado.
- 5.3. Nuestro ordenamiento jurídico, y para ser más precisos, el Código Procesal Civil, en el artículo VII del Título Preliminar señala que *“El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”*.
- 5.4. Claramente la presente definición se refiere al Principio de Congruencia Procesal, el cual dota de seguridad a los justiciables de que el juez no se pronunciará sobre un pedido no solicitado por una de las partes; toda vez que ello derivaría a un estado de indefensión a la parte no beneficiada. Por lo que el deber del juez es el de brindar de seguridad jurídica y este principio es uno de los parámetros que debe de respetar y cumplir.

- 5.5.** Una vez vulnerado este principio, también el juez estaría vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que es considerada como base de un proceso, ya que ésta otorga de garantías a los justiciables que se cumplirán todos los requisitos formales del proceso, así como las normas de orden público.
- 5.6.** Al respecto, Giovanni Priori señala lo siguiente respecto a lo que supone el principio de congruencia procesal:

*“(i) el juez no puede omitir pronunciarse respecto a lo debatido por las partes; (ii) tampoco puede conferir un remedio o una defensa si las partes no la han formulado; (iii) dar más allá de lo que estrictamente fue pedido; o (iv) menos de lo que las partes han aceptado”* (Priori Posada 2019: 121-122).

- 5.7.** Es entonces que para Priori, resaltar una postura razonable sobre la imparcialidad del juez y del sistema judicial, encuentra su enfoque central en la garantía del rol que juega el magistrado en su formas más justa y objetiva posible, dando por sentado que todas las partes mantengan la misma oportunidad de defensa y argumentación.
- 5.8.** Asimismo, cabe resaltar que todo pronunciamiento argumental presentado por las partes, destacaría en importancia para que sean consideradas antes el magistrado como aspectos relevantes y de valor, y sean a su vez, tomadas como bases para la motivación correspondiente a su decisión. Además, deja en claro que el rol del juez no es dar soluciones o remedios durante la defensa de los argumentos brindados por las partes sino violaría en cierto modo el principio de imparcialidad, al brindar algún recurso procesal que no se haya invocado en su oportunidad.

**5.9.** Llegado a este punto; y remitiéndonos a lo señalado por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; observó esta vulneración al principio de congruencia procesal, señalando que el juez de primera instancia no se pronunció sobre el petitorio principal de la demandante, y resolvió otorgar una Ampliación al régimen de visitas judicial en favor de la madre, el mismo que fuera otorgado en un proceso judicial anterior; cayendo el juez de primera instancia en uno de los supuestos de incongruencia procesal, faltando a la motivación suficiente y en cierto modo viciando su decisión.

**5.10.** Las formas en como esta incongruencia procesal se puede presentar son las siguientes.

- ✓ Incongruencia citra petita: Es aquella en la cual el juez ha omitido en pronunciarse respecto al pedido solicitado por parte del demandante.
- ✓ Incongruencia extra petita: Es aquella en la cual el juez termina pronunciándose sobre algún remedio que el demandante no ha solicitado en su pretensión.
- ✓ Incongruencia ultra petita: Es aquella en la cual el juez termina concediendo más de lo que ha sido solicitado por el demandante en su pretensión.
- ✓ Incongruencia infra petita: Es aquella en la cual el juez termina concediendo menos de lo que el demandado ha tenido a bien en reconocer que va a concederle al demandante o viceversa.

**5.11.** Analizando la sentencia, claramente observamos en el resolutorio de la misma, encontramos dos tipos de incongruencia:

- Analizaremos en primer lugar la Resolución N° 24 que fue la primera emitida por el Vigésimo Juzgado. La demandante

solicitó la variación de la tenencia, la misma que ostentaba el padre; y que la misma sea variada a una tenencia exclusiva, en la cual sea ella, la madre quien ahora ostente la tenencia exclusiva de su menor hija; solicitando también que se otorgue un régimen de visitas al demandado; padre de la menor.

Al emitir la primera sentencia; (Resolución N° 24), el magistrado declara FUNDADA EN PARTE la demanda; sin embargo; omite señalar si otorga o no la tenencia exclusiva a favor de la demandante; es aquí en donde se aprecia la OMISIÓN de pronunciamiento del petitorio principal, el mismo que ha sido fijado como punto controvertido; encontrándonos en una incongruencia citra petita, en el cual el juez omitió pronunciarse sobre lo solicitado por la madre demandante.

Mas, el juez continúa desarrollando su fallo; otorgando además una AMPLIACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS en favor de la demandante; quien; ya contaba con un régimen de visitas otorgado en un proceso anterior también de variación de tenencia, en el cual ella fuera la parte demandada.

Como se observa, en esta parte final de su sentencia, el juez ha excedido el alcance de la solicitud de la demandante al concederle un régimen de visitas adicional, petición que no fue formulada en su demanda inicialmente y que mucho menos fue fijada como un punto controvertido. Podemos indicar que nos encontramos la figura extra petita.

- Al haber sido declarada nula la sentencia contenida en la Resolución N° 24; el juzgador emite la Resolución N° 29; en la cual nuevamente vuelve a declarar FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por la demandante; pronunciándose respecto de la tenencia solicitada.

En dicho pronunciamiento, el juez decide en primer lugar otorgar la TENENCIA COMPARTIDA en favor del padre y la madre respecto de su menor hija; sin embargo, el juez señala lo siguiente “*la tenencia seguirá siendo ostentada por el padre [...]*”; conforme a la sentencia emitida en el expediente judicial anterior (Exp N° 6422-2014)

**5.12.** Respecto al Tercer Pleno Casatorio de fecha 18 de marzo del 2011, emitido por la Casación 4664-2010 en Puno, sobre Indemnización en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho; en el extremo que se pronuncia sobre la flexibilidad del principio de congruencia, cabe señalar lo siguiente:

- Se reconoce que tanto el principio de congruencia, preclusión y eventualidad procesal son de exigir ante el juez para que se pronuncie de manera objetiva sobre hechos y el petitorio que se hayan formulado en la etapa postularia del proceso. Ya sean, bajo acumulación objetiva alternativa, subordinada o accesorio.
- Asimismo, reconoce que los procesos de materia de familia suelen tener características en que las partes no llegan a expresar por completo los conflictos íntimos y personales, que no se llegan a exponer; estando incluso estos procesos a proteger la dignidad de las partes intervinientes.
- En tal sentido, el juez se encuentra facultado para ejercer de manera flexible la incorporación o ampliación del petitorio siempre que, esta esté implícita al pedido original y que la ley la exige, o de manera tácita por su naturaleza accesorio.
- Por consecuencia, se delimita esta facultad de flexibilidad por parte del juez, de acumular tardía o tácitamente pretensiones hasta el saneamiento del proceso.

**5.13.** En conclusión, el nivel o grado de flexibilidad del principio de congruencia que puede otorgar el juez a la hora de sentencias está delimitada a la presentación tardía o acumulación tacita de pretensiones hasta el momento de sanear el proceso, y fijación de puntos controvertidos. Pues si bien, el juez se encuentra facultado para ejercer la aplicación del derecho, esta a su vez no puede ser abusiva ni contrariar los principios generales del debido proceso, ni mucho menos vulnerar el derecho a defensa.

## **B. SEGUNDO PROBLEMA JURIDICO**

**5.14.** Del desarrollo de este segundo problema, cabe señalar como característica de análisis, que el cuerpo de la Resolución N° 24, en gran parte es exactamente igual a la Resolución N° 29, a excepción de un nuevo considerando el cual se dirige a la realización de una audiencia complementaria en la Segunda Instancia donde se llevó a cabo una entrevista a la menor de quien se está debatiendo la variación de tenencia. Y de este resultante, generar nueva y completaría motivación para subsanar la resolución viciada.

Por tanto, debemos preguntarnos: *¿La Sentencia (Resolución N° 29) emitida por el Vigésimo Primer Juzgado Especializado de Familia de Lima cumplió con subsanar el defecto material detectado por la Instancia Superior (sentencia de vista)?*

**5.15.** Para esto debemos observar y señalar el vicio detectado por la instancia superior mediante la Resolución N°4 emitida por la 2da Sala Especializada de Familia. Que, según la Corte Suprema, define a los puntos controvertidos como los hechos expuestos por las partes y que tiene una relación directa y necesaria con la materia del proceso, en otras palabras, el petitorio.

**5.16.** En tal sentido que extendernos más allá de los puntos que se encuentran fijados dentro de la controversia, solo nos dejaría en la

indefensa posición de no poder argumentar lo contrario. Asimismo, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, predispone que el Juez se encuentra obligado a resolver sobre el derecho que corresponde la materia del proceso, sin que se invoque o se haya realizado erróneamente.

