



# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, 41-53

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4.591

## La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente

---

Procedural congruence in the custody of children  
and adolescents

JORGE PARIASCA MARTÍNEZ

Corte Superior de Justicia de Lima Norte  
(Lima, Perú)

Contacto: [jpariascam@pj.gob.pe](mailto:jpariascam@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0001-7787-7052>

### RESUMEN

El derecho procesal de familia es una disciplina en auge y en cuyo ámbito el Poder Judicial tiene una participación activa. De las diversas instituciones que comprenden la especialidad, el autor analiza la congruencia procesal en la tenencia de menores. Considera que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República permiten interpretar de manera integral el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes para la solución plena del desacuerdo familiar sobre la custodia del menor.

**Palabras clave:** congruencia procesal; tenencia de los hijos; flexibilidad; casación; Código de los Niños y Adolescentes.

## ABSTRACT

Family Law Rules of Procedure is an increasingly popular discipline and in which the Judiciary has an active participation. The author analyzes the procedural congruence in the custody of minors, of the different institutions that rule on this subject. He considers that the opinions of the Supreme Court of Justice of the Republic allow us to interpret Section 81 of the Code of Children and Adolescents as a whole, for the solution of family disputes on the custody of minors.

**Key words:** Procedural congruence; child custody; flexibilization; cassation; Code of Children and Adolescents.

Recibido: 05/05/2022 Aceptado: 06/06/2022

## 1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el derecho procesal de familia tiene un progresivo desarrollo en la doctrina y en las sentencias o resoluciones expedidas por los jueces del Poder Judicial. Es así que la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante CSJR) (2011), con la expedición del Tercer Pleno Casatorio Civil, ha fijado parámetros básicos y necesarios con la finalidad de afianzar las bases de un verdadero derecho procesal a favor de las familias, los niños y los adolescentes:

El derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón de la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio* (p. 19).

Como consecuencia de dicho pleno casatorio, algunos jueces, comprometidos con la materia, han promovido buenas prácticas al agilizar diversos procesos en beneficio de las personas involucradas en conflictos familiares. No obstante, el asunto no es sencillo. Existe aún la «cultura tradicional» que ha generado que no exista uniformidad de criterios sobre la materia a nivel nacional. El uso habitual de las herramientas procesales civiles en asuntos familiares o el apego desmedido a la forma procesal<sup>1</sup>, que ha propiciado propiamente el descuido del derecho de las partes en el proceso, ha originado que determinados procesos familiares se tramiten lentamente. Es así que no asombra tomar conocimiento de que en algunos distritos judiciales aún se desarrollan procesos iniciados hace dos o tres años.

En esta oportunidad, abordaremos la congruencia procesal en el proceso de tenencia de menores, tema controversial y recurrente en el Poder Judicial. El objetivo del presente trabajo es contribuir a la interpretación que favorece a la solución global del conflicto familiar producto de la tenencia y uniformizar los criterios a nivel nacional, para el beneficio de los principales involucrados: los niños, las niñas y los y las adolescentes.

## 2. ¿CONGRUENCIA O INCONGRUENCIA PROCESAL?

En principio, la congruencia procesal no genera mayor discusión. Su extensión o ámbito de aplicación es amplio en todo territorio procesal. Al respecto, Devis (1984) define así al principio de congruencia:

Es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (en los procesos civiles, comerciales,

---

1 El exagerado uso de las normas imperativas del proceso civil no solo proviene de los jueces especializados sino también de las partes.

laborales y contencioso-administrativos) y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por este contra tales imputaciones (pp. 49-50).

Para Peyrano (1978), la congruencia es «la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima» (p. 64).

Por su parte, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (1993) lo establece de la siguiente manera:

El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o 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.

En tal sentido, el proceso familiar de tenencia de menores no debería ser una excepción. Si bien se rige bajo las reglas del proceso único previstas en el Código de los Niños y Adolescentes (2000) (en adelante CNA), conforme con el artículo 161 de este documento, deberá considerarse supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil.

