

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en
Derecho Procesal

Título del Trabajo Académico:

La Reconvención en el Proceso de Tenencia en el marco del Interés Superior del
Niño

Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho
Procesal

AUTOR:

JOSÉ FLORES YANQUI

ASESOR:

DR. PEDRO PAULINO GRANDEZ CASTRO.

CODIGO DE ALUMNO:

201945939

AÑO:

2019

RESUMEN

El proceso de Tenencia en el Perú ha sido abordado no sólo por la legislación especializada nacional a través del Código de Niños y Adolescentes sino también ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, incluso convenios internacionales nos dan pautas y lineamientos para resolver este tipo de conflictos jurídicos en el ámbito familiar. Sin embargo, ¿todo lo señalado resultará suficiente para solucionar los conflictos jurídicos relacionados al tema de Tenencia?

En el presente artículo se analizará una problemática actual respecto a los procesos de Tenencia, relacionado al hecho que cuando ambos padres pretenden ostentar el ejercicio de la Tenencia de su hijo o hija, el proceso único restringe la participación del padre que no demanda, al no permitírsele reconvenir por expreso mandato del artículo 171° del Código de Niños y Adolescentes que señala la “no procedencia de la reconvencción en el proceso único”, resultando ello una limitación en el accionar de los padres y una puerta abierta a que se genere el aumento de la carga procesal, dado que el padre que no pueda reconvenir en muchos casos se verá en la necesidad de demandar la Tenencia cuando ello no resultaría necesario si es que se permitiera la reconvencción.

El objetivo del presente trabajo es demostrar que mediante una adecuada argumentación jurídica resulta posible resolver todas las controversias afines a la restricción legal referida. Para ello consideramos que resulta importante apartarnos de la literalidad expresada en la norma que prohíbe la reconvencción en los procesos de familia para que en el marco del principio del Interés Superior del Niño, así como en base a los principios procesales de celeridad procesal, economía procesal, y en amparo del Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia se pueda aplicar la reconvencción en los procesos de Tenencia.

Palabras clave: Principio de Interés Superior del Niño - proceso de Tenencia - reconvencción.

INDICE

1. Introducción.....	4
2. Marco conceptual de la tenencia.....	5
3. La tenencia bajo el amparo de la normatividad Nacional	10
4. Normas Internacionales aplicables a la tenencia	12
5. El principio del interés superior del niño	14
6. ¿la tenencia una institución jurídica inherente de manera exclusiva a la patria potestad?.....	17
7. La reconvención	19
8. Principios Procesales. Celeridad Y Economía Procesal	21
9. Restricción legal de la reconvención en los procesos de tenencia y la innovadora propuesta de la aplicación de la reconvención en el marco del interés superior del niño.....	22
10. Conclusiones	26
11. Bibliografía	29

1. Introducción

El presente artículo desarrolla el concepto de la Tenencia de los niños y adolescentes como una institución jurídica importante propia del derecho de familia, la cual goza de amplia protección por parte de leyes nacionales e internacionales, éstos últimos a través de los lineamientos de los convenios internacionales de los que nuestro país forma parte. Se iniciará explicando y analizando el significado desde los diversos enfoques doctrinarios que en el tema se ha venido dando; siendo indispensable que a partir de ello se explique cómo esta institución de la Tenencia está íntimamente ligada al principio del Interés Superior del Niño pues es dicho principio el que impulsa a buscar una máxima eficacia en las normas que sobre el tema pueda desarrollarse.

De la misma forma nos centraremos en analizar una problemática que se viene dando procesalmente cuando se litiga sobre los procesos de Tenencia y es que al estar prohibida por la legislación especial que se pueda dar la reconvención en los procesos de Tenencia, ello obstaculiza a que un mismo Juez de Familia pueda resolver dos pretensiones disyuntivas y contrapuestas en un mismo proceso, cómo lo es el hecho que tanto el papá como la mamá aleguen tener la preferencia para ostentar la Tenencia de un hijo.

Tomemos en cuenta que actualmente conforme a nuestra normativa vigente lo que tendría que darse es que primero uno de los padres solicite la Tenencia y si el fallo resulta infundado, recién el progenitor vencido podría nuevamente interponer una nueva acción en donde ahora tenga la calidad de demandante y pueda obtener un pronunciamiento judicial favorable.

Finalmente se sustentará la propuesta para que en mérito al marco del principio del Interés Superior del Niño se puedan dar enfoques y posiciones jurídicas que conlleven a que en un mismo proceso los jueces de familia puedan resolver dos pretensiones opuestas (como lo sería el hecho de que ambos padres quieran vivir con sus hijos) para ello también una fuente que contribuye a la solución de este tipo de conflictos y que podría valorarse es el Tercer Pleno Casatorio Civil el cual se llevó el 15 de diciembre del 2010; así como las sentencias del Tribunal Constitucional cuando se pronuncia sobre el tema del Interés Superior del Niño. Prosiguiendo con el desarrollo de nuestro tema se señalarán las conclusiones y apreciaciones

al que nos conlleva el presente artículo donde sustentaremos y sintetizaremos las ideas principales a las que hemos llegado, enfatizando también los aportes finales.

2. Marco conceptual de la tenencia

El presente tema parte de una problemática de la realidad peruana muy común en nuestra actualidad como es el hecho que cuando los padres estén separados queda la disyuntiva de decidir entre los progenitores quién ejercerá la Tenencia de los hijos procreados en la relación o si ambos podrán ejercer una Tenencia compartida.