- 5.17.** En tal sentido, Martin Hurtado Reyes en su obra “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, expone la existencia de una patología de la motivación a la cual la denomina como incongruencia objetiva, y es definida como ese divorcio que tiene el juez con el objeto del proceso, contenido por el petitorio y todo lo expresado tanto en la demanda y su contestación. (2009: 138-146)
- 5.18.** Concluyendo, la Resolución N°4 de la instancia Superior, con el cual se declara NULA la sentencia contenida en la Resolución N° 24 y se devuelva con la finalidad de que se emita nueva sentencia, señalando el extremo viciado, reconociendo que se vulnero el principio de congruencia, en tal forma que, el A quo sentencio de manera extra petita.
- 5.19.** Teniendo esto como antecedente, pasamos a realizar el análisis del problema en sí. Pues la Sentencia que recae en la Resolución N°29, expresa de oficio la motivación que tiene para haber sentenciado una Tenencia Compartida basándose en los presupuestos del artículo 81 del Código del niño y Adolescente, apoyándose en que bajo el principio del interés superior del niño podría disponer de la tenencia compartida, siempre que salvaguarde tal principio. Asimismo, se respalda en el artículo 82 del mismo cuerpo normativo, facultándose que, si resultase necesaria la variación de tenencia, el magistrado podría ordenar bajo el apoyo de un grupo multidisciplinario, se efectúe de manera gradual esta variación.
- 5.20.** Lo que, nos hace traer a colación lo desarrollado párrafos atrás respecto al oportuno uso de la flexibilidad del principio de congruencia.

Ya que, bajo lo expuesto por el magistrado no cumple con los requisitos delimitados por el tribunal constitucional al punto que: 1) Este petitorio no se encuentra inherente al presentado en la etapa postulatoria, ni fue presentada de manera tardía hasta el saneamiento procesal, que se da con la fijación de puntos controvertidos; y, 2) No es una pretensión accesoria que pueda ser acumulada por su mera naturaleza.

- 5.21.** Así también, toma en consideración la entrevista realizada a la menor mediante una Audiencia Complementaria realizada el 21 de octubre del 2022, ya que al inicio del proceso la menor era una niña de 09 años de edad y al momento de la citada audiencia era ya una pre adolescente de 11 años de edad, por tal motivo y configurarse como sujeto de derecho, tiene el derecho a dar su opinión y ser escuchada, ello en concordancia a lo normado por el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente. Esta audiencia se llevó a cabo en presencia de un representante del Ministerio Público para salvaguardar el orden del llevado a cabo.
- 5.22.** El señor magistrado entonces toma parte de lo manifestado por la menor respecto a cómo se sentía viviendo con su padre, y que tanto extraña a la madre. Siendo preguntas realizadas por los magistrados de la 2da Sala Especializada de Familia y la representante del Ministerio Público. Para que finalmente en la misma audiencia, a consecuencia de la opinión de la señora Fiscal sobre una posible conciliación y desembarcar en la solución de una posible tenencia compartida, así como la voluntad de las partes para conversarlo, el señor juez de primera instancia tome esto último como motivo suficiente para otorgar como nuevo fallo, bajo la misma motivación aparente de la resolución declara nula, una tenencia compartida entre las partes.
- 5.23.** Entonces, respondiendo a nuestra interrogante, la sentencia emitida por el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, no

cumpliría con los extremos detectados que vulnera el principio de congruencia, pues por todo lo antes expuesto no configura dentro de la flexibilidad, ya que no cumple con los límites que respaldan la igualdad de armas ante el proceso, incluso el llamado acto conciliatorio no faculta ni es menester vinculante para ingresar al proceso como una acumulación objetiva alternativa, subordinada o accesorio. Pues, esto nos lleva indirectamente a tocar el tema de la motivación de la Resolución desde un plano teórico, ya que, para reafirmar y respaldar nuestra postura debemos apoyarnos en todas las críticas y experiencias del conocimiento científico legal.

**5.24.** Para Michael Taruffo (2006) existen 3 teorías de la motivación:

1. La teoría del silogismo judicial, a. Falsedad y falta de completitud de la teoría silogística, b. Límites de las críticas a la teoría silogística, c. El uso del silogismo por parte del juez, d. Las implicaciones ideológicas de la teoría silogística;
2. La teoría tópica del razonamiento jurídico, a. Esbozos críticos sobre la teoría tópica de la decisión, b. Tópica y lógica en la motivación, c. El papel del razonamiento tópico en la motivación;
3. La teoría retórica de la argumentación jurídica, a. Retórica y tipos de razonamiento jurídico, b. El problema del “auditorio universal”, c. El papel de la argumentación retórica en la motivación. (p.141)

**5.25.** Sobre la teoría del silogismo judicial, podríamos decir que, es el enfoque doctrinario utilizado con más frecuencia por la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico y nuestro sistema germánico romano. Cuya finalidad es el razonamiento a base del silogismo, como tipo de argumentación compuesta por dos premisas y una conclusión resultante.

**5.26.** Respecto a la motivación de sentencias, y la necesidad de que estas se vean reflejadas en los fundamentos y justificaciones que las

contienen, el uso del silogismo jurídico o judicial busca garantizar que dicho fallo guarde la coherencia y la transparencia dotada del debido proceso.

- 5.27.** Sobre la teoría tópica del razonamiento jurídico, podríamos decir que, este enfoque del planteamiento de la motivación se lleva a cabo de la identificación de los temas relevantes del caso, no como reglas generales sino como puntos de vista en los que el juez puede apoyar su decisión para fundamentarla. Sin embargo, esto deja abierto que el punto de vista pueda ser incluso desde la perspectiva del silogismo, pues cabe resaltar que no es una postura rígida, más bien, es una de las más flexibles que dota al juez de tomar una decisión basada en sana crítica y las máximas de la experiencia.
- 5.28.** Sobre la teoría retórica de la argumentación jurídica, podríamos decir que, este enfoque está dirigido a identificar la motivación del juez en la que no se basa sobre elementos objetivos como tal, sino que se centra en el razonamiento dialéctico práctico, dejando de lado los razonamientos lógicos demostrativos. En pocas palabras le da el valor de idoneidad cuya formulación no carece de coherencia interna, sino que, proporciona explicaciones convincentes de la aplicación de principios legales, de la valoración de las pruebas contrastándolas con los hechos, y las cuales se fundaran en la conclusión adoptada.
- 5.29.** Finalmente, se llega a la conclusión de que la sentencia emitida por el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia no cumpliría con la finalidad de subsanar lo señalado como vulneración del principio de congruencia en la motivación de la misma, ya que, por más de haber utilizado alguna de las anteriores teorías doctrinarias a la hora de fundamentar y respaldar su decisión, no se cumple con los requisitos de forma de la facultad de flexibilizar los principios vulnerados. En tal sentido, no habría cumplido con subsanar lo señalado por la instancia superior.

### C. TERCER PROBLEMA JURIDICO

- 5.30.** Tras el desarrollo de los problemas anteriores se nos queda una interrogante respecto a la actuación del órgano superior, la 2da Sala Especializada de Familia, en el extremo que encontrándose facultado al instaurar una audiencia complementaria donde se actuó con intención conciliadora, mediante la entrevista realizada a la menor cuya tenencia se encontraba en debate.
- 5.31.** En consecuencia, la interrogante cae por sí misma: ¿Podría la Instancia Superior detectar, pronunciar y subsanar el extremo señalado, de encontrarse vicios de motivación en la Sentencia? Ante esta problemática debemos recordar la estructura y finalidad del proceso, inmiscuyéndonos directamente en la pluralidad de instancias, en otras palabras, la segunda instancia del proceso.
- 5.32.** Podemos observar entonces que el artículo 358° del Código Procesal Civil, señala los requisitos formales de la apelación, recurso impugnatorio que nos abre la posibilidad de acudir a una segunda instancia. El requisito general es expresar el agravio o vicio en la que concurre la sentencia apelada; lo que no es de confundir con el mero interés de recurrir a la impugnación, en otras palabras, que en términos de necesidad no existe implicancia directa con el perjuicio señalado.
- 5.33.** Por otra parte, el artículo 366° del mismo cuerpo normativo, exige un segundo requisito a la apelación, la cual es describir y señalar la naturaleza del agravio, y que esta se respalde con la intención de apelar.
- 5.34.** En la misma línea de pensamientos, podría parecer redundante el tener que dar una explicación del por qué una resolución que resulte desfavorable pueda causar algún perjuicio al apelante, pues debe argumentarse que destinar un apartado del propio recurso para

desarrollar explícitamente el agravio, es de suma importancia y más, si se utilizan las fórmulas generales.

**5.35.** Renzo Cavani, citando a Ariano (2015), señala que:

«sustentar una pretensión impugnatoria» no resulta ser un requisito adicional a indicar los errores que puede tener la resolución y, en suma, a formular la causa de pedir recursal y el pedido recursal. Esto ya trae, por supuesto, la delimitación en cuanto a los extremos impugnados. (p.110)

**5.36.** Pues el autor sugiere, que el agravio aun siendo justificado de manera obvia puede no contener la totalidad de lo solicitado, en tal caso se crea la necesidad de incluir dicha fundamentación al interno del propio recurso. De esta manera se logra garantizar una adecuada fundamentación de la apelación, descripción completa del agravio y de su naturaleza, brindando con esto la debida transparencia que exige el proceso impugnatorio.