El problema que surge es que el legislador ha regulado expresamente en el artículo 171 del CNA la no admisión de la reconvencción para este tipo de procesos. Con dicha prohibición en la norma especial, el juez, al momento de sentenciar, deberá pronunciarse sobre el petitorio del demandante. Esto, que puede resultar justificable en otro tipo de proceso o disciplina, no resulta razonable para los procesos de tenencia de menores.

Con respecto a la definición de tenencia, Barletta (2018) dice que

la tenencia como atributo de la patria potestad refiere al derecho y deber de los padres de tener consigo a sus hijos en su domicilio, a fin de prodigarles cuidado y atención. Para fijar la tenencia se tendrá en cuenta la opinión del niño o adolescente, así como el resguardo del interés superior del niño (p. 110).

De modo que si tenemos en consideración que el juez resolverá un conflicto generado por las desavenencias de los padres, quienes no se ponen de acuerdo en cuál de ellos cuidará al hijo y residirá con él, debemos entender que el usuario requiere una respuesta rápida y breve del órgano jurisdiccional que solucione efectivamente la sensible controversia.

Como recuerda Kielmanovich (2009),

la singularidad del proceso de familia no se encuentra tanto en su forma exterior o conformación estructural —más allá de que, como se ha dicho, algunos ordenamientos hayan establecido procedimientos especiales de familia o establecido normas particulares dentro de sus códigos procesales generales destinadas a regularlos—, sino más bien en su sustancia (pp. 1-2).

En ese sentido, la congruencia no coadyuva con los fines del proceso de tenencia. El juez se ve limitado a resolver el conflicto de una manera «parcial», perjudicando la solución total del caso en concreto, que es la razón de ser de la materia.

El artículo 81 del CNA reza literalmente que

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.

Si integramos dicho artículo con el principio de congruencia procesal que, como se ha dicho, es aplicable a todo proceso en general y no tiene posibilidad de reconvencción, queda claro que el juez deberá resolver la tenencia petitionada por el demandante y, sobre dicha base, declararla fundada o infundada, según corresponda.

Veamos dos supuestos: a) el demandante reside con su hijo, pero no tiene las condiciones para custodiarlo; y b) el demandante o progenitor interpone la demanda, pero no ejerce la custodia de su hijo y además no cuenta con los presupuestos necesarios para residir con él. En ambos casos, conforme con el principio de congruencia procesal se deberá declarar infundada la demanda. ¿Se solucionó el problema familiar? Es evidente que no. Por el contrario, la sentencia incrementará la pugna luego de un proceso que no solucionó nada, con la probabilidad de que ambos ingresen a un terreno violento.

Asimismo, en el primer supuesto puede suceder que en el trámite del proceso se determine que es el otro progenitor (el demandado) quien sí presenta las condiciones para ejercer la tenencia; sin embargo, el juez, conforme con el mencionado principio, no podrá pronunciarse sobre dicho extremo.

Lo mismo puede ocurrir en el segundo escenario. En el desarrollo del proceso, el juez observa que el demandado, en los hechos, vive con su hijo y, conforme con los medios probatorios, es la persona idónea para custodiarlo y protegerlo. Al igual que en la conjetura anterior, de acuerdo con la congruencia procesal, el juez se ve impedido de pronunciarse sobre la tenencia a favor del demandado.

¿Qué solución entonces se presenta para solucionar realmente la incertidumbre familiar? La respuesta la brinda el Tercer Pleno Casatorio Civil, que ha fijado como precedente judicial vinculante la flexibilización del principio de congruencia en los procesos de familia.

### 3. FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONGRUENCIA PROCESAL

El Tercer Pleno Casatorio Civil, sobre el principio de congruencia, considera lo siguiente:

Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo (CSJR, 2011, p. 21).

Sobre la base del caso concreto que fue materia de pronunciamiento (divorcio por causal de separación de hecho), el Tercer Pleno Casatorio Civil fundamenta el denominado «petitorio implícito» en estos términos:

Si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás, el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia (CSJR, 2011, pp. 21-22).

A partir de los fundamentos citados, la flexibilización del principio de congruencia no puede ser entendida como una licencia para que el juez resuelva lo que no ha sido materia de debate en el proceso.