A diario vemos el aumento de procesos judiciales en los cuales ante un juez de familia los padres litigan por obtener la Tenencia de sus menores hijos¹, todo ello afecta al menor de diversas formas, quien se ve expuesto en la controversia de que se decida qué padre se quedará con ellos, este conflicto jurídico que conlleva al inicio de un proceso judicial se da con la sola aspiración de lograr una sentencia favorable; sin embargo, ¿en qué medida los padres son conscientes de lo que es mejor para sus menores hijos?. Debemos tener presente el principio sustancial y normativo del Interés Superior del Niño y no priorizar el interés de los padres para resolver los temas alusivos a la Tenencia, buscando soluciones objetivas, porque a pesar de parecer un tema tan práctico y simple regulado por la normativa vigente, la solución de los procesos de Tenencia va más allá de la estricta aplicación de la norma, tiene un trasfondo social, humano enfocado en derechos fundamentales, partiendo del concepto de familia en su dimensión tanto jurídica como social, dejando en manos del juzgador la responsabilidad de poder decidir a favor de quien deja la Tenencia, pero el juez es un ser humano con sus propias percepciones si bien es cierto está formado en derecho y se va a pronunciar y asentar un estado respecto a sus fallos, estos deben estar enfocados en esencia al marco constitucional la cual prima sobre cualquier otra norma legal, siendo en todo momento objetivo al motivar su resolución y que su argumentación jurídica se valga no solo de las normas vigentes sino de los diversos principios, enfoques, teorías, sentencias casatorias, acuerdos plenarios y sobre todo imperando en sus fallos el Interés Superior del Niño, difícil tarea sobre temas tan sensibles.

¹ Para mayor información sobre lo señalado podemos revisar la fuente: “Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia- Datamart durante el año 2016” donde se señala que en las consultas en los Centros ALEGRA del Ministerio de Justicia se incrementaron un 9.06% llegando a atenderse 223,719 consultas a nivel nacional. En materia de familia el incremento fue de 15.95%.

La Tenencia es una institución jurídica del Derecho de Familia por medio de la cual, cuando los padres se encuentran separados de hecho, se ha de decidir con cuál de ellos es que deberán quedarse a vivir los hijos habidos en la relación. Si bien existe la posibilidad conciliatoria de que voluntariamente los padres puedan acudir a un centro de conciliación extrajudicial a fin que mediante voluntades consensuadas se llegue a establecer quién de ellos se quedará con los hijos para que al que no le corresponda la Tenencia se le otorgue un régimen de visitas; también lo es que existe un alto índice de situaciones que conllevan a que dichos padres al no llegar a una conciliación o por estar renuentes a consensuar acudan al órgano jurisdiccional como único medio de poner fin a su conflicto de intereses² para ello será sumamente determinante que el Juez de Familia pueda evaluar las circunstancias personales, psicológicas y sociales de los padres así como de los hijos por quienes se peticiona la Tenencia, ello con el apoyo de los Equipos Multidisciplinarios que a cada distrito Judicial le corresponde.

BUSTAMANTE (2013, p. 20) señala que la Tenencia es el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo. La tenencia o guarda es un atributo exclusivo de la patria potestad no siendo posible su extensión a terceros. Cuando sea un tercero que asuma la tenencia del menor, éste lo hará con el título de tutor. Si el ejercicio del cargo es permanente o de guardador, si es de carácter provisional³.

Sin embargo, vemos que con el transcurrir del tiempo esta definición de la Tenencia como un atributo exclusivo de la patria potestad que no hace posible su extensión a terceros ha ido cambiando, tal es así que actualmente en mérito del Interés Superior del Niño se han dado pronunciamientos judiciales que han avalado la posibilidad de que un integrante de la familia extendida pueda tener derecho a ostentar la Tenencia de un niño.

Por otro lado, NARANJO (1991, p.432) nos señala a los derechos del niño como el reconocimiento jurídico, y que es obligación de los padres y señala que el niño debe gozar de protección especial, y los benéficos y derechos que le corresponde para su normal desarrollo⁴.

² Para mayor información sobre lo señalado podemos revisar la fuente “Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia-Datamar durante el año 2106” donde se señala que, en el caso de conciliaciones extrajudiciales, las consultas decayeron 14.35% con respecto al año 2015.

³ Para mejor información sobre el tema recomendamos revisar el Libro “Tenencia y Patria Potestad”. Lima. pp. 220.

⁴ Esta definición la podemos ver desarrollada por el autor Bladimiro Naranjo Mejía en su libro “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”. Editorial TEMIS S.A. 1991

Vemos la importancia de enfocar a la Tenencia no solamente como un derecho de los padres sino también se la debe visualizar desde una óptica integral donde la Tenencia también sea un derecho del niño, niña o adolescente por quien se va a decidir con quien ha de convivir.

En los casos que los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño o adolescente⁵.

En caso no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resuelve el juez, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto se puede dar tanto ante los supuestos en que los hijos son matrimoniales y los padres no conviven en un mismo techo, o en los casos de los hijos producto de una relación convivencial.

La Constitución Política del Perú no hace referencia de manera explícita a la Tenencia pero debemos tener en cuenta que siendo el derecho de familia, tuitivo por excelencia a comparación de las demás ramas del derecho, nuestra carta magna abarca la protección familiar por parte del Estado y en este ámbito del interés familiar conforme lo regula el artículo 4 de la Constitución Política que ha relevado una especial protección del niño y adolescente lo que nos favorece como lineamientos para resolver procesos de Tenencia. Así el Estado protege toda forma protección al niño y adolescente lo que comprende entonces que también da pautas para todo tipo de conflictos, entre ellos la disyuntiva de los padres en decidir cuál de ellos es el más idóneo para que sus hijos puedan cohabitar diariamente.

Cabe precisar que nuestro sistema legal también ha acogido la Tenencia compartida cuando ante la separación de ambos padres por conveniencia primordial de los hijos resulta idóneo que ambos continúen viviendo con los hijos, para ello se tendrá que limitar una cantidad de días y horas de la semana con cada uno de los progenitores, esto permitirá a ambos padres estar activamente presentes en el desarrollo de sus hijos.

La Tenencia compartida no resulta aplicable en los casos donde de manera exclusiva uno de ellos desea vivir con el hijo y no existe ánimo de buena relación parental entre los

⁵ Lo señalado lo podemos revisar en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes de nuestra legislación vigente.

progenitores. Debe entenderse que para que prospere este tipo de Tenencia es fundamental que exista una buena relación de padres y apropiados canales de comunicación, de no ser así las reglas permitidas en un hogar podrían ser prohibidas en la del otro progenitor lo que conllevaría a confusión en los hijos y problemas conductuales que terminarían acarreado otros problemas familiares y sociales.