**5.37.** Para resumir, el planteamiento de la cita anterior busca demostrar la importancia de la fundamentación del agravio ocurrido por una sentencia de primera instancia que se encuentre viciada en su motivación. Dándole la importancia debida al equilibrio entre el perjuicio y la efectividad del recurso. Ahora bien, entendiendo los puntos resaltantes del recurso de apelación que nos abre la puerta a la segunda instancia, analizaremos las facultades del juez después de la calificación positiva del recurso, así como las posibilidades de realizar actuación probatoria si fuese necesaria para subsanar de manera eficaz y oportuna los vicios de motivación de la sentencia.

**5.38.** Respecto a lo dicho sobre la pluralidad de instancias, el proceso adoptado por el Código Procesal Civil, no es puro en el sentido de que no podría instaurarse un nuevo juicio o que solo debería pronunciarse sobre la decisión anterior. Sino que, nuestro ordenamiento jurídico

está dotado de flexibilidad, facultando al juez a discutir cuestiones de derecho e incluso reevaluar la actuación probatoria.

**5.39.** En ese sentido, el modelo de apelación que contiene nuestro Código Procesal Civil, que la impugnación mediante este recurso no va a implicar en la realización de un nuevo juicio, ni en la revisión total de los hechos y medios probatorios ofrecidos por las partes en la primera instancia. Empero, significa que el enfoque se centraría en las posibilidades de centrar los materiales facticos en casos excepcionales. En simples palabras, nos dota la importante postura de imponer límites a la actuación dentro de la segunda instancia.

**5.40.** Por otro lado, el artículo 374° del Código Procesal Civil, faculta al apelante la presentación de pruebas nuevas que hayan desencadenado en hechos relevantes y que puedan incluso modificar la pretensión presentada en primera instancia.

**5.41.** Así es que Renzo Cavani, citando a Ariano (2015):

El medio probatorio en segunda instancia no puede referirse: (i) a hechos nuevos no alegados oportunamente en primera instancia ni (ii) «a los hechos sobrevenidos al momento del planteamiento de la apelación (para el apelante) o al de su absolución (respecto a cualquiera de las partes)» (P.135)

**5.42.** El hecho de que el juez debe calificar los requisitos de fondo y forma de la apelación, también se dirige a la idea de tener que garantizar que no existan comportamientos de mala fe en el proceso. Lo que, incluye la revisión y calificación cuidadosa de los nuevos medios probatorios que puedan incorporarse a esta segunda instancia.

**5.43.** EL juez entonces debe dar garantía de un minucioso análisis sobre la pertinencia y la credibilidad de estas pruebas nuevas, asegurando que

estas sean legítimas y que no distorsionen el proceso. Entonces debemos referirnos a limitar la presentación de pruebas en dos sentidos:

Primero: los hechos nuevos se refieren a los documentos, mas no a los hechos como tal, siempre que estos documentos se refieran a hechos antiguos que por su idoneidad no se pudieron conseguir antes de la etapa postulatoria; pues en sentido contrario deberían considerarse inapropiados.

Segundo: que en caso de documentos pre existentes a la apelación, debe demostrarse la imposibilidad de conocerlos o de obtenerlos con anterioridad.

- 5.44.** Sobre esto último nos cabe la interrogante que nos pone en la situación de tener conocimiento de algún documento, mas no la posibilidad de obtenerlo. Entonces estaríamos ante una problemática ya que este criterio es fácilmente llevado a puesto. Sin embargo, bajo la lógica cabría también la postura de alertarla en la etapa postulatoria, que dichos documentos no podrían exhibirse más se deja reserva de los mismos.
- 5.45.** Teniendo en cuenta todo lo antes recopilado, podríamos entonces discernir sobre nuestra problemática propuesta. ¿Podría entonces la 2da Sala Especializada de Familia realizar alguna subsanación de oficio de los vicios que vulneren, en este caso el principio de congruencia, en la motivación de la sentencia de primera instancia?
- 5.46.** En este sentido, debemos traer a colación que dicha instancia superior instauró una audiencia complementaria con la finalidad de oír la opinión de la ya preadolescente de la cual se debatía la tenencia. Cabe resaltar que, si el órgano superior está facultado para realizar esta audiencia, también podría generar una valorización de la prueba nueva, que bajo este enfoque cumpliría el segundo sentido del mismo,

una prueba que si bien se conocía no podría exhibirse por la edad de la menor.

**5.47.** Pues bajo esa línea de ideas, la 2da Sala Especializada de Familia podía no tan solo detectar el agravio, sino señalarlo y subsanarlo de oficio, dotando a las partes no tan solo un alivio procesal sino también un mecanismo de defensa y transparencia, siempre que se habilite el uso de la palabra. Ya que, el acto de devolver el estado del proceso al punto en la que el magistrado de primera instancia deba volver a pronunciarse sobre el fallo, lo único que hace es causar la demora y, en parte, quitar la visión de un nuevo saneamiento.

**5.48.** En conclusión, este órgano superior si estaría facultado para que después de una valorización medios probatorio pueda fallar sobre la pretensión solicitada, y de existir vicios tiene el deber bajo los parámetros de flexibilidad de subsanarlos de manera que no se modifique el proceso.

#### **D. CUARTO PROBLEMA JURIDICO**

**5.49.** Por último, y en consecutiva con el desarrollo de los problemas antes planteados, este cuarto planteamiento del problema jurídico nos lleva a analizar de fondo los alcances de la nulidad otorgada por la sentencia de segunda instancia, ya que de manera fáctica no se llegó a resolver o subsanar de manera eficaz la motivación del magistrado de la primera instancia.

**5.50.** Por ende, surge la siguiente interrogante ¿Se cumplió con los efectos de la nulidad declarada por la Sala Superior en contra de la sentencia de primera instancia?

**5.51.** La nulidad, como recurso de impugnación es un tipo peculiar, ya que su actuación sería una solución ante situaciones dependiendo del acto procesal, bajo el contexto que el objeto en cuestión se encuentre

incluido en la resolución. Por ende, podemos observar la existencia de fundamentos de la nulidad, cuyo objetivo se limita a aplicarse sobre casos particulares donde el agravio del derecho es evidente e inevitable. En consecuencia, señalaremos las características resaltantes de estos casos particulares:

- a) Principio de especificidad: está abocado a que para surtir en suficiencia no tan solo debe establecer como requisito de la nulidad estar prescrito en la ley, sino también que dicho requisito tenga como resultado la anulación del acto procesal y que sea expresa de manera clara y concisa.
- b) Principio de validación: la naturaleza de esta excepción detalla que, aun implicando defectos formales de un acto, estos pueden ser corregidos de manera tácita mediante la voluntad de la parte agraviada que haya incurrido en el incumplimiento de las formalidades. Este principio resalta la flexibilidad de remedios sobre vicios de forma de los medios impugnatorios, permitiendo la viabilidad del saneamiento de los defectos.
- c) Principio de Trascendencia: este principio se puede sintetizar de manera que no hay nulidad sin que exista agravio, pues, sólo puede alegarlo la parte que sea perjudicada, invocando el recurso de apelación ante el acto viciado.
- d) Principio de Protección: este principio está dirigido a salvaguardar la coherencia en la que se relaciona el acto de la nulidad, ya que el que la solicita no puede ser quien haya generado el agravio que vicia el acto procesal. Y esto se centra en el enfoque dirigido a que la parte que recurre a la nulidad no puede elegir cuales deben ser los efectos de la misma, es más extendiéndonos al punto que tampoco tendría la posibilidad de aceptar o denunciarlos si no le fuesen convenientes, puesto que esto afectaría de manera directa la buena pro procesal.

- 5.52.** Es así que, Maurino (1992) señala sobre la nulidad implícita: “(...) *el legislador no puede prever en forma detallada y minuciosa las variantes y matices que en realidad asumen las irregularidades del acto procesal, que son causas de nulidad.*” (P.26) Reconociendo que estando en una realidad bastante compleja y dinámica, puesto a que este margen de circunstancias da origen a un abanico de irregularidades.
- 5.53.** Asimismo, se está reconociendo cierta flexibilidad en la interpretación y aplicación de la ley que norman los parámetros de la nulidad. Flexibilidad que va a permitir al juez tener consideración sobre ciertas características sobre casos concretos, evaluando si las irregularidades nacen del propio derecho y si son meritorias de la misma nulidad.
- 5.54.** Que, Ludovico Mortara citado por Maurino (1992) expresa:
- Si la formalidad omitida o el acto incumplido se había establecido como protección especial de una de las partes, la nulidad no puede ser argüida por aquella a quien no alcanza tal protección. Admitir lo contrario, sería incentivar las argucias legales y la mala fe procesal. (P.68)
- 5.55.** El autor sugiere, que bajo la perspectiva de equilibrar necesariamente la seguridad jurídica y proteger los principios que rigen el correcto desarrollo del proceso, se puede interpretar que, bajo la amplia norma, la nulidad debe flexibilizarse a la complejidad de casos, dotándolos de buena fe y limitando su actuación a los fundamentos correctos y coherentes, que relacionen el agravio, al agraviado y su actuación. Entonces, teniendo bien cimentados las bases del recurso de apelación y de nulidad, así como sus enfoques teóricos doctrinarios, pasamos a analizar los efectos del recurso de apelación

y determinar si realmente surtieron efectos en el problema planteado en el presente informe.