En otros términos, el juez debe tener presente el petitório expreso, previsto en la demanda, y el pedido implícito del demandado, que puede presentarse en un proceso familiar de menores en la contestación de demanda o durante el proceso. En caso se produzca, debe garantizarse el contradictorio o derecho de defensa de la parte contraria y la doble instancia.

### 3.1. Casación n.º 1252-2015-Lima Norte

La CSJR ha tenido la oportunidad de resolver un caso relacionado específicamente con el principio de congruencia en un proceso de tenencia. Se trata de la Casación n.º 1252-2015-Lima Norte. En dicha controversia, se observa que Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes recurre a la Corte Suprema vía casación en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fecha 14 de noviembre de 2014, que resolvió confirmar la sentencia que declaró infundada la demanda y la integra resolviendo que la demandada Olga Sayas Toro es quien debe custodiar a su hijo, ordenando que Jesús Frascuelo entregue al menor a la parte demandada (CSJR, 2016).

La casación realiza un resumen del caso: Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes se encuentra viviendo con su menor hijo, de iniciales J. L. T. C. S., y promovió la demanda de tenencia a favor de su hijo y en contra de Olga Sayas. La demanda fue declarada infundada y el juez fijó un régimen de visitas a su favor. Es el demandante quien únicamente apela y la Sala Superior confirma la sentencia, integrando la misma, y declara que la demandada, Olga Sayas, es la persona que deberá tener a su menor hijo. Lo interesante del caso es que, según refiere el demandante, en el proceso Olga Sayas se limitó a solicitar la tenencia compartida; sin embargo, se le otorgó la tenencia exclusiva (CSJR, 2016).



La CSJR (2016), en el quinto y en el sexto fundamento de la casación, refiere lo siguiente:

QUINTO.- [...] efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, esta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida. Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el *Ad quem* ha emitido un fallo *extra petita*, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que esta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.

SEXTO.- Sobre el particular, debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio *Ad quem* ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él y este anhela vivir con ambos (pp. 5-6).

El pronunciamiento supremo permite llegar a dos conclusiones. Primero, la demandada manifestó que al no ponerse de acuerdo con el demandante debería dictarse la tenencia compartida. La madre no reconvino porque, como se ha mencionado, no procede en los procesos únicos de tenencia; sin embargo, fue suficiente su pedido en el proceso para que, previo contradictorio, el juez resuelva. No obstante, la Sala Superior, al integrar la sentencia de primera instancia, resolvió de una manera distinta al debate procesal y otorgó la tenencia exclusiva a la madre, cuando esta no fue peticionada por ninguna de las partes.

Una segunda conclusión es que la casación fundamenta que es viable jurídicamente la tenencia compartida en el presente caso al advertir que la conducta de ambos padres no es riesgosa para el hijo.

En otros términos, considera que la tenencia compartida, institución no muy valorada por la jurisprudencia nacional —mas sí en la doctrina—, debe estimarse cuando la conducta o el comportamiento de los padres no pongan en peligro al niño, considerando además que ambos manifiestan afecto o cariño hacia su hijo.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación y resolvió declarar nula la sentencia, ordenando a la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte que emita nueva sentencia con arreglo a ley y según las consideraciones del pronunciamiento supremo (CSJR, 2016).

#### 4. UNA MIRADA INTEGRAL AL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Como se ha mencionado, cuando el artículo 81 del CNA refiere que la tenencia la resolverá el juez especializado, quien dictará las medidas necesarias —con la prohibición legal de reconvenir—, generalmente se comprende que lo hace conforme con el principio de congruencia procesal, es decir, acorde con el petitorio del demandante.

Para los que siguen dicha interpretación, el juez resuelve sobre el pedido expreso en la demanda, sin poder extenderse, de modo que, si el demandado considera que él es la persona idónea para vivir con su hijo y custodiarlo, deberá iniciar otro proceso, al encontrarse impedido legalmente de reconvenir. Seguir esta línea, en caso de que el demandado fomente otro proceso, promueve la acumulación de procesos para que finalmente ambos sean conocidos por un solo juez, quien, en definitiva, resolverá de manera plena la controversia. El problema es que, en los hechos, acumular equivale a meses de retraso en la solución del conflicto en perjuicio del niño, la niña o el o la adolescente, además de costos adicionales para el demandado.