Por ello señalamos, que si bien la Tenencia compartida amparada en nuestra legislación mediante Ley N° 29269 ha contribuido en mejorar las formas de solucionar los conflictos sobre la Tenencia, no obstante deja un largo trecho aún para seguir buscando formas de solución ante diversos conflictos entre los padres en relación a este tema y es precisamente a este grupo de padres que no logran ponerse de acuerdo en lograr formas consensuadas en sus tiempos o modo de crianza y ven forzados a acudir el órgano jurisdiccional del que nos ocuparemos más adelante.

¿Qué sucede con aquellos padres donde ambos desean tener de manera permanente a sus hijos viviendo consigo? Actualmente conforme está diseñado en el modelo normativo será necesario que el primero de ellos obtenga un fallo desfavorable para que recién el segundo de ellos pueda entablar una nueva demanda pretendiendo la Tenencia de los hijos o que de forma paralela este segundo progenitor interponga nueva demanda, generando ello que una misma situación conflictiva sea de conocimiento en dos procesos diferentes, lo que significa una puesta en movimiento innecesario de todo el sistema judicial para resolver un conflicto que podría ser resuelto en un solo proceso y que esto resultaría acorde de los principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesal que rigen el proceso único, conforme lo prevé el artículo V del Título preliminar del Código Procesal Civil de aplicación supletoria según el artículo 161 del Código de los Niños y Adolescentes.

Dentro del marco de la legislación comparada encontramos que el Código de Niñez y la Adolescencia de Costa Rica dentro de su artículo primero al referir su objetivo utiliza el término “protección integral”, esto es con relación al niño, niña y adolescente hasta llegar a la mayoría de edad lo interesante es que dicho termino es amplio en su dimensión de análisis, mientras que nuestro código de niños y adolescentes solo señala una clasificación de lo que es un niño y lo que es un adolescente.

En Colombia existe el Código de La Infancia y la Adolescencia, en su artículo primero hace referencia a que el código tiene la finalidad de “garantizar el desarrollo del menor” así mismo en su artículo segundo refiere el termino protección integral”, lo que es interesante los términos utilizados en relación a los aspectos sustanciales y su finalidad.

La Tenencia como institución jurídica del derecho va a tener variantes de cambio y evolución y en este sentido su principal eje será el bienestar del niño, lo que quiere decir que no debe primar los intereses y expectativas de los padres sino que se debe buscar el lugar idóneo donde el niño pueda tener un desarrollo integral, ello ante un hogar fraccionado donde ya no resulte posible que ambos padres puedan compartir el mismo techo.

Resulta importante dentro del marco conceptual de la Tenencia referirnos respecto al niño, niña o adolescente en el proceso judicial, puesto que tenemos que a nivel internacional surgió el sistema de protección integral el cual se vio materializado en la Convención de los Derechos del Niño, el que generó las siguientes afirmaciones:

- Ya no es posible considerar a los aquellos que son minoría de edad bajo el término de “menores” termino que hasta ese momento era empleando en forma despectiva al considerarse de los menores no podrán emitir opinión alguna respecto de las decisiones que se tomaron sobre sus propias vidas.
- Ahora a aquellas que no superan la mayoría de edad, deberán ser considerados como sujetos de derecho y denominarse niños, niñas y adolescentes.
- Adicionalmente en cada toma de decisión debe tenerse en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescentes y en consecuencia, es necesario escuchar su opinión antes de tomar una decisión que puedan afectar sus vidas.
- Si observamos nuestra legislación la regulación especial en el caso de los que no superan la mayoría de edad es precisamente el denominado “Código de los Niños y Adolescentes”
- Además, el artículo IX del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, recoge expresamente el Principio del Interés Superior del Niña y el artículo 85° del citado cuerpo normativo, recoge lo precisado respecto la necesidad de tener en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente.

- En este sentido, en la praxis, debe tenerse en cuenta que, si bien es ciertas entrevistas a todos los niños, niñas y adolescentes en el marco de la audiencia única, la forma de valoración de las citadas entrevistas es muy diferente.

Así tenemos lo siguiente:

- a. De tratarse de aquellos que tengan menos de doce años, si bien serán entrevistados, el juez al momento de sentenciar si lo desea no hace mayor precisión de las razones por las que se aparta o decide conforme lo señala el citado hijo o hija.
- b. En caso de aquellos que tengan una edad de mínima de doce a más, serán entrevistados y el juez, al momento de sentenciar, deberá necesariamente precisar en considerandos de la sentencia indicar las razones que lo motivaron a seguir o no la opinión emitida por el citado hijo o hija.

3. La tenencia bajo el amparo de la normatividad Nacional

El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes señala pautas o criterios que deben ser tomados en cuenta al momento de establecer la Tenencia de un menor de edad estableciendo que el hijo (a) deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, el hijo menor de 3 años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la Tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la Tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener con el contacto con el otro progenitor.

Como bien lo señala CANALES (2014, 61) con base en un principio de igualdad entre los padres, la calidad de padre (en sentido masculino) no debe perjudicar, ni el hecho de ser madre debe beneficiar para ejercer la tenencia. Ambos cada quien, de acuerdo a su

naturaleza, están en condiciones de criar a su hijo, al menor a eso debemos tender, sin discriminar a uno u otro⁶.

El artículo 160° del código de Niños y Adolescentes establece que, al Juez especializado de Familia le compete el conocimiento de los procesos de suspensión, pérdida o restitución de la patria potestad, Tenencia, régimen de visitas, adopción, alimentos y protección de los intereses difusos e individuales que atañen al niño y adolescente.

Para resolver este tipo de procesos, el Juez Especializado considerará las disposiciones del proceso único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código de Niños y Adolescentes y en forma supletoria las normas del Código Procesal Civil.