- 5.56.** Para la doctrina jurídica los recursos de apelación tienen dos efectos, los cuales los jurisperitos denominan como “un solo efecto” y “dos efectos”. Siendo estos la formalidad de cómo se les nombra a los efectos suspensivos y los efectos de devolución.
- 5.57.** Que, para entender la manera de cómo se desarrollaría lo antes mencionado, debemos ponernos en vista de que resulta imposible suspender la competencia de un juez, en tal sentido el espectro denominado “dos efectos” se vendría en una posibilidad irreal. Por ende, en el extremo de que se conceda una apelación con efecto suspensivos, solo se haría referencia a la suspensión de eficacia del acto procesal.
- 5.58.** Por otra parte, la nulidad es dialécticamente contraria al proceso, ya que, si el proceso comúnmente está dirigido a culminar en un fin, la nulidad retrotrae este avance alejándose del fin culminante del proceso mismo. Incluso generando un debate sobre la correcta aplicación o no de las normas.
- 5.59.** Cabe resaltar que en algunos casos la propia nulidad no se dirige a anular el contenido del acto procesal, sino a dejar sin eficacia el mismo. En consecuencia, la Corte Suprema también se pronuncia sobre los casos en los que los vicios encontrados en una sentencia se tornan insubsanables, por lo que es necesario retrotraer el proceso hasta la etapa en la que el juzgador deba emitir el fallo nuevamente.
- 5.60.** Finalmente, respecto la interrogante planteada en este punto de desarrollo. ¿Se cumplió con los efectos de la nulidad declarada por la Sala Superior en contra de la sentencia de primera instancia? Se puede entonces afirmar que los efectos de la nulidad de la sentencia de primera instancia fueron cumplidos formalmente, ya que este

remedio procesal, como lo hemos desarrollado párrafos atrás, dejó sin efecto la resolución viciada con el agravio al principio de congruencia en la motivación del fallo.

- 5.61.** Pues dejando claro el punto, que la nulidad más allá de haber detectado el vicio materia en la motivación respecto a la congruencia de los fundamentos, el petitorio y el fallo, este conjunto de elementos generaron en concreto un error de forma. Siendo los efectos de la sentencia de segunda instancia, dejar sin efecto la impugnada y retrotraer el proceso hasta el momento en la que el magistrado de primera instancia se pronuncie sobre el fallo, tomando en cuenta la actuación probatoria en el proceso, los alegatos ya realizados y el petitorio expuesto en la etapa postulatoria.

## **VI. CONCLUSIONES**

- 6.1.** Que, del presente informe se llega a la conclusión, en casos de Tenencia el juez de familia está facultado a ejercer flexibilidad en casos de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en procesos de familia. Asimismo, también se encuentra en facultad de adherir al proceso pretensiones que, si bien son de la misma naturaleza, deben ser limitadas a dos requisitos: 1) Que, su presentación haya sido invocada de manera tardía hasta antes del saneamiento procesal; y, 2) Que, estas pretensiones guarden una naturaleza directa con el petitorio expresado por la parte demandante, y que pueda ser adherida en acumulación subordinada, alternativa o accesorio.
- 6.2.** Que, La Resolución N°29 emitida por el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, no cumple con subsanar el defecto material detectado por la instancia superior; y, ésta conclusión se respalda en los extremos que el vicio observado por el colegiado de segunda instancia claramente señala el agravio al principio de congruencia entre la decisión tomada por el magistrado de primera, y

el petitorio de la parte demandante, incluso señalando que los fundamentos tampoco eran coherentes con los antes señalados. Pues, para surtir los efectos resarcitorios, debió en su oportunidad declararla como fundada o infundada la demanda presentada por la progenitora.

- 6.3.** Sin embargo, esto va más allá, pues dotado de las facultades obtenidas por el Tercer Pleno Casatorio, el magistrado de primera instancia toma a colación una diligencia posterior a la actuación probatoria y saneamiento del proceso, este sea la Audiencia Complementaria realizada por la Segunda Sala Especializada de Familia, incumpliendo los requisitos de la flexibilidad señaladas en el primer párrafo de esta sección.
- 6.4.** Que, la Instancia Superior, de encontrarse en el extremo de detectar vicios sobre la motivación de la sentencia, puede no tan solo señalarlos, sino pronunciarse y subsanarlo de manera oportuna. Pues, durante el análisis de la presente, se estableció que la actuación correspondiente a la segunda instancia del proceso, también puede extenderse a la realización de la revalorización probatoria, admisión de prueba nueva (lo que en este caso sería la Audiencia Complementaria realizada por el mismo colegiado) y pronunciarse sobre la viabilidad del recurso impugnatorio, sin dejar de lado la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo. Ahora bien, se debe entender como sentido principal, que la segunda instancia no es un juicio nuevo, sino es la etapa de remedio sobre los defectos que pudieran ocurrir en la primera instancia. Lo que hace viable la postura que el colegiado en instancia superior pueda subsanar de oficio los vicios encontrados en la sentencia impugnada.
- 6.5.** Que, como ultima conclusión, se puede afirmar que la nulidad declara por la Sala Superior surtió efectos aparentes, pues recordando lo último expuesto en la parte expositiva de los problemas jurídicos, la nulidad como tal, se pronunció sobre los agravios de forma; agravios

que, afectan al principio de congruencia en este caso, pues se puede apreciar la existencia latente de incoherencia en el fondo de la sentencia de primera instancia. Puesto a que, la nulidad cumplida su efecto de dejar sin efectos la sentencia de primera instancia retrotrayendo el proceso a la etapa en la que el magistrado de primera instancia deba pronunciarse sobre el fallo. En ese sentido, la Sentencia de Segunda Instancia cumplió con los efectos normativos y finalidad que por su naturaleza tiene este recurso procesal.

## **VII. PROPUESTAS**

- 7.1.** Del análisis realizado en el presente informe se propone que, se positivice en el Código Procesal Civil, el principio de Flexibilidad y sus extremos, señalando los requisitos de acuerdo a la materia que en este caso sería Familia; así como se encuentra prescrito en el Código Penal Peruano bajo el artículo 97. Debiendo tener como base sustentatoria lo desarrollado por la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio sobre la Casación 4664-2010, en Puno.
- 7.2.** Promover la actuación probatoria y la facultad de subsanar mediante una Audiencia Complementaria en Segunda Instancia, con la finalidad de darle celeridad y transparencia al acto de resarcir el agravio ocurrido en las sentencias de primera instancia, que puedan afectar de manera directa los derechos de defensa y congruencia en la motivación de estos actos procesales que ponen fin a los procesos judiciales.
- 7.3.** Establecer sanciones a magistrados, cuyas sentencias hayan sido declaradas nulas y se hayan retrotraído el proceso hasta el momento en el que deban pronunciarse sobre el fondo del asunto y dictar sentencia, cuando se vuelva a recaer bajo los mismos defectos materiales y agravios observados por la instancia superior. Ya que, toda conducta que entorpezca o vicie el proceso, debe ser sancionada

sin excepción; siendo que estos errores alejen totalmente el fin del proceso.

- 7.4. Por último, dar la recomendación de la constante capacitación a los magistrados para evitar caer en estos casos de agravios a principios como congruencia, preclusión o eventualidad en los procesos de familia.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA:

- 8.1. Beltrán Pacheco, P. (2009). El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín del Instituto de Familia (N° 11), 59-68.
- 8.2. Cavani, R. (2018). Teoría impugnatoria. Recursos y Revisión de la cosa juzgada en el proceso civil. Lima, Gaceta Jurídica.
- 8.3. Hurtado Reyes, M. (2009). Fundamentos de derecho procesal Civil. Lima, Editorial Moreno S.A.
- 8.4. Maurino, A. L. (1992). Nulidades procesales. Buenos Aires: Ed. Astra.
- 8.5. Monroy Gálvez, J. (s.f.). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. Revista IUS ET VERITAS.
- 8.6. Priori Posada, G. (2019). El Proceso y la Tutela de los Derechos. Lima, Fondo Editorial PUCP.
- 8.7. Rodríguez, L. A. (1987). Nulidades procesales. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- 8.8. Taruffo, M. (2006). La motivación de la sentencia civil (L. Córdova Vianello, Trad.). México: Coordinación de Documentos y Apoyo Técnico.

- 8.9.** Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia recaída en el expediente No. 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares.
- 8.10.** Valladolid Zeta, V. (2016). Nulidad de los Actos Procesales por falta de Motivación. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, 209, 13-19. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.