Cabe precisar que, en algunas ocasiones, iniciar un proceso paralelo es una mala praxis de los demandados cuando se declara su rebeldía en el proceso inicial. Impulsan un segundo proceso para pedir la acumulación ante el juez del proceso inicial luego de admitida la demanda, y que de esta forma valoren sus medios probatorios.

Lo resuelto por la Corte Suprema, tanto en el Pleno Casatorio como en la casación comentada, permite reflexionar sobre cómo debemos interpretar el artículo 81 del CNA. Es así que surge una interpretación que debemos llamar integral, al orientarse a resolver la disputa entre los padres por la custodia de su menor hijo en un solo proceso, flexibilizando el principio de congruencia. De esta manera, debemos comprender que el mencionado artículo se orienta a señalar que los padres deberán acordar lo más beneficioso para su menor hijo, tomando en cuenta su opinión, en la esfera interna o familiar; y solo en caso no se pueda conciliar, deberán recurrir al juez especializado, quien deberá dictar las medidas necesarias para determinar la tenencia y custodia del niño, la niña o el o la adolescente, además de fijar el régimen de visitas correspondiente, luego de los pedidos (expresos o implícitos) de las partes y de la valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos, y poder disponer la tenencia compartida, si fuera el caso.

Incluimos el régimen de visitas en la resolución del caso, ya que por ley el juez deberá fijar, de manera accesoria a la tenencia, un régimen de visitas al padre, a quien no se le concede la tenencia de su hijo, según el inciso c del artículo 84 del CNA: «para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas». Además, es un derecho fundamental del niño mantener comunicación ordinaria con ambos padres, según el inciso 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989):

Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

No cabe duda de que con esta lectura integral el operador jurídico también cumple con el interés superior del niño<sup>2</sup>, ya que son los niños, las niñas y los y las adolescentes los principales beneficiados con la resolución de un proceso de tenencia que no tenga mayores formalismos y esté centrado en la solución del caso familiar.

## 5. CONCLUSIONES

1. El Poder Judicial contribuye a la formación progresiva de un derecho procesal de familia ágil para beneficio de los usuarios y de los niños, las niñas y los y las adolescentes.
2. Si bien en términos legales el proceso único de tenencia se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, conforme con el Tercer Pleno Casatorio Civil, dicho proceso forma parte del derecho procesal familiar y, por tanto, no debe limitarse a la «solemnidad».
3. La congruencia procesal en la tenencia se flexibiliza. En otros términos, es procedente el denominado «petitorio implícito» del demandado que, previo contradictorio, deberá ser apreciado y valorado por el juez al momento de expedir sentencia.
4. Flexibilizar la congruencia procesal no es brindarle total libertad al juez para resolver el asunto. La flexibilización alcanza solo hasta

---

2 Sobre el interés superior del niño, el inciso 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño menciona que «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».

el petitorio implícito del demandado; caso contrario, el juzgado se estaría pronunciando de forma *extra petita*.

5. La lectura del artículo 81 del CNA debe ser integral. El juez debe poner fin al desacuerdo entre los padres con respecto a la tenencia y las visitas de los niños. De esta forma, también se previene la violencia en el ámbito familiar y se erradica la acumulación procesal y la mala praxis en los procesos de tenencia.

## REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Barletta, M. C. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Casación n.º 4664-2010-Puno. Lima: 18 de marzo de 2011. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 1252-2015-Lima Norte. Sala Civil Transitoria. Lima: 4 de mayo de 2016. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500/Resolucion\\_1252-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500/Resolucion_1252-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500)
- Devis, H. (1984). *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos* (t. I). Editorial Universidad.
- Kielmanovich, J. L. (2009). *Derecho procesal de familia*. Abeledo Perrot.
- Peyrano, J. W. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Astrea.