En el artículo 164° del Código de Niños y Adolescentes se encuentra establecido el trámite del proceso único mediante el cual se tramita los procesos de Tenencia donde se indica que en la postulación del proceso la demanda se presenta por escrito y contendrá los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

El artículo 165 y subsiguiente de la norma acotada señala que, recibida la demanda, el Juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia de conformidad con lo establecido en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil.

El artículo 168 y 170 del Código de Niños y Adolescentes señala que, admitida la demanda, el juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado conteste. Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda con intervención del fiscal.

⁶ Para mayor información sobre el tema recomendamos revisar el libro “Patria Potestad y Tenencia. Nuevos Criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión”. Lima.pp191-193.

Asimismo, el artículo 171° del Código de Niños y Adolescentes señala *que no se admitirá reconvencción en los procesos de Tenencia*, siendo esta parte materia de análisis de nuestro artículo puesto que estando prohibida legalmente la reconvencción sustentaremos la posibilidad de que dicha institución jurídica pueda ser aplicable mediante una adecuada argumentación jurídica por parte de los magistrados que resuelven estos casos⁷.

Es importante evitar aplicar de manera literal la norma procesal en los procesos de familia cuando el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de la República nos permite flexibilizar principios procesales en este tipo de controversias familiares.

4. Normas Internacionales aplicables a la tenencia

La Tenencia como institución jurídica también tiene respaldo legal internacional que complementan a las normas nacionales, las mismas que puedan ser aplicadas por los Magistrados al momento de motivar sus fallos debido a que todas ellas tienen presentes en sus enunciados el principio del Interés Superior del Niño, así tenemos:

En la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989:

Artículo 9

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, Por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar conocer sus opiniones.

3. A mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al Interés Superior del Niño.

⁷ Para mayor información sobre el tema recomendamos revisar el libro “Patria Potestad y Tenencia. Nuevos Criterios de Otorgamiento. Pérdida o Suspensión”. Lima. Pp191-193.

4. Cuando es separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesada.

Artículo 12:

1. Los Estados partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional.

Artículo 18:

1. Los Estados Partes podrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el Interés Superior del Niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de niños.

En la Declaración de los Derechos del Niño

La Asamblea General proclama la presente Declaración de Derechos del Niño, a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e instan a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y que luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 17

El niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

5. El principio del interés superior del niño

El principio del Interés Superior del Niño constituye un principio rector sobre las decisiones relativas a los derechos de un niño, niña o adolescente cuyo objetivo es garantizar el desarrollo pleno e integral mediante una vida digna de los niños y adolescentes. Este principio orienta que las decisiones adoptadas por parte del Estados y sus entidades públicas, así como las instituciones privadas sean las medidas más idóneas y menos gravosas que promuevan y protejan los derechos de los niños y adolescentes.

CANALES (2014, 64) citando a Cillero Bruñol nos explica que el Interés Superior del Niño, constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, los

niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen⁸. En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor de edad, y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.

Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a tratar temas relacionados a la infancia que nos brinden enfoques teóricos y doctrinarios y en ese sentido según la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N ° 01665- 2014-PIIC/TC, el principio del Interés Superior del Niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de estos una actuación "garantista", de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos. Siendo así, las decisiones del Poder Judicial cuando resuelvan los conflictos de Tenencia deben buscar la satisfacción integral de los niños, niñas o adolescentes por quienes se solicita la Tenencia priorizando en sus decisiones el Interés Superior del Niño.

Para el Comité de los Derechos de Niño de la UNICEF el "Interés Superior del Niño" es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Al evaluar y determinar el Interés Superior del Niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación: a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el Interés Superior del Niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás y; b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

El tema relevante sería ¿cómo se determina lo que es más favorable al Interés Superior del Niño? Según la UNICEF, la determinación del Interés Superior del Niño debe

⁸ Para mayor ilustración se recomienda revisar el libro "Patria Potestad y Tenencia. Nuevos Criterio de la autora Claudia Canales Torres. Lima, 2014.

hacerse en función del corto como el largo plazo. Debe corresponder al espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño en su totalidad; en resumen, al énfasis e importancia que esta pone en el niño como individuo con sus opiniones y sentimientos propios y como que promuevan sus derechos y no las que los conculquen. En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor, y como estándar jurídico implica que dicho interés debe estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.⁹

Es por ello que aquellos Estados que han suscrito y forman parte de la convención no pueden bajo ninguna forma subordinar el interés superior a sus prácticas culturales y utilizar dicha interpretación para negar al niño derechos que le son garantizados por la convención, como por ejemplo la protección contra las prácticas tradicionales y los castigos violentos.

Debemos considerar que el principio de Interés Superior del Niño tiene respaldo internacional que fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su principio 2 señala: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del Niño”.

El principio en análisis también encuentra respaldo en normativa internacional en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños 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”.

En el ámbito nacional, el principio del Interés Superior del Niño lo encontramos desarrollado normativamente en el Código de los Niños y Adolescentes. Así tenemos que en el artículo IX del citado cuerpo legal señala que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, Los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones,

⁹ Para mayor ilustración se recomienda analizar el libro “Patria Potestad y Tenencia. Nuevos Criterios de la autora Claudia Canales Torres. Lima 214

así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”

Ello guarda correspondencia con el principio constitucional reconocido en la primera parte del artículo 4 de nuestra Carta Magna que indica que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”.

El principio del Interés Superior del Niño va a orientar que las decisiones que tome el juzgador dentro de un proceso le garanticen el desarrollo integral y una vida digna lo que relacionado a nuestro tema de análisis abarca que el niño, niña o adolescente pueda permanecer viviendo con el progenitor más idóneo facilitándose los procedimientos legales para que dicha determinación pueda resolverse en el plazo más breve posible, sin que los menores por quienes se solicita la Tenencia se vean expuestos a sendos procesos judiciales para que se llegue a determinar el progenitor con quien le sea más favorable vivir.

6. ¿la tenencia una institución jurídica inherente de manera exclusiva a la patria potestad?