20° JUZGADO FAMILIA

EXPEDIENTE : 22319-2017-0-1801-JR-FC-11

MATERIA : VARIACION DE TENENCIA

JUEZ : ADRIANZEN GARCIA, GASTON ALEJANDRO

ESPECIALISTA : JULIAN ROQUE JESSICA ROSALINDA

MINISTERIO PUBLICO : SEGUNDA FISCALIA SUPERIOR DE FAMILIA DE LIMA .

DEMANDADO : LANDEO GARCIA, LUIS FRANCISCO

DEMANDANTE : CALDAS CHAVEZ, IVONNE ISABEL



## SENTENCIA

### RESOLUCIÓN VEINTINUEVE

Lima, veinte y uno de junio

De dos mil veintidós

**Puesto a despacho en La fecha.**

**I.- VISTOS:** Resulta de autos:

**1.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:** Por escrito de fojas 47 - 130, subsanado de folios 178 - 187, doña **IVONNE ISABEL CALDAS CHAVEZ**, interpone demanda contra don **LUIS FRANCISCO LANDEO GARCIA** sobre **VARIACION DE TENENCIA** de su adolescente hija **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS**, de una tenencia unipersonal en favor del demandado, con un régimen de visitas (limitado) en favor de la recurrente y de sus abuelos de parte de madre, a una unipersonal a su favor en condición de madre con un régimen de visitas totalmente abierto en favor del padre, con externamiento, sin supervisión; sustentando su demanda, sustancialmente en lo siguiente: **a)** Afirma, que entre el demandado y su persona han venido litigando respecto de la tenencia de su hija desde el año dos mil doce, primero mediante el Expediente: 183517-2012-13175-0, en el cual se le dio la tenencia a su persona; posteriormente, mediante el Expediente: 06422-2014-0-1801-JR-FC-17, el demandado en esta acción la demandó por variación de tenencia de su adolescente hija y consiguió obtener una sentencia favorable, basándose en los siguientes argumentos: - Porque la recurrente había viajado al extranjero, dejando a la adolescente con sus padres; - Porque su hija manifestó que quería pasar tiempo con su papá;

- Porque un informe psicológico establecía que la recurrente era una persona inmadura; **b)** Precisa que si viajó al extranjero es por cuanto mucho tiempo después de romper su relación con el padre de la adolescente, se enamoró y se casó con un hombre que tiene la residencia en Escocia; en ese entonces acá en Perú económicamente no estábamos bien entonces era su intención viajar a Escocia para trabajar y primero enviar dinero a sus padres (quienes quedaron al cuidado de su hija) cosa que hacía, y en segundo lugar para buscar los medios económicos para llevarse a su hija a su lado, cosa que el demandado hizo imposible ya que tal cual probé oportunamente intento llevarse varias veces a su hija, no pudiéndose hacer por causas imputables a su papá; **c)** Refiere que si su hija manifestó y lo más probable es que siga manifestando, que quiere pasar tiempo con su papá, es por cuanto nunca ha dicho que el demandado sea efectivamente hablando un mal padre, en efecto no le consta que haya actuado alguna vez, cuando menos intencionalmente en contra de su hija; lo cierto es que el demandado es una persona que en su vida personal, laboral, económica, social y amorosa es inestable al punto de ser irresponsable; siendo consciente que su hija sea apreciada por el demandado, pero el estilo de vida que lleva podría traer consigo un perjuicio para la adolescente si se permite continuar con la tenencia unipersonal a su favor; **d)** Sostiene que respecto al informe psicológico que establecía que supuestamente su persona era inmadura, poco objetiva y poco planificadora, demostrara más adelante que ninguno de estos calificativos se ajustan a la verdad, lo cierto es que trabaja en una prestigiosa empresa de seguros, siendo calificada por años consecutivos como una de las mejores colaboradoras de la empresa; **e)** Arguye que su hija es una niña de nueve años de edad (al momento de presentar la demanda) que está entrando en la pubertad, edad en que las niñas experimentan cambios personales, corporales, psicológicos, que definitivamente no van a poder ser afrontados con la debida probidad por su papá, es más a esta a puertas de tener su primer

periodo ¿es que acaso su papá va a poder darle el soporte emocional con la tenencia unipersonal que tiene?, definitivamente no, esto definitivamente pone en riesgo la integridad moral y psíquica de la adolescente; **f)** Señala que, el demandado no tiene un trabajo seguro y ante la SUNAT se encuentra como no habido, que hace trabajos esporádicos, asimismo, que su hija se cría sola que incluso ha dejado a su hija con extraños por necesidad de salir solo de casa; **g)** Añade que, como prueba con las fotos de mensaje, audios y el informe psicológico que se le ha practicado a su hija, ella esta emocionalmente destrozada, requiere y necesita verla más tiempo, quiere estar más tiempo con la demandante y el papa no le permite utilizando argucias incluso manipulándola y mintiéndole(diciéndole que yo no quiero ir a verla), para destrozarse el lazo que tiene con la recurrente, eso a ella le afecta de sobremanera, la tiene como una niña sombría, triste e incluso con cierto temor hacia su papá; h) Finalmente, indica que, como prueba con las fotos de mensajes, audios y el informe psicológico que se le ha practicado a su hija, ella esta incomoda con la situación que vive con su papá, señala que todo el tiempo él no tiene tiempo para nada, come menús en cualquier lugar, no tiene con quien quedarse en la casa de su papa, ya que él vive solo, y cuando se queda con alguien es con algún primo o amiguito que suele ser adolescente de 16 o 17 años por varias horas, la ropa no la tiene lavada, es usual que su hija se bañe cada dos días, llegando a haber ocasiones en donde ha dejado de bañarse 4 o 5 días, los útiles de lonchera del colegio no son bien aseados, siendo evidente que esta situación pone en riesgo la integridad emocional y psicológica de su hija.

## **2.- DESARROLLO DEL PROCESO:**

- Mediante resolución dos, de fecha veinte y ocho de noviembre del año dos mil diecisiete, se admite a trámite la demanda.

- Por escrito de folios 300- 340, subsanado de folios 362 - 368, el demandado contesta la demanda, señalando principalmente lo siguiente: En la actualidad la demandante ha retomado su relación con su esposo, por lo que de nuevo existe la posibilidad de que la vuelva a abandonar a su hija, dejándola viviendo en la casa de sus abuelos maternos y alejándola del vínculo afectivo tan marcado que existe ente su hija y su persona; asimismo, señala que la demandante solicita la tenencia a sabiendas que en el tiempo en que la demandante contaba con la tenencia de hecho de su hija fue casi imposible que su persona tuviera algún tipo de acercamiento con su hija incluso las llamadas telefónicas que realizaba fueron siempre restringidas a solo minutos y llegando en oportunidades a no contestar el teléfono; agregando que actualmente su hija se encuentra en perfecto estado físico, psicológico y emocional, ello se advierte en que su hija es una de las mejores alumnas de su grado, obteniendo una de las más altas calificaciones, además, de haber aprendido hábitos respecto de la limpieza, aseo personal, respeto y responsabilidades, los mismos que no los tenía cuando su niña se encontraba bajo el cuidado de la demandante; teniéndose por presentado mediante resolución cuatro, de fojas 370, en cuyo acto se fija fecha para Audiencia.
- Por Acta de folios 404 - 411, continuada de folios 535 – 544 y de folios 136 - 138, obra la realización de la audiencia única, en la cual se declara saneado el proceso, se fijan los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios ofrecidos por las partes, y se recibe la entrevista del adolescente, así como la declaración de las partes.
- De folios 792 - 801, obra el dictamen emitido por el Ministerio Público, opinando se declare fundada la demanda.
- Mediante resolución dieciocho, de folios 703, se dispone dejar los autos a despacho para sentenciar.

- Con fecha veinte y tres de abril del año dos mil veinte y uno, se lleva a cabo la diligencia de Informe Oral.
- Por resolución veinte y cuatro, de fecha trece de julio del año dos mil veinte y uno, de folios 825-844, se emite sentencia.
- Mediante escrito de fecha 21 de julio del año 2021, la demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia emitida en esta instancia.
- A través de la resolución veinte y seis, de fecha 10 de agosto del año 2021, de folios 864, se concede recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida.
- De folios 906-908, obra el Acta de AUDIENCIA VIRTUAL COMPLEMENTARIA, donde se procede entrevistar a la adolescente, asimismo, se concedió uso de la palabra a la fiscal, la demandante y al demandado; a quienes se les propone conciliar.
- Por resolución ocho, de fecha veinte y dos de noviembre del dos mil veintiuno, la Segunda Sala de Familia, emite sentencia de vista, declarando NULA la sentencia apelada, disponiéndose que el A QUO emita nueva sentencia; por haberse vulnerado el Principio de Congruencia Procesal.
- Mediante resolución veinte y ocho, de fecha trece de enero de dos mil veintidós, se dispone dejar los auto en despacho para sentenciar.

## **II.- CONSIDERANDO:**

**PRIMERO. - FINES DEL PROCESO.** - Conforme se encuentra previstos en el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil: **“El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia**

jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.

**SEGUNDO. - CARGA DE LA PRUEBA.** - Tal como lo establece el Artículo 196° del Código antes citado: **“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. “**

**TERCERO.- PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL NIÑO.-** Conforme se encuentra previsto en el Artículo 4° de la Constitución Política del Perú: **“ La comunidad y el Estado protegen ESPECIALMENTE AL NIÑO,** al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”.

**CUARTO.- PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR:** La Convención de los Derechos del Niño, reconoce este enunciado en el Artículo 3°, señalando lo siguiente: 1. **En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.** 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...”

**QUINTO.- PRESUPUESTOS PARA OTORGAR LA TENENCIA** - Según lo prevé el Artículo 81: **“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”, numeral que guarda concordancia con el artículo 82° de**

la misma norma que dispone: **“Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno”**.

**SEXTO.- DE LA PRETENSIÓN:** La accionante pretende la **VARIACION DEL REGIMEN DE TENENCIA** de su adolescente hija **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS**, de una tenencia unipersonal en favor del demandado, con un régimen de visitas(limitado) en favor de la recurrente y de sus abuelos de parte de madre, a una unipersonal a su favor en condición de madre con un régimen de visitas totalmente abierto en favor del padre.

**SETIMO. - CONCLUSION.-** De la valoración conjunta de los medios probatorios arriba indicados, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. Con el mérito de las copias de las piezas procesales adjuntadas a la demanda, corrientes de folios 42 – 55 y 82 – 88, se verifica que mediante sentencia de fecha once de julio del año dos mil dieciséis, recaída en el Expediente 6422-2014-FC, el Décimo Séptimo Juzgado de familia de la Corte de Lima, declara fundada la demanda interpuesta por don LUIS FRANCISCO LANDEO GARCIA contra doña IVONNE FRANCESCA LANDEO CALDAS sobre VARIACION DE TENENCIA, respecto de su adolescente hija DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS; ordenándose que la adolescente se encuentre bajo el cuidado de su progenitor, fijándose un régimen de visitas a favor de la madre, resolución que fuera confirmada por la Primera Sala especializada de Familia de Lima, por resolución cuatro de fecha ocho de marzo del año dos mil diecisiete, la cual integrando a apelada, **establece el régimen de visitas a favor de la madre, del siguiente modo:** - El día de la madre, la progenitora recogerá a su hija desde las 9.00 a.m. del hogar paterno y la

retornara el mismo día a las 6.00 p.m.; - El día del cumpleaños de la adolescente, ambos padres deberán coordinar el horario respectivo; - El día del cumpleaños de la madre, la madre recogerá a la adolescente a las 11.00 a.m. del hogar materno y la retornara el mismo día a las 6.00 p.m.; de cuyos documentos se puede corroborar que la adolescente hija de las partes por mandato judicial se encuentra bajo el cuidado y protección de su progenitor, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre, los fines de semana y en fechas especiales, con externamiento pero sin pernocte.

2. Con el mérito de la Entrevista de la adolescente DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS, prestada en la Audiencia Única de fecha diecisiete de abril del año dos mil dieciocho, corriente de fojas 404 – 411, se verifica lo siguiente, al responder las preguntas que se le formulan: ¿con quién vives?: Dijo: con mi papa, mi abuela vive allí en el primer piso; ¿te sientes cómoda viviendo con tu papa? Dijo: Que me siento bien viviendo con él; ¿Qué días de la semana ves a tu mama? Dijo: La veo cuando voy a la marinera y un fin de semana si y otro no, no salimos mucho a veces nos quedamos en la casa; ¿Cuándo visitas a tu mama con quien vive? Dijo: Que si voy a la casa de mi mama me he quedado un fin de semana allí, ella vive con su esposo, allí también vive con la mama de su esposo y el esposo de la mama; ¿cómo te llevas con tu papá? Dijo: Bien, que estoy viviendo con él hace tres años, cuando estoy con mi mama extraño a mi para y cuando estoy con mi papa extraño a mi mama; ¿cómo te llevas con tu mama?, Dijo: Me llevo bien con ella, estamos en su casa vemos videos con mi papa también me voy al cine; ¿quién se encarga de tu cuidado? Dijo: me levanto, luego me voy a tomar desayuno, mi papa me prepara el desayuno, me lleva al colegio mi papa porque vivo al costado del colegio, me recoge mi papa, me lleva a la casa, a veces vamos donde el abuelo, almuerzo en el colegio salgo a las 3.15 p.m, hay una señora que

vende almuerzo y ella es amiga de mi papa, le paga para que me lleve la comida; a veces salimos a comer con mi papa como mis primos viven abajo ellos suben y yo juego con ellos; ¿ Para qué digas si en algún momento te has quedado con extraños a tu familia? Dijo: Que, con extraños me puedo quedar si mi papa está ocupado con mi tía Jessica, hermana de mi papa o con la abuela o mi tía Carla ella es prima de mi papa; ¿Para que diga si alguna vez pernocto con su mama y que tiempo es la visita más larga que tiene con su mama? Dijo: Que me quede una semana en vacaciones, solo fue una vez, usualmente me quedo cuatro días en vacaciones que esas veces mi mama alguna vez me llevo a su trabajo, ella siempre intentaba salir temprano, las veces que no podía me quedaba al cuidado de mi abuela materna; de cuya declaración se puede corroborar que la adolescente, vive con su papa desde hace tres años y que se siente bien viviendo con él; asimismo, se aprecia mantiene una buena relación con ambos progenitores; llegando pernoctar en el domicilio de su madre en algunas vacaciones, como las vacaciones.

3. Con el mérito del **Protocolo de Pericia Psicológica** número 945-18-SJR-EM-PSI, de fecha tres de abril del dos mil dieciocho, corriente de folios 421 – 425, practicado a la adolescente DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS, se puede apreciar en las conclusiones que la evaluada: se muestra como una niña tierna, cariñosa, es también una niña que sabe expresarse, comunicarse adecuadamente, se exige bastante, se preocupa mucho por sus estudios, por estar bien y mantener el puesto de honor que va logrando en el colegio, además, de exigirse es perfeccionista, le gusta que las cosas estén bien hechas, es una adolescente , que para su edad que tiene, ha sido evaluada en varias ocasiones, lo que no resulta siendo conveniente, porque la somete una y otra vez a ese rigor y a esa situación, que obviamente es bastante incomoda, ella se encuentra en una etapa en la que va a experimentar cambios físicos y

psicológicos y es importante brindarle la seguridad necesaria para que ella pueda afrontarlos de la adolescente forma, ni ella quiere ni se podría alejarla de algunos de sus padres, los quiere a ambos y dentro de todo, es bueno que ella mantenga la presencia y figura de los padres cerca de ella, que sepa que puede recurrir y buscarlos, en cualquier momento, la adolescente no puede ser considerada un muñeco, un objeto que pueda ser llevado de un sitio a otro, sin considerar que ella esta creciendo, que tiene sentimientos y que ello, puede alterar sus emociones y su estabilidad emocional; recomendándose que los padres tienen que recurrir a ayuda profesional sino pueden apelar al dialogo por ellos mismos; de cuya pericia se puede observar que la adolescente hija de las partes, es una persona normal, que está experimentando cambios físicos y psicológicos de acuerdo a su edad; no siendo recomendable que sea traslado de un lugar a otro por su estabilidad emocional; conforme ha venido ocurriendo en el presente caso, en el cual la adolescente un tiempo ha estado bajo la custodia de su madre y luego de su padre, en virtud a mandatos judiciales, dentro de cuyos procesos la niña ha sido objeto de diversas evaluaciones e interrogatorios; no obstante, mantener una buena relación con ambos padres, debiendo continuar manteniendo sus vínculos con ambos progenitores para que se siga reforzando el lazo afectivo.

4. Con el mérito del **informe social** de fecha quince de marzo del año dos mil dieciocho, de folios 382 - 384, realizada en el domicilio del demandado, se verifica que la adolescente hija de las partes, vive con su padre demandado, en el Jirón Francisco Rivas 918, departamento 201, La Victoria, concluyéndose que: el padre de la adolescente es una persona joven con educación superior técnica, cuenta con trabajos en forma independiente, lo que le repercute un ingreso mensual que le permite cubrir sus necesidades y la de su hija, habita en el departamento de propiedad de su abuela

materna donde pagan alquiler mensual, vivienda de material noble con mobiliario básico en buen estado, ubicada en zona populosa, observándose a la adolescente en buen estado de salud, quiere vivir con ambos padres, se muestra un tanto confundida señalando querer a ambos; de donde se puede establecer que la niña vive conjuntamente con su progenitor y que el ambiente y las condiciones son adecuadas para seguir viviendo con su progenitor; no advirtiéndose ninguna circunstancia de peligro en su integridad para la adolescente al vivir en ese lugar.