La demanda de Tenencia prevista en el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, implica que el Juez decida qué progenitor (padre o madre) deberá ejercer la custodia del niño, niña o adolescente procreados en la relación, ello ante la imposibilidad de que los mismos puedan ponerse de acuerdo. Así también el artículo 83° del Código de Niños y Adolescentes peruano señala que el padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

De la lectura literal de las normas expuestas podríamos concluir que, el único habilitado legalmente a interponer la demanda de Tenencia sería cualquiera de los progenitores y que cualquier pretensión de este tipo por parte de un tercero conllevaría a que la demanda sea declarada improcedente por falta de legitimidad para obrar.

Sin embargo, como ya hemos referido, las instituciones jurídicas no son instituciones estáticas con parámetros invariables, por el contrario y en especial las relacionadas

a los temas de familia van ir modificándose conforme a los cambios sociales dinámicos y las variaciones en la estructura familiar nuclear, por lo que aquí también podemos ver que una interpretación literal de la norma limita al Juzgador buscar la mejor forma de solucionar conflictos donde estén inmersos niños, niñas y adolescentes.

El Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 02892-2010- PHC/TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”, derecho reconocido también expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

Por otro lado en el EXP. Nro. 09332-2006-PA/TC el mismo tribunal ha señalado en relación al tema de “familia” que, desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Bajo estos sustentos, y respondiendo la pregunta planteada en el sub título que se desarrolla consideramos en que más allá de que el niño, niña o adolescente pueda vivir o no con sus progenitores es más relevante que puedan desenvolverse en el lugar que le resulte más favorable para su desarrollo integral; lo que inminentemente resultaría una expresión práctica del Interés Superior del Niño; esto es, claro está, en casos muy excepcionales donde ambos

padres no tengan mayor interés en ejercer la Tenencia de sus hijos y si teniéndolo no dan las más mínimas garantías que ello sea lo más provechoso para sus hijos, existiendo como contraparte el interés y voluntad por parte de un tercero de la red familiar en querer ostentar la Tenencia quien en todo caso con las pruebas pertinentes deberá acreditar en juicio ser la persona más idónea a fin que la Tenencia se le pueda ser otorgada favorablemente.

Esta postura que estamos sustentando en donde la Tenencia no resulte una institución jurídica inherente de manera exclusiva a favor de los padres y que por el Interés Superior del Niño pueda también ser otorgada a un tercero integrante de la red familiar, ya ha sido materia de análisis judicial favorable por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República Peruana, así tenemos que en la casación N° 4881-2009-Lima publicada el 30 de enero de 2012, en el diario oficial el Peruano, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, precisó que, por último en cuanto a la causal de interpretación errónea del artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, se debe tener en cuenta que en virtud a esta disposición el Juez se encuentra facultado a resolver la Tenencia a fin de salvaguardar lo favorable para el menor, siendo en este caso que debe prevalecer el principio del Interés Superior del Niño. Y bajo esta principal premisa la Tenencia del menor en disputa se le fue concedida a la abuela materna, dejando de lado la drástica postura de que sólo los padres están habilitados a interponer la demanda de Tenencia.

7. La reconvención

Empezaremos por señalar que el derecho a la acción es el derecho de toda persona de poder recurrir ante el órgano jurisdiccional con el fin de que este resuelva un conflicto o declare un derecho.

Como señala Devis Echandía (2004, p. 186) “b) es un derecho subjetivo y no un simple poder o una facultad inherente al derecho de libertad o a la personalidad, que pertenece a todas y cada de las personas físicas o jurídicas que quieren recurrir al Estado para que les presente el servicio público de su jurisdicción, cualquiera que sea la razón o el derecho material que aleguen; esas cuestiones deben examinarse sólo para determinar si la sentencia deber ser de fondo o mérito y favorable o desfavorable al demandante (...)”¹⁰

¹⁰ Lo encontramos en el libro “Teoría General del Proceso” del autor Davis Echandía. Editorial Universidad.

La persona ejerce su derecho de acción a través de la demanda en donde presenta su pretensión, que es el pedido que hace el demandante hacia el demandado respecto al cumplimiento o reconocimiento de un derecho, pero por intermedio del Juez.

En este sentido, una vez interpuesta la demanda, la parte accionante pone en conocimiento al Juez su pretensión para que este emplazara al demandado, frente a ello el Código Procesal Civil regula las posibilidades del ejercicio del derecho de contradicción de la parte demandada entre estas tenemos la contestación de la demanda y la reconvencción.

La reconvencción es una institución jurídica que eminentemente forma parte de nuestro derecho procesal. Sabemos que etimológicamente la palabra reconvencción está compuesta del verbo activo transitivo “reconvenir” y del sufijo “ción” que indica efecto, hecho o acción. Este vocablo se deriva de la locución latina *reconventio* que significa demanda del demandado. La reconvencción es una institución procesal que se da cuando el demandado una vez que es emplazado con la demanda, opta por proponer en contra del actor su propia pretensión y si bien es opuesta o diferente, en su esencia lleva el propósito de atacar la pretensión de la demanda.

La reconvencción no es otra cosa que la propuesta de su pretensión por la parte demandada frente al emplazamiento efectuado, vale decir es el ejercicio del derecho de acción del demandado formulando su pretensión dentro de un proceso. Compartimos lo señalado por Devis Echarandia (2004, p. 241) la reconvencción es una demanda del demandado contra el demandante y se rige por las mismas normas y principios que regulan la demanda inicial.

Esta institución procesal, hace efectivo un principio del proceso civil como es el de economía procesal dado que permite que en un mismo proceso puedan poner en conocimiento del Juzgador, ambas partes sus pretensiones para este resuelva sobre ellas, evitando la formulación innecesaria de nuevos procesos y todo lo que ello implica como es la realización de las Audiencias, la actividad probatoria, etc.

En este sentido, el artículo 445 del Código Procesal Civil, prevé que la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda. La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. La reconvencción es procedente si la

pretensión contenida en ella fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente. El traslado de la reconvención se confiere por el plazo y en la forma establecida para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia. En caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable el Juez para admitirla deberá verificar la asistencia del demandado a la Audiencia de Conciliación y que conste la descripción de la o las controversias planteadas por éste en el Acta de Conciliación Extrajudicial presentada anexa a la demanda.

De lo señalado, se desprende que la Reconvención debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Que, sea propuesto en el escrito de Contestación de demanda con las formalidades previstas para este.
- Que, la pretensión se tramite en la misma vía que la pretensión de la demanda
- Que, sea de competencia del mismo órgano jurisdiccional que la demanda
- Que, la pretensión planteada resulte conexa a la planteada en la reconvención, incluyendo ello la relación jurídica procesal dado que las partes procesales tienen que ser las mismas que la demanda pero en posición inversa.

8. Principios Procesales. Celeridad Y Economía Procesal

La Real Academia Española define a la Economía como la administración eficaz y razonable de los bienes. El principio de economía procesal orienta a que el proceso se realice dentro de un plazo razonable, en el número de actos procesales estrictamente necesarios, sin dilaciones innecesarios acorde ello con el derecho a la tutela judicial efectiva.

El principio de celeridad regula la optimización del proceso con el fin de que se obtenga la respuesta por el juzgador sin dilaciones, eliminándose los actos procesales que no resulten beneficiosos para el proceso, regulándose el cumplimiento de los plazos procesales.

Hacemos especial referencia a estos dos principios en el desarrollo del presente artículo porque cuando el Juzgador limita la reconvención en el proceso de tenencia no está

permitiendo que el conflicto de intereses entre las partes (por querer que se decida cuál de los padres se quedará a vivir con los hijos) sea resuelto con celeridad y economía procesal.

9. Restricción legal de la reconvencción en los procesos de tenencia y la innovadora propuesta de la aplicación de la reconvencción en el marco del interés superior del niño

El artículo 171 del Código de Niños y Adolescentes es claro en señalar “que en los procesos únicos no procede la reconvencción”; en consecuencia, al ser la Tenencia un proceso tramitado mediante el proceso único no es susceptible de aplicar la reconvencción al estar prohibido de forma clara por la norma citada.

Esta situación resulta una limitación jurídica que no contribuye a la solución del conflicto de intereses jurídicos cuando dos progenitores al mismo tiempo desean obtener la Tenencia judicial de sus hijos y no es posible que sea de conocimiento en el mismo proceso ambas pretensiones pese a la necesidad de que se dé una solución dentro de un plazo prudencial al ser la materia a resolver el establecer que progenitor tendrá bajo su cuidado a un niño, niña o adolescente.

La forma más sencilla de ponerse de acuerdo sobre la Tenencia de un hijo es acudir a un centro de conciliación extrajudicial para que se establezca con calidad de cosa juzgada como lo establece la ley los acuerdos a los que los padres puedan arribar. Pero ¿qué sucede cuando las voluntades son contrapuestas y mientras la madre desea quedarse a vivir con los hijos, el padre tiene la misma voluntad? Es en estos casos donde no existe acuerdo entre ellos donde se ven forzados a acudir al Juzgado de Familia de la jurisdicción para que el Juez decida el padre idóneo que debe vivir con sus hijos.

En la actualidad existe como problemática que muchos jueces realizan una interpretación literal del artículo 171 del Código de Niños y Adolescentes lo que conlleva a que cuando el primero de los padres interpone una demanda de Tenencia, en este proceso en caso el Juez establezca que este padre no cumple con las condiciones necesarias para ejercer la Tenencia, declare infundada la demanda, sin mayor pronunciamiento respecto al otro progenitor, que solo ha podido en este proceso defenderse descalificando al demandante para el ejercicio de la Tenencia; más no así para que se tome en cuenta sus condiciones para el ejercicio de la misma.

En este sentido, al no ser posible conforme a nuestra legislación que en un mismo proceso ambos padres puedan solicitar la Tenencia de sus hijos, ello debido a que cuando “el primer progenitor” solicita la Tenencia, “el segundo progenitor” no puede solicitar la reconvencción. Frente a ello, consideramos que ante una institución familiar como es la Tenencia que es una institución eminentemente tuitiva debería romperse ciertas restricciones legales y en aplicación del principio del Interés Superior del Niño, todos los Jueces deberían hacer permisible la reconvencción en los procesos de Tenencia cuando así las partes lo soliciten.

Cuando sostenemos que la aplicación de la reconvencción debe ser permitida en los procesos de Tenencia estamos priorizando el Interés Superior del Niño y con ello también se permitirá que los principios de economía y celeridad procesal primen o se materialicen al resolver los casos donde se encuentran inmersos niños, niñas y adolescentes. Al respecto debemos precisar que de forma evidente resulta de mayor beneficio para un niño, niña o adolescente que se encuentra a la espera que el órgano jurisdiccional decida con que progenitor le corresponde vivir, que en un mismo proceso el Juez pueda resolver respecto a las pretensiones de ambos progenitores de querer ejercer la Tenencia, que valore de forma integral si alguno de ambos cumple con las garantías para tener el cuidado del niño, niña adolescente, y que esta decisión se prolongue hasta que sea resuelto en los dos procesos que deberían iniciar los progenitores que pretenden la Tenencia.

Igualmente, cuando sostenemos que el principio de economía y celeridad procesal se verá presente cuando resulte aplicable la reconvencción en los casos de Tenencia. Lo sustentamos en el hecho que en los procesos de Tenencia necesariamente deben practicarse evaluaciones psicológicas, informes sociales al hogar de las partes, declaraciones de todos los intervinientes lo que incluye la opinión de los hijos. Todo ello da información necesaria para que un Juez determine el hogar idóneo en el cual los hijos puedan vivir. Entonces al ser posible la reconvencción ambos padres podrán tener la posibilidad de que en un mismo proceso el Juez resuelva ambas pretensiones usando para ello los mismos informes por parte del Equipo Multidisciplinario. Así la causa será resuelta de manera más célere lo que conllevará a que el niño, niña o adolescente por quien se pide la Tenencia tenga con mayor prontitud resuelto su problema legal de con cuál de los padres vivir.