5. Con el mérito del **Protocolo de Pericia Psicológica** número 844-18-SJR-EM-PSI, practicado al demandado, de fecha veinte y cuatro de enero del año dos mil dieciocho, de folios 415-425, se puede apreciar en las conclusiones que la persona evaluada: Cuando se expresa ante los sentimientos de hacia su hija, manifiesta afectividad y vínculos emocionales con la adolescente, en la relación a su adolescente hija, se observa que el señor rata de fortalecer los lazos de amistad y afecto con su adolescente hija, las características del evaluado, no limitan su rol paterno; de cuya pericia se puede establecer que el demandado está en condiciones de ejercer su rol paterno, como lo viene desarrollando al estar al cuidado de su hija, desde hace más de cinco años atrás, mostrando su afecto hacia su adolescente hija; no habiendo sido un obstáculo su hogar monoparental, para ejercer el cuidado y crianza de su hija, por el contrario, la niña es una alumna destacada en su colegio y responsable en sus quehaceres diarios.
6. Con el mérito del **Protocolo de Pericia Psicológica** número 182-18-SJR-EM-PSI, de fecha veinte y nueve de enero del año dos mil dieciocho de folios 372 – 375, practicado a la demandante, se puede apreciar en las conclusiones que la persona evaluada: Cuando se expresa ante los sentimientos de hacia su hija, manifiesta afectividad pero siendo a la vez de corregirla si se comporta inadecuadamente, en la relación de su adolescente hija,

se observa que la señora trata de fortalecer los lazos de amistad y afectó con su adolescente hija, se aprecia vínculos emocionales con la adolescente, las características del evaluada si bien no limitan su rol materno si nos hacen ver una persona que requiere apoyo emocional para sostenerse en ese rol.

7. Con el mérito del **Informe Social número 2019-EM-SS-JFL-CSJLI-PJ**, de fecha de folios 779 – 781, se puede apreciar en las conclusiones que: la demandante reside en el inmueble ubicado en Urbanización Palomino, segunda zona, block LL, departamento 10, ingreso 3, distrito de Cercado de Lima, conjuntamente con los abuelos maternos: Carlos Manuel Caldas Dávila y Carmen Rosa Chávez Vidal de Caldas, en el inmueble se ha verificado la habilitación de un dormitorio para la niña DANIELA FRANCESCA, destacándose la fluida relación personal de la demandante con sus progenitores, ambos dispuestos a contribuir en los cuidados de su nieta.
8. Con el mérito de la entrevista de la adolescente **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS**, obrante de folios 906-908, rendida en la **AUDIENCIA VIRTUAL COMPLEMENTARIA**, convocada por la Segunda Sala de Familia de Lima; quien al responder las preguntas que se le formulan, señala lo siguiente: ¿COMO ÉSTA, COMO SE SIENTE Y ACTUAMENTE CON QUIEN ESTA VIVIENDO? Dijo: Yo estoy bien, actualmente estoy viviendo con mi papa, desde el 2016, hace cinco años; ¿CÓMO ES LA RELACIÓN CON SU MAMÁ? Dijo, por teléfono hablamos todos los días, también me escribe y **yo la veo de viernes a lunes una semana sí y una semana no, a veces también ella me quiere llevar a comer viene y me recoge.** ¿ESTARIAS DE ACUERDO O EN DESACUERDO EN QUE TU MAMÁ TE VISITE O PREFIERES VIVIR CON ELLA?; Dijo: sí, **me gustaría pasar un poco más de tiempo con ella ahora, aunque igual pasamos bastante tiempo juntas;** ¿CUÁNDO MEJORE LA SITUACION QUE ESTAMAOS PASANDO POR LA PANDEMIA DEL COVID 19,¿Y ANTE LA POSIBILIDAD DEL

RETORNO GRADUAL A LAS AULAS ESCOLARES , NOS GUSTARIA SABER A QUE DOMICILIO DE TUS PADRES TU CENTRO EDUCATIVO SE ENCUENTRA MAS CERCA ¿ Dijo: El colegio está más cerca de la casa de mi papa, también quisiera estar con mi mama pero podría estar durante las vacaciones cuando son dos semanas, me voy una semana con papa y una semana con mama es lo único, por ejemplo, ahora que tuvo vacaciones estuvo de lunes a miércoles con su papa y del miércoles hasta el lunes se ha quedado con su mama, entonces es como mitad a mitad y lo ha pasado bien; ¿ ESTA SITUACION DEBE CONTINUAR ASI O TAMBIEN POR LO QUE ESCUCHO NO HABRIA NINGUN PROBLEMA VIVAS PARTE DEL TIEMPO CON TU MAMA Y PATE CON TU PAPA? Dio: me parece que esta bien solamente seria raro a cambiar lo que estoy acostumbrada ahora a pasar con como mitad y entonces sería extraño; ¿CÓMO TE SIENTES AHORA VIVIENDO CON TU PAPA Y COMPARTIENDO CON TU MAMA ¿Dijo: Yo creo que está bien, porque, por ejemplo, a mi padre le dice a mi mamá que tiene una reunión familiar, me quedó con mi papá igual, ¿cuándo mi papá tiene que hacer algo me quedó con mi mama normal me voy con ella me parece que está bien?; de cuya diligencia que la menor entrevistada está de acuerdo en que se establezca una tenencia compartida, que me permita pasar mas tiempo con su progenitora, no obstante, refiere estar bien con su padre.

9. Por consiguiente, quedando demostrado en el expediente que la adolescente **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS** (14), viene viviendo con su padre, conformando un hogar monoparental, en virtud a un mandato judicial, conforme se puede apreciar de las copias de las piezas procesales adjuntadas a la demanda, corrientes de folios 42 – 55 y 82 – 88, donde se verifica que **mediante sentencia de fecha once de julio del año dos mil dieciséis**, recaída en el Expediente 6422-2014-FC, el Décimo Séptimo Juzgado de familia de la Corte de Lima, declara fundada la demanda

interpuesta por don LUIS FRANCISCO LANDEO GARCIA contra doña IVONNE FRANCESCA LANDEO CALDAS sobre VARIACION DE TENENCIA, respecto de su adolescente hija DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS; ordenándose que la adolescente se encuentre bajo el cuidado de su progenitor, fijándose un régimen de visitas a favor de la madre, resolución **que fuera confirmada por la Primera Sala especializada de Familia de Lima, por resolución cuatro de fecha ocho de marzo del año dos mil diecisiete**; de cuyos documentos se puede corroborar que la adolescente hija de las partes por mandato judicial se encuentra bajo el cuidado y protección de su progenitor, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre, los fines de semana y en fechas especiales, con externamiento pero sin pernocte, habiendo manifestado la adolescente antes nombrada vivir en la actualidad con su padre y que se encuentra bien viviendo con él, lo cual se corrobora con el **protocolo de pericia psicológica número 945-18-SJR-EM-PSI**, de fecha tres de abril del dos mil dieciocho, corriente de folios 421 – 425, practicado a la adolescente DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS, donde se puede apreciar en las **conclusiones** que la evaluada: **se muestra como una niña tierna, cariñosa, es también una niña que sabe expresarse, comunicarse adecuadamente, se exige bastante, se preocupa mucho por sus estudios, por estar bien y mantener el puesto de honor que va logrando en el colegio**, que para su edad que tiene, ha sido evaluada en varias ocasiones, lo que no resulta siendo conveniente, porque la somete una y otra vez a ese rigor y a esa situación, que obviamente es bastante incomoda, ella se encuentra en una etapa en la que va a experimentar cambios físicos y psicológicos y es importante brindarle la seguridad necesaria para que ella pueda afrontarlos de la adolescente forma, ni ella quiere ni se podría alejarla de algunos de sus padres, los quiere a ambos y dentro de todo, es bueno que ella mantenga la presencia y figura de los padres cerca de ella, que

sepa que puede recurrir y buscarlos, en cualquier momento, la adolescente no puede ser considerada un muñeco, un objeto que pueda ser llevado de un sitio a otro, sin considerar que ella está creciendo, que tiene sentimientos y que ello, puede alterar sus emociones y su estabilidad emocional; **recomendándose** que los padres tienen que recurrir a ayuda profesional sino pueden apelar al dialogo por ellos mismos; de cuya pericia se puede observar que la adolescente hija de las partes, es una persona normal, que está experimentando cambios físicos y psicológicos de acuerdo a su edad; no siendo recomendable que sea traslado de un lugar a otro por su estabilidad emocional; conforme ha venido ocurriendo en el presente caso, en el cual la adolescente un tiempo ha estado bajo la custodia de su madre y luego de su padre, en virtud a mandatos judiciales, dentro de cuyos procesos la niña ha sido objeto de diversas evaluaciones e interrogatorios; no obstante, mantener una buena relación con ambos padres, debiendo continuar manteniendo sus vínculos con ambos progenitores para que se siga reforzando el lazo afectivo; por ello, resulta conveniente para su bienestar emocional continúe bajo el cuidado y protección del demandado; quien según el 844-18-SJR-EM-PSI, practicado al demandado, de fecha veinte y cuatro de enero del año dos mil dieciocho, de folios 415-425, se puede apreciar en las conclusiones que la persona evaluada: Cuando se expresa ante los sentimientos de hacia su hija, manifiesta afectividad y vínculos emocionales con la adolescente, en la relación a su adolescente hija, se observa que el señor rata de fortalecer los lazos de amistad y afecto con su adolescente hija, **las características del evaluado, no limitan su rol paterno**; de cuya pericia se puede establecer que el demandado está en condiciones de ejercer su rol paterno, como lo viene desarrollando al estar al cuidado de su hija, desde hace más de cinco años atrás, mostrando su afectó hacia su adolescente hija; no habiendo sido un obstáculo su hogar monoparental, para ejercer el