Reiteramos que en la actualidad en algunos juzgados con la aplicación literal del artículo 171 del Código de Niños y Adolescentes ello no está permitido obstaculizando una

pronta y eficaz solución al tema de Tenencia porque cuando ambos padres desean tener de manera exclusiva la Tenencia de sus hijos primero debe acabar un primer proceso de Tenencia, si el fallo hasta en última instancia resulta favorable terminó el conflicto con una parte ganadora y la otra vencida.

Pero si el fallo llegase a ser infundado por parte del primer demandante, entonces recién el otro progenitor podrá iniciar un nuevo proceso de Tenencia donde para solicitar judicialmente se declare la Tenencia de sus hijos. Lo que conllevaría a realizar un nuevo proceso con nuevos informes por parte del Equipo Multidisciplinario, nuevas declaraciones exponiendo a que los niños vuelvan ser revictimizados ante las instancias judiciales en el entendido que volverán a ser llevados ante un Juez para que den su opinión de con quién desean vivir. Todo ello se evitaría si en su conjunto los jueces harían posible la reconvención en los procesos de Tenencia.

Podemos amparar legalmente la aplicación de la reconvención en los procesos de Tenencia en lo señalado en la jurisprudencia constitucional sobre este tema. Así entre muchas sentencias podemos citar la sentencia EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC emitida por nuestro Tribunal Constitucional cuando señala “En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del Interés Superior del Niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”.

Otro sustento legal importante para hacer viable la reconvención en todos los procesos de Tenencia (aun cuando se encuentra restringido por el artículo 171º del Código de Niños y Adolescentes) lo encontramos en el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Casación Nro. 4664-2010 Puno cuando señala en su parte resolutive como precedente vinculante “En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de

pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1,2 inciso 1, 4 y 43 consagran respectivamente”.

Cuando el precedente vinculante del Tercer Pleno Casatorio Civil otorga la posibilidad de flexibilizar normas procesales sobre acumulación de pretensiones está dando la permisibilidad que los jueces de familia en el marco del Interés Superior del Niño puedan hacer viable la reconvención en los procesos de Tenencia, lo que implica que en un mismo proceso tramitado en la vía de proceso único se pueda acumular la pretensión de un progenitor de querer vivir con sus hijos menores de edad con la del otro progenitor que también desea tener la Tenencia de los mismos hijos. Así en un mismo proceso el Juez podrá fijar los puntos controvertidos con ambas pretensiones donde se decidirá cuál de los padres es el más idóneo para ostentar la Tenencia y con la actuación de todo el caudal probatorio tenga la posibilidad de decidir con cuál de los padres los hijos deben vivir y no esperar que termine el proceso de Tenencia que el primer progenitor demandó para que recién el segundo progenitor tenga expedito de solicitar la Tenencia, situación que en la actualidad sucede en los juzgados de familia ante una interpretación literal del artículo 171° del Código de Niños y Adolescentes.

En materia de derecho de familia y en amparo de la flexibilización de normas y principios procesales que permite el precedente vinculante del Tercer Pleno Casatorio Civil de Puno se han venido dando pronunciamientos judiciales en la Corte Suprema de la República del Perú que pueden servir de modelo para que los jueces de familia puedan tener pronunciamientos que flexibilicen principios y se orienten a buscar siempre en las decisiones judiciales el Interés Superior del Niño conllevando así a que se pueda aplicar instituciones del derecho procesal que no estén reguladas propiamente como instituciones permitidas (como lo viene a ser la reconvención en los procesos de Tenencia la cual no está permitida según el artículo 171° del Código de Niños y Adolescentes) pero que definitivamente su aplicación en el proceso viabiliza una mejor solución al conflicto de intereses que se ventila.

Así se tiene la Casación 1252-2015- Lima Norte donde se aborda el tema de la flexibilización del principio de congruencia en temas de derecho de familia dado que ello permite, aún sin reconvención, que mediante contestación el juez pueda otorgar por ejemplo,

la Tenencia compartida. Lo que se saca a relucir al mencionar esta sentencia de casación es como en virtud del Tercer Pleno Casatorio Civil se hace posible la flexibilización de principios que pueden servir de modelo para que los jueces de familia puedan flexibilizar la norma contenida en el artículo 171 del Código de Niños y Adolescentes y si bien limita la reconvencción en los procesos únicos; no obstante, en los procesos de Tenencia por el Interés Superior del Niño, esta institución jurídica sí será permitida.

Aun cuando hemos desarrollado e invocado normas nacionales, internacionales, sentencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú que permitan a los jueces de familia argumentar jurídicamente sus resoluciones en pro de viabilizar la reconvencción en los procesos de Tenencia sostenemos que otra innovadora propuesta que viabilice la aplicación de la reconvencción en los procesos de Tenencia sería la propuesta de un cambio legislativo en el Código de Niños y Adolescentes y a la restricción de la reconvencción señalada en el artículo 171 del Código de Niños y Adolescentes el cual limita la reconvencción en los procesos únicos, se precise o establezca *“que sólo será permitida la reconvencción en los procesos de Tenencia por ser ello lo más favorables al Interés Superior del Niño”*.

Así al momento que se corre traslado de la demanda de Tenencia en el plazo de cinco días, en ese mismo plazo la parte demandada pueda tener la posibilidad de invocar la reconvencción del proceso de Tenencia en el mismo proceso principal donde de ser el caso también solicitará la Tenencia del mismo hijo o la Tenencia compartida.