cuidado y crianza de su hija, por el contrario, la niña es una alumna destacada en su colegio y responsable en sus quehaceres diarios, no constituyendo un peligro el lugar donde vive; pues conforme informe social de fecha quince de marzo del año dos mil dieciocho, de folios 382 - 384, realizada en el domicilio del demandado, se verifica que la adolescente hija de las partes, vive con su padre demandado, en el Jirón Francisco Rivas 918, departamento 201, La Victoria, concluyéndose que: el padre de la adolescente es una persona joven con educación superior técnica, cuenta con trabajos en forma independiente, lo que le repercute un ingreso mensual que le permite cubrir sus necesidades y la de su hija, habita en el departamento de propiedad de su abuela materna donde pagan alquiler mensual, vivienda de material noble con mobiliario básico en buen estado, ubicada en zona populosa, observándose a la adolescente en buen estado de salud, quiere vivir con ambos padres, se muestra un tanto confundida señalando querer a ambos; de donde se puede establecer que la niña vive conjuntamente con su progenitor y que el ambiente y las condiciones son adecuadas para seguir viviendo con su progenitor; no advirtiéndose ninguna circunstancia de peligro en su integridad para la adolescente al vivir en ese lugar; no obstante ello, verificándose del mandato judicial que ordena que el demandado ejerza la tenencia de su adolescente hija, que el régimen de visitas que se concede a la madre es con externamiento pero sin pernocte; habiendo manifestado la adolescente en su declaración prestada en la audiencia única que, algunos fines de semana se ha quedado ha pernoctar con su madre e incluso una semana en vacaciones, y, que en algunas oportunidades la ha acompañado a su centro de labores y cuando no tenía tiempo se quedaba con sus abuelos maternos; refiriendo que cuando esta con su papa extraña a su mama y cuando esta con su mama extraña a su papa, resulta conveniente ampliar el régimen de visitas a uno con externamiento

y pernocte, los fines de semana y en periodos de vacaciones, lo cual permitirá reforzar los lazos afectivos ente la adolescente y su progenitora; aunado a ello con el mérito de la entrevista de la adolescente **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS**, obrante de folios 906-908, rendida en la **AUDIENCIA VIRTUAL COMPLEMENTARIA**, convocada por la Segunda Sala de Familia de Lima; quien al responder las preguntas que se le formulan, señala lo siguiente: ¿COMO ÉSTA, COMO SE SIENTE Y ACTUAMENTE CON QUIEN ESTA VIVIENDO? Dijo: Yo estoy bien, actualmente estoy viviendo con mi papa, desde el 2016, hace cinco años; ¿CÓMO ES LA RELACIÓN CON SU MAMÁ? Dijo, por teléfono hablamos todos los días, también me escribe y **yo la veo de viernes a lunes una semana sí y una semana no, a veces también ella me quiere llevar a comer viene y me recoge.** ¿ESTARIAS DE ACUERDO O EN DESACUERDO EN QUE TU MAMÁ TE VISITE O PREFIERES VIVIR CON ELLA?; Dijo: sí, **me gustaría pasar un poco más de tiempo con ella ahora, aunque igual pasamos bastante tiempo juntas;** ¿CUÁNDO MEJORE LA SITUACION QUE ESTAMOS PASANDO POR LA PANDEMIA DEL COVID 19,¿Y ANTE LA POSIBILIDAD DEL RETORNO GRADUAL A LAS AULAS ESCOLARES , NOS GUSTARIA SABER A QUE DOMICILIO DE TUS PADRES TU CENTRO EDUCATIVO SE ENCUENTA MAS CERCA ¿ Dijo: El colegio está más cerca de la casa de mi papa, también quisiera estar con mi mama pero podría estar durante las vacaciones cuando son dos semanas, me voy una semana con papa y una semana con mama es lo único, por ejemplo, ahora que tuvo vacaciones estuvo de lunes a miércoles con su papa y del miércoles hasta el lunes se ha quedado con su mama, entonces es como mitad a mitad y lo ha pasado bien; ¿ ESTA SITUACION DEBE CONTIUIAR ASI O TAMBIEN POR LO QUE ESCUCHO NO HABRIA NINGUN PROBLEMA VIVAS PARTE DEL TIEMPO CON TU MAMA Y PATE CON TU PAPA? Dio: me parece que está bien solamente sería raro a cambiar lo que estoy acostumbrada ahora a pasar con como mitad y entonces sería

extraño; ¿CÓMO TE SIENTES AHORA VIVIENDO CON TU PAPA Y COMPARTIENDO CON TU MAMA ¿Dijo: Yo creo que está bien, porque, por ejemplo, a mi padre le dice a mi mamá que tiene una reunión familiar, me quedó con mi papá igual, ¿cuándo mi papá tiene que hacer algo me quedó con mi mama normal me voy con ella me parece que está bien?; de cuya diligencia se puede determinar que la menor entrevistada está de acuerdo en que se establezca una tenencia compartida, que le permita pasar más tiempo con su progenitora, no obstante, refiere estar bien con su padre; debiendo precisarse que según lo dispone la Convención de los Derechos del Niño en el numeral 3) del Artículo 9º, se señala que corresponde al Estado respetar “ **El derecho del niño que está separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y de contacto directo con ambos padres de manera regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño**”, asimismo, en su Artículo 8.1. se establece: “ **el derecho del niño a preservar las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas**”, siendo que en el presente caso, con la entrevista de la adolescente brindada ante la Segunda Sala de Familia, ha quedado demostrado que la adolescente desea mantener un mayor contacto y relación con su progenitora, con la cual tiene una buena relación, asimismo, el padre, cuando presta su declaración en la audiencia única de folios 535 – 544, manifiesta cuando se le pregunta ¿Cómo es la relación de la adolescente con la demandante? Dijo: tiene una comunicación fluida tanto por teléfono como de manera personal, la recoge los días miércoles y viernes de cuatro a siete de la noche y de y semanas intercaladas se queda desde los viernes a las cuatro a siete de la noche hasta las siete u ocho del domingo; reafirmado en la Audiencia Complementaria estar de acuerdo a que se establezca un régimen abierto a favor de la demandante; por todo ello resulta amparable en parte la demanda antes incoada, correspondiendo al Juzgador

establecer una tenencia compartida, acorde al Interés Superior del adolescente así como lo manifestado por las partes en este proceso.

**10.** Por las consideraciones y normas glosadas, y, no enervando en nada los medios probatorios admitidos, actuados y no glosadas, a las conclusiones arribadas, y estando a lo opinado por la representante del Ministerio Público; el Juez del Vigésimo Juzgado de Familia de Lima, a nombre de la Nación y con el uso de la sana crítica que la ley autoriza:

### **III.- FALLA:**

**Primero.** - Declarando **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por **IVONNE ISABEL CALDAS CHAVEZ** contra **LUIS FRANCISCO LANDEO GARCIA** sobre **VARIACION DE TENENCIA.**

**Segundo.** - **DISPONIENDOSE** que ambos padres ejerzan la **TENENCIA COMPARTIDA** de su menor hija **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS.**

**Tercero.** - **ESTABLECIENDOSE** la residencia dividida de la adolescente de la siguiente manera:

- Don **LUIS FRANCISCO LANDEO GARCIA**, continuará ejerciendo la tenencia de su menor hija **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS** conforme a la sentencia recaída en el Expediente 6442-2014-FC, salvo los días que a continuación se detallan, en los cuales la tenencia de la menor será ejercida por su progenitora.
- Doña **IVONNE ISABEL CALDAS CHAVEZ**, ejercerá la tenencia de su menor hija **DANIELA FRANCESCA LANDEO CALDAS**, de la siguiente manera:
  - a)** *Un fin de semana si y un fin de semana no, desde el viernes a las seis de la tarde hasta el día lunes a las seis de la tarde, con externamiento y pernocte, debiendo la demandante recogerla*

*del hogar paterno y retornarlo al mismo, comenzando a regir a partir del primer fin de semana de cada mes, salvo acuerdo contrario entre las partes, dependiendo de su disponibilidad de tiempo en su centro de trabajo.*

**b)** En vacaciones, corresponderá la mitad de los días a cada progenitor, comenzando la primera mitad con la madre y la segunda mitad con el padre, salvo acuerdo contrario entre las partes, dependiendo de su disponibilidad de vacaciones en su centro de trabajo.

**Cuarto: NOTIFICANDOSE** a las partes en el día bajo responsabilidad de la encargada de notificaciones.

**Quinto: REGISTRESE** lo resuelto en el **SIJ – TOMA DE DECIONES** en el día bajo responsabilidad de la asistente de juez.