10. Conclusiones

La Tenencia y Custodia de un menor de edad puede recaer en un integrante de la red familiar dejando de ser un derecho inherente y exclusivo de los padres, ello debido a que lo que prima es el Interés Superior del Niño lo que implica que deberá buscarse en el entorno íntimo del niño, niña o adolescente por quien se solicita la tenencia, la persona idónea que garantice su desarrollo integral existiendo ya pronunciamientos judiciales favorables en la Corte Suprema de Justicia de la República Peruana como lo es la Casación N° 4881-2009-Lima publicada el 30 de enero de 2012 que ha resuelto un proceso de Tenencia dando como parte vencida al progenitor y otorgando la Tenencia a los abuelos. Podemos apreciar que si bien la norma aplicada de manera literal (artículo 81 y 83 del Código de Niños y Adolescentes)

obligaría al Juez a otorgar la Tenencia únicamente a los progenitores, actualmente con una adecuada argumentación jurídica invocando normas internacionales como la Convención de Derechos del Niño, los plenos casatorios, los principios procesales, etc, se está haciendo una interpretación más extensiva de la norma interpretándola de una manera sistemática donde dejamos de apreciar a las normas jurídicas como enunciados aislados. Y es que los jueces deberían ponderar en todos los casos donde se resuelvan problemas con niños, niñas y adolescentes, el principio del Interés Superior del Niño.

Sobre el principio del Interés Superior del Niño el Tribunal Constitucional en el Exp Nro. 01665- 2014PI-1E/TC precisa que, por ello, el Tribunal considera que sobre los jueces que resuelvan casos en los que se decida sobre los derechos y deberes de los niños y adolescentes pesa la obligación de interpretar y aplicar las disposiciones de manera tal que se asegure el máximo disfrute de los derechos fundamentales del menor, ya que, como ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Opinión Consultiva 0C17/02], el principio del Interés Superior del Niño debe entenderse como el "principio regulador de la normativa de los derechos del niño [que] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Principio del Interés Superior del Niño debe ser la norma matriz en la toma de cualquier decisión por parte de una institución pública o privada, lo que con mayor razón implica que el órgano jurisdiccional a través de sus jueces que resuelven temas de familia sin caer en la arbitrariedad y respetando las garantías procesales puedan resolver las causas donde el principal beneficiado sea el niño, niña o adolescente. Siendo que en los procesos de tenencia de menores de edad, mal se ha hecho a lo largo de los tiempos en considerar que lo que se discute es el derecho de los padres en poder pretender la cohabitación con sus hijos, siendo la visión actual que ya no constituye únicamente un derecho atribuido exclusivamente a ser resuelto entre los padres, sino que los niños también ejercer una parte activa en cuando a la atribución del tal derecho.

Hemos hecho referencia a que los jueces que resuelven temas de familia deben evitar la arbitrariedad, porque si bien es cierto el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de la República otorga amplias facultades al Juez que dirige el proceso para

flexibilizar ciertos principios procesales también lo es que hay garantías y derechos constitucionales relacionados al debido proceso que deben ser inviolables para todas las partes, caso contrario no tendría sentido llevar procesos donde se vulneren derechos fundamentales.

Lo que quiere decir que el Principio del Interés Superior del Niño debe motivarse con responsabilidad y coherencia por parte de los jueces a fin que resuelvan problemas humanos evitando expedir resoluciones que por su indebida o carencia de motivación culminen en fallos declarados nulos por la instancia superior, lo que a su vez traería consigo un proceso infructuoso que vuelva a iniciarse nuevamente lo que, se aleja de los principios de celeridad y economía procesal que hemos analizado.

Si bien nuestra normatividad vigente no señala textualmente la posibilidad de la reconvencción en los procesos de Tenencia y por el contrario a través del artículo 171° del Código de Niños y Adolescente limita la reconvencción, debemos considerar que en mérito del Interés Superior del Niño el Juez se encuentra facultado a poder favorecer la reconvencción amparándose para ello en el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de la República del Perú, el cual hace posible la flexibilización de principios procesales temas de familia.

De ser posible la reconvencción en los procesos de Tenencia estaríamos haciendo plausible a los principios de celeridad y economía procesal puesto que se estaría permitiendo que en un solo proceso ambos padres tengan la posibilidad de solicitar al Juez la Tenencia, y el Juez podrá fijar como punto controvertido cuál de los padres es el más idóneo, lo que no sucede en los procesos donde la reconvencción es rechazada puesto que cuando ambos padres tienen el deseo de ostentar la Tenencia se tiene que primero culminar un primer proceso con pronunciamiento infundado para que recién se pueda volver a interponer una nueva acción donde la parte vencida tenga expedita la posibilidad de solicitar la Tenencia de sus hijos.

11. Bibliografía

- Aguilar Llanos Benjamin/ Bermudez Tapia Manuel/ Vasquez Perez Hernesto/ Canela Torres Claudia/ Caballero Pinto Henry/ Pique Buitron Evelyn (2013) El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, pp.203.
- Bermúdez Tapia Manuel (2019) La Evaluación Constitucional De Derechos en El Derecho Familiar. Lima, pp. 382
- Bernal Lancis Jorge (2012) La reconvencción en los procesos de familia tras la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012.
- Bustamente Oyague Emilia (2013) Tenencia y Patria Postestad. Lima, pp. 220.
- Canales Torres Claudia (2014) Patria Protesta y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión. Lima, pp. 191-193.
- Caray Media Ana Cecilia (2009) Custodia de los Hijos cuando se da Fin al Matrimonio: Tenencia Unilateral, Tenencia Compartida. Lima, pp. 236.
- Del Aguila Llanos Juan Carlos (2019) Patria Potestad, Tenencia y Régimen de Visitas- Doctrina y Jurisprudencia. Lima, pp 406.
- Echandía Davis (2014) Teoría General del Proceso, Editorial Universidad.
- Hinostroza Minguez Alberto (2008) Procesos Judiciales derivados del Derecho de Familia. Lima, pp 580.
- Ledesma Narvaez Marianella (2008) Comentarios al código procesal civil. Lima, pp 1070.
- Mejía Salas Pedro (2005) Tenencia y Régimen de visitas, Doctrinas, Legislación, Modelos, Jurisprudencia. Lima, pp. 211-212.
- Naranjo Mejía Bladimiro (1991) Teoría Constitucional e Instituciones Política. Editorial TEMIS S.A